



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 25000232600020020072801 (68226)
Demandante: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A., Empresa de Energía de Bogotá y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho- contractual
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por CODENSA S.A. ESP, contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones.

El objeto de la controversia tiene por fin determinar si la expedición de los actos demandados, mediante los cuales CODENSA S.A. decidió exigir a la demandante el pago del consumo por el servicio prestado a partir del año 2001, desconoce el contrato suscrito en el año 1939 y su modificatorio de 1941, en el cual, la entonces empresa prestadora del servicio denominada Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. pactó como forma de pago por la adquisición de una porción del terreno de la hacienda del demandante, el *suministro a perpetuidad* de dicho servicio, situación que, a juicio del actor impide su cobro; o si, como alega el apelante, los actos acusados cumplieron las previsiones de la Ley 142 de 1994 que impuso la normalización y cobro a todo usuario por el consumo de los servicios públicos domiciliarios y, en todo caso, señala que CODENSA no fue cesionaria de dicho contrato, ni titular de dominio de inmueble objeto de tal negocio jurídico para quedar obligada a tal reconocimiento, el cual, además, tilda de contener un vicio de nulidad absoluta.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la providencia del 10 de marzo de 2011¹, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió la siguiente decisión (se transcribe conforme obra):

¹ Folio 490 al 512 –ambas caras– del cuaderno ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“PRIMERO: *Negar las excepciones propuestas.*

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la decisión administrativa No. 0131221 del 24 de junio de 1999, expedida por la OFICINA DE PETICIONES Y RECURSOS DE CODENSA S.A. ESP.

TERCERO:DECLARAR LA NULIDAD de la decisión administrativa de fecha 28 de julio de 1999, mediante la cual CODENSA S.A. ESP resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión administrativa No.0131221 antes mencionada.

CUARTO. - DECLARAR LA NULIDAD de la resolución 001407 del 22 de febrero de 2001, expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión administrativa de 28 de julio de 1999 expedida por el CODENSA S.A. ESP

QUINTO.- DECLARAR LA NULIDAD de la resolución 003663 de 8 de mayo de 2001 que aclara la resolución No. 001407, expedida por la Superintendencia de servicios públicos

SEXTO: *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declara que la demandante conserva el derecho al suministro o prestación del servicio de energía eléctrica en los predios de su propiedad, denominados **Tequendama No. 4** y ubicados en la **CARRETERA AL SUR K 14 y 15 municipio de SOACHA y SIBATE, Cundinamarca**, en los términos del contrato que consta en la Escritura pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 de la Notaría 2 de Bogotá.*

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones.

OCTAVO.- Sin condena en costas.

NOVENO.- Ejecutoriada la sentencia, líquídense por la Secretaría de la Sección los gastos procesales realizados y si hubiera excedente a favor de las partes, devuélvaseles. Además, archívese el expediente.

2. El anterior proveído resolvió la demanda cuyas (i) pretensiones, (ii) hechos principales y, (iii) fundamentos de derecho, son los siguientes:

Pretensiones

3. El 22 de junio de 2001² la sociedad Inversiones Casabianca Perdomo y Cía. Ltda., por intermedio de apoderado judicial³, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra CODENSA S.A. ESP, la Empresa de Energía de Bogotá (EEB) y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas, las cuales, de conformidad con la reforma de la demandada⁴ corresponden a las siguientes: (se transcribe literal incluidos eventuales errores)

² Fl. 2 c. 1.

³ Fl. 1 c. 1.

⁴ Fl. 212 a 234 del c. 1, presentada el 21 de abril de 2003

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de decisión administrativa No. 0131221 del 24 de Junio de 1999, expedida por la **OFICINA DE PETICIONES Y RECURSOS DE CODENSA**, en uso de las facultades conferidas por los artículos 153 y 154 de la Ley 142 de 1994.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la decisión administrativa de fecha 28 de julio de 1999, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra de la decisión administrativa No. 0131221 antes mencionada, confirmándola y concediendo el recurso de apelación, expedida por el **DEPARTAMENTO DE PETICIONES Y RECURSOS DE CODENSA S.A. ESP.**

TERCERA.- Que se declare la nulidad de la resolución 001407 del 22 de febrero de 2001, expedida por la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión administrativa de 28 de julio de 1999 expedida por el **DEPARTAMENTO DE PETICIONES Y RECURSOS DE CODENSA S.A. ESP.**

CUARTA.- Que se declare la nulidad de la Resolución 003663 de 8 de mayo de 2001 que aclara la Resolución No. 001407, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos.

QUINTA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare que mi poderdante tiene derecho a la prestación del servicio de energía en los predios que sean de su propiedad, denominados **TEQUENDAMA No. 4** y ubicados en la **CARRETERA AL SUR K 14 y 15 municipio de SOACHA y SIBATÉ, CUNDINAMARCA**, en los términos del contrato que consta en la Escritura Pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 de la Notaría 2 de Bogotá.

SEXTA.- Que se ordene a **CODENSA S.A. ESP** a prestar el servicio de energía en los predios denominados **TEQUENDAMA No. 4** y ubicados en la **CARRETERA AL SUR K 14 y 15 municipio de SOACHA y SIBATÉ CUNDINAMARCA**, en los términos del contrato que consta en la Escritura Pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 de la Notaría 2 de Bogotá.

SÉPTIMA.- Que se condene a **LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ**, al pago de los 195 Kwh/hora anual, a los que tienen derecho los predios denominados **TEQUENDAMA No. 4**, desde el momento en que **CODENSA S.A. ESP** inicio la facturación hasta el momento en que efectivamente se deje de causar dicho cobro.

OCTAVA.- Que se condene a la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ**, al pago de los perjuicios que se prueben dentro del proceso, suma sobre la cual se liquidarán intereses a la tasa más alta del mercado desde el momento en que se le condene a la Demandada hasta la fecha en la que efectivamente realice el pago a mi poderdante.

NOVENA.- Que se declare que la demandante tiene derecho al consumo de 195.000 Kwh/hora al año para el predio denominado **HACIENDA TEQUENDAMA**, que continúa siendo de su propiedad.

DÉCIMA.- Que se condene a la Demandada en costas y agencias en derecho”.

Hechos principales

4. Explica que los señores Jaime, María Isabel, Jorge y Helena Casabianca Camacho y la señora Leonilde Matiz de Camacho, adquirieron el derecho de dominio del predio denominado hacienda Tequendama, ubicado en el

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

kilómetro 14-15 de los municipios de Soacha y Sibaté (Cundinamarca), por sucesión del señor Nemesio Camacho, protocolizada mediante escritura pública No. 2386 del 13 de octubre de 1933 de la Notaría Segunda de Bogotá.

5. Señala el demandante que la sociedad denominada Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., adquirió cinco octavas partes (5/8) proindiviso del globo de terreno atrás nombrado, mediante escritura pública No. 2878 del 28 de noviembre de 1939, otorgada en la misma notaría.

6. Refiere que en el año 1941, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., hoy Empresa de Energía de Bogotá, y la Compañía Inmobiliaria de Bogotá S.A., compradoras del citado terreno, decidieron modificar unas condiciones pactadas con Leonilde Matiz de Camacho y Jaime Casabianca Camacho, respecto de la cláusula de pago del precio de la porción del inmueble adquirido en la denominada hacienda Tequendama.

Derivado de lo anterior, la sociedad Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá pactó como pago del precio de la compraventa del mencionado globo de terreno, el suministro de energía a perpetuidad a favor de los predios que quedaron aún bajo la titularidad de los vendedores, según consta en la escritura pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 de la Notaría Segunda de Bogotá.

7. Posteriormente, por escritura pública No. 1573 del 9 de marzo de 1954 se realizó la partición de bienes comunes de la hacienda Tequendama quedando como adjudicatario del lote No. 4, hoy denominado Tequendama No.4, el señor Jaime Casabianca Camacho; y el 17 de julio de 1960, mediante escritura pública 1562, se entregó en pago a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá un lote en la hacienda Tequendama No. 4.

8. Añadió que el señor Jaime Casabianca Camacho transfirió a título de venta parte de la hacienda Tequendama No. 4 a la sociedad Inversiones Casabianca Perdomo y Cía. Ltda., conforme la escritura pública No. 3291 del 3 de agosto de 1979, lo que acredita la legitimación de la empresa actora.

9. Respecto a las condiciones de pago del precio del contrato celebrado con Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., indicó que se acordó pagar una parte en energía eléctrica que sería suministrada en los predios colindantes al de la compraventa de propiedad de los vendedores, ubicado en la carretera al sur kilómetro 14 y 15 hacienda Tequendama No. 4, a razón de 195.000 Kwh por mes, durante la vida útil del predio y no acumulables de año a año. En consecuencia, hasta el 7 de julio de 1999 no fue facturado el servicio de energía que fuera inferior a dicho consumo para el citado inmueble.

10. Señaló que CODENSA S.A. ESP mediante decisión 0131221 del 24 de junio de 1998 decidió normalizar la facturación del inmueble expidiendo los cobros correspondientes, según la nueva normatividad en materia de servicios

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

públicos, e informó al usuario que estaba obligado a pagar el valor del consumo que se facture periódicamente, indicando, además, que *“en razón al acuerdo suscrito de que trata la escritura pública No. 522 del 05 de marzo de 1941, (...) por vía de excepción CODENSA S.A. ESP no cobrará valor alguno por servicios con anterioridad a la fecha de la reclamación”*.

11. Relató que la sociedad Inversiones Casabianca Perdomo y Cía. Ltda., interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión de *“normalizar”* la facturación, la cual fue confirmada por CODENSA S.A. ESP mediante decisión del 28 de julio de 1999 que, a su turno, fue confirmada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante resolución No. 001407 del 22 de febrero de 2001, al resolver la apelación.

12. Sostuvo que, tanto CODENSA S.A. ESP como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios nunca han desconocido el valor de la escritura pública No. 522 de 1941, ni se ha alegado incumplimiento de las prestaciones recíprocas allí pactadas. Enfatizó que el uso y goce del servicio de energía para el predio Tequendama No. 4 no es una concesión o beneplácito a su favor, sino parte del precio de un contrato de compraventa reconocido y válidamente celebrado; por ello, afirmó que CODENSA a través de las decisiones demandadas, se ha sustraído de cumplir el mencionado contrato.

13. Finalmente refiere que la sociedad Inversiones Casabianca Perdomo y Cía. Ltda., vendió al DAMA, por escritura pública 2165 del 13 de agosto de 1999 de la Notaría 55 de Bogotá, parte del predio Tequendama No. 4 reservándose para sí el derecho al suministro de energía, en una cláusula que señala: *“OCTAVA. queda excluido de este contrato de compraventa, el suministro de energía contemplado en la escritura pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 (...) otorgada por las EMPRESAS UNIDAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA S.A., hoy EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ y la Compañía Inmobiliaria de Bogotá y 15 hectáreas de dicho predio”*. Por lo tanto, sostiene que los predios de propiedad de la familia Casabianca y de la demandante tienen derecho al consumo de 195.000 Kwh por año sin pago, en el predio Tequendama No. 4, pues se trata de derechos adquiridos.

14. Finalmente, señaló que Codensa S.A. ESP es actualmente la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, no pudiendo desconocer pactos válidamente celebrados con la empresa de energía antecesora. Añadió que no le fue posible encontrar si en los pactos celebrados entre Codensa y la Empresa de Energía de Bogotá se incluyó el contrato suscrito con la sociedad demandante.

Fundamentos de derecho y concepto de la violación

15. Como sustento de la nulidad de los actos demandados, adujo la infracción de los artículos 2, 13, 58 y 90 de la Carta Política, el artículo 85 del Código

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Contencioso Administrativo y los artículos 1495, 1496, 1502 y 1602 del Código Civil, conforme a los siguientes cargos:

(i) Bajo el principio que informa que el contrato es ley para las partes, la actora sostuvo que el contrato de compraventa vertido en la escritura pública No. 522 de 1941, contiene un pacto con efectos vinculantes cuya validez no ha sido cuestionada por las demandadas. Agregó que las decisiones reprochadas desconocen principios básicos del derecho como es la no retroactividad de la ley; y puntualiza que la Ley 142 de 1994 no tuvo por fin desconocer los derechos y las obligaciones asumidas por los contratantes.

(ii) Acusó los actos demandados de falsa motivación en tanto CODENSA y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pretendieron acomodar los artículos 128 y 134 de la Ley 142 de 1994 para desconocer un contrato válidamente celebrado, pues la Empresa de Energía de Bogotá y la demandante acordaron como forma de pago del precio del bien objeto de la venta, el suministro de energía eléctrica por parte de la compradora, de modo que no es admisible que una persona que cedió a título de venta un bien propio no reciba el justo precio en la forma y términos pactados en el contrato.

(iii) En tercer lugar, sostuvo que aunque la normatividad en materia de servicios públicos dispuso que a partir de su expedición no podría haber concesiones para el pago de los servicios que se utilicen por cualquier persona natural o jurídica, ello no conduce al desconocimiento de derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad a dicha norma pues, si bien el servicio de energía debe ser cancelado, quien debe asumir dicha carga no es la parte que vendió conforme a la ley vigente, sino la empresa que asumió la prestación de pagar en especie el valor del predio adquirido; lo contrario, configuraría un enriquecimiento sin causa.

(iv) Reiteró que el suministro de energía en los términos acordados corresponde al pago del precio por la compraventa de un inmueble, de forma que si la energía eléctrica consumida por el predio Tequendama No. 4 no supera los 195.000 Kwh anual a los que tiene derecho dicho predio, es la Empresa de Energía de Bogotá la llamada a pagar hasta dicho margen a CODENSA S.A., pues así fue pactado; enfatizó en que una interpretación como la que traen los actos demandados, generaría un enriquecimiento injusto de las entidades de carácter comercial del Estado, que adquirieron compromisos con los particulares.

Contestación de la demanda

16. CODENSA S.A. ESP⁵ planteó la falta de legitimación en la causa por pasiva, indicando que no existe un título legal del cual haya nacido a su cargo la obligación de suministrar 195.000 Kw/h anuales a alguna persona natural o

⁵ Contestación inicial fl. 62 al 68 c. 1, y contestación a la demanda corregida fl. 244 a 249 c. 1

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

jurídica. Indicó que la actora no tiene claro el sujeto obligado bajo el contrato de compraventa del inmueble, suscrito en 1941 pues, en su libelo, señaló que la Empresa de Energía de Bogotá es la llamada a dicho pago a CODENSA S.A.; de modo que esta última no es obligada, pues no fue contratante ni es causahabiente de pacto alguno.

17. De otra parte, propuso la excepción de falta de jurisdicción al considerar que tanto Codensa como la Superintendencia de Servicios Públicos sólo se ocupan de las obligaciones derivadas del contrato de prestación del servicio de energía y, más allá de que el reclamo contra la facturación tenga origen en el contrato de compraventa celebrado en 1941, la determinación de su incumplimiento y validez corresponde a la jurisdicción civil; por ello, afirma que, bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho invocada, no es posible ocuparse en sede contencioso administrativa de la relación contractual.

18. Agregó que, no se acompañó con la demanda copia auténtica de las decisiones reprochadas –las del 24 de junio y 28 de julio de 1999– junto con las constancias de su notificación, sino que, como la parte actora se limitó a pedir que se oficiara a Codensa para su envío, incumplió con uno de los requisitos de la demanda (art. 139 del CCA), lo que se traduce en la configuración de la excepción de inepta demanda.

19. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁶ contestó la demanda, indicando que el acto acusado fue expedido por esa entidad sin falsa motivación, en tanto hubo correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos que la fundamentaron, con sujeción al debido proceso y conforme a la competencia derivada de la relación contractual empresa-usuario, regida por el contrato de servicios públicos.

20. La Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP⁷ esgrimió que, del texto de la demanda corregida y de los fundamentos en que se sostiene la nulidad de los actos administrativos demandados, lo que pretende la actora es que por existir un presunto contrato, ella no es la obligada a pagar la energía consumida en determinado predio sino que tal obligación es de cargo de un tercero; derivado de lo anterior, adujo que lo realmente pretendido por la actora es que se declare que la EEB incumplió un contrato, y para ello no está disponible el medio de control utilizado, ni la apoderada tiene poder para ello.

21. Como excepciones propuso, en primer lugar, la de caducidad, pues sostuvo que los cuatro meses para promover la acción de nulidad y restablecimiento debían contabilizarse en armonía con el artículo 90 del CPC (antes de la reforma de la Ley 794 de 2003) que consagraba que, si la demanda no se notificaba dentro de los 120 días siguientes al de notificación

⁶ Contestación inicial fl. 125 a 129 c. 1, y contestación a la demanda corregida fl. 241 a 243 c. 1

⁷ Contestación inicial fl. 189 a 198 c. 1, y contestación a la demanda corregida fl. 250 a 258 c. 1

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

al demandante del auto admisorio, operaba la caducidad. Sostuvo que como el auto admisorio se profirió el 9 de mayo de 2002, y solo fue notificado a la EEB el 12 de marzo de 2003, se había configurado la caducidad.

22. En segundo lugar, planteó la excepción de inepta demanda, en tanto (i) el acto reprochado no fue individualizado con precisión pues se desconoce si corresponde al del 24 de junio de 1998, o al proferido el 24 de mayo de 1999, o al de fecha 24 de junio de 1999 –en tanto la actora los mencionó en diferentes apartados indistintamente–; (ii) igualmente, porque no se acompañó con la demanda copia de dichos actos; (iii) por falta absoluta de poder para actuar, al estimar que el mandato conferido a la apoderada solo la facultó para impetrar la nulidad y restablecimiento, no para demandar en acción contractual y, dado que las pretensiones están relacionadas con el carácter vinculante de un contrato, la apoderada carece de facultades para promoverlas; y (iv) por indebida acumulación de pretensiones pues en caso de anularse los actos demandados, la actora no tendría que pagar suma de dinero alguna por el servicio, por lo que no es posible acumular pretensiones derivadas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con las de una controversia contractual.

Alegatos de conclusión

23. Agotada la etapa probatoria, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁸, y al Ministerio público para emitir su concepto. Tanto la demandante⁹ como las demandadas¹⁰ hicieron uso de esta oportunidad procesal, en la cual, cada una, ratificó los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación; el Ministerio público guardó silencio.

24. En todo caso hay que mencionar que, en los alegatos presentados por la EEB S.A. ESP, dicha entidad planteó una nulidad del proceso, pues si éste se entendiera tramitado bajo la acción contractual, y siendo el contrato base de la controversia un negocio jurídico de compraventa de inmueble (celebrado en 1941) regido por el derecho privado, habría una falta de jurisdicción en lo actuado; aunado al hecho de que en la escritura pública que contiene la compraventa de dicho inmueble se pactó la cláusula compromisoria.

Fundamentos de la providencia recurrida

25. En la sentencia de primer grado¹¹, el Tribunal *a quo* se refirió, en primer lugar, a los temas relacionados con los presupuestos procesales que habían sido discutidos por las partes, así:

⁸ Folio 437 del c. 1. Auto del 25 de octubre de 2007 y por el término común de diez días.

⁹ Folio 456 a 478 del c. 1.

¹⁰ Alegatos de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP a folio 438 - 444 del c. 1; alegatos de Codensa S.A. ESP a folio 445 - 447 del c. 1; y alegatos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios folios 448 - 455 del c. 1.

¹¹ Folio 490 a 512 –ambas caras– del cuaderno ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

(i) Negó que existiera falta de jurisdicción, en tanto lo demandado corresponde a actos administrativos que conciernen a la relación empresa de servicios públicos - usuario, por lo que su conocimiento corresponde a esta jurisdicción. Añadió, respecto de la cláusula compromisoria que, ante el silencio de la demandada contra el auto admisorio de la demanda, así como en la contestación, las partes abandonaron tácitamente acudir a tal mecanismo, el cual, en todo caso, no estaba disponible respecto a la legalidad de actos administrativos.

(ii) Descartó la existencia de una inepta demanda por indebida escogencia de la acción, pues si bien la demandante señaló que ejercía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en todo caso debe entenderse que la promovida fue la acción contractual prevista en el artículo 87 de CCA, donde es posible formular pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho.

(iii) No halló configurada la caducidad, comoquiera que, de una parte, la acción fue ejercida incluso dentro de los 30 días de notificado el último acto demandado; y de otra, porque la caducidad de la acción tiene regulación especial en el CCA, siendo inaplicables los términos del artículo 90 del CPC.

(iv) Igualmente, negó la falta de individualización de las pretensiones, en la medida que las actuaciones procesales dan cuenta de su debido conocimiento y, además, los actos demandados obran en el plenario. Igualmente, encontró infundada la falta de poder pues esta irregularidad se configura ante su carencia *absoluta*, y las pretensiones de la demanda evidencian lo contrario.

26. Sobre el negocio celebrado en 1941, señaló el *a quo* que su particularidad fue que los propietarios del inmueble transfirieron a la Empresa de Energía de esa época el derecho de dominio de un inmueble para pagar el suministro de energía a perpetuidad; de modo que, vistos sus elementos, su naturaleza jurídica es la de un contrato de suministro de energía eléctrica, regido por las leyes vigentes al momento de su celebración.

27. En relación con la cesión de negocios efectuada por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP a CODENSA en el año 1997, señaló que a esta última fueron transferidos los activos y pasivos de *distribución y comercialización* y, como el contrato de suministro es uno de aquellos que hacen parte de estas actividades, no se requiere, para legitimar por pasiva a CODENSA, la titularidad del derecho real sobre el inmueble –pues la facultad de disposición del adquirente no quedó limitada– sino que es obligada conforme a la cesión de las actividades de distribución y comercialización a la prestación del servicio, pues éste, al igual que su pago, son derechos personales inherentes al contrato de suministro pactado.

28. Encontró compatible el contrato de suministro suscrito en 1941 con la Ley 142 de 1994, contrario a lo expresado en los actos demandados; afirma que con esta disposición se prohíbe el abuso de la posición dominante, de modo

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

que desconocer el derecho a recibir el suministro de energía de quien *prepagó* por ella, se constituye en una forma de discriminación que atenta contra tal postulado legal.

Agregó que, la aplicación del principio de neutralidad no eximía a la ESP de analizar si el valor del suministro efectuado era o no suficiente para cubrir el pago anticipado de energía que se hizo con el inmueble transferido en 1941, *“como si la neutralidad dependiese del querer de la parte que tiene la posición dominante en este tipo de negocios”*; más aún si se observa que el inmueble transferido tenía, para el mes de mayo de 1999, un valor comercial de \$5.016´840.000 y se hacía indispensable establecer, al menos, la relación entre el valor del inmueble y el servicio suministrado.

29. Advirtió que la Ley 142 de 1994, además del contrato de condiciones uniformes, autoriza, en el artículo 39, la existencia de *contratos especiales* con los usuarios, como cataloga al contrato de suministro suscrito en 1941; afirma que, ante la evidencia del prepago del servicio, no era posible predicar un incumplimiento que condujera a su suspensión, ni se justificaba la alteración inconsulta y unilateral de las condiciones pactadas.

30. Concluyó que CODENSA S.A. ESP cumplió el contrato de suministro por el tiempo que no cobró el consumo y, con el cambio de norma, debió limitarse a instalar el medidor para cobrar lo que excediera de lo pagado anticipadamente (hasta 195 kwh por año no acumulables); lo anterior, por cuanto dicho contrato –el de 1941– *“no se encuentra suspendido, anulado, revocado, rescindido, resuelto ni resiliado, lo que hace obligatorio su cumplimiento porque es ley para las partes...”*¹².

De manera que, encontró configurado el vicio de falsa motivación en los actos acusados, pues las demandadas: (i) no analizaron la naturaleza del negocio origen de la obligación; (ii) sus decisiones fueron contrarias a lo pactado en el contrato; (iii) se hizo una interpretación contraevidente de la Ley 142 de 1994, que además fue retroactiva; y (iv) se desconoció la cesión de derechos y obligaciones efectuada a CODENSA respecto de las actividades de distribución y comercialización. En consecuencia, declaró la nulidad de los actos demandados y como restablecimiento reconoció a la actora el derecho a la prestación del servicio de energía en los predios y términos del contrato celebrado en 1941, ordenando prestar el servicio.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

¹² Fl. 510 -reverso- del c. ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

31. CODENSA S.A. ESP impugnó la sentencia de primer grado ¹³ con fundamento en los siguientes aspectos centrales.

En primer lugar, adujo que el *a quo*, en su decisión, enfatizó en la regla que dispone que los contratos se sujetan a la ley vigente al momento de su suscripción; de manera que como el artículo 37 de la Constitución Política de 1886 establecía que “[n]o habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles” se evidencia un objeto ilícito en el contrato celebrado en 1941, así como en 1939, lo que impone, conforme a los artículos 2° de la Ley 50 de 1936 y 1519 del C.C., su nulidad absoluta en tanto contiene una contraprestación a *perpetuidad* que contraviene el derecho público de la Nación. Sostuvo que este tipo de nulidades debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte.

32. En segundo lugar, censura que el *a quo* haya atribuido a CODENSA obligaciones que no constan en la escritura pública 4610 de octubre de 1997 –cuando aquella se creó– contraviniendo el artículo 529 del Código de Comercio que establece que las obligaciones que no consten en el documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante del establecimiento de comercio. En apoyo de su dicho, cuestiona la falta de valoración probatoria de: (i) el dictamen pericial, que indica que en el acto de constitución de Codensa no hay ninguna referencia a las escrituras 2878 de 1939 y 522 de 1941 y; (ii) el aparte de la escritura de constitución de Codensa que establece que el establecimiento de comercio estará integrado “**solamente**” por los pasivos y contratos de distribución (señalados en la misma escritura).

33. Igualmente, reprueba la valoración del interrogatorio de parte realizado por el representante legal de Codensa, el cual, a diferencia de lo afirmado por el Tribunal, acredita que esa empresa no asumió la obligación de la EEB de suministrar energía al predio. De otra parte, dice que el *a quo* no analizó la declaración del representante de la parte actora cuando señaló que al constituirse Codensa no se tuvo en cuenta la existencia del contrato de compraventa suscrito entre la EEB y la familia Casabianca, que demuestran que Codensa nunca fue titular de tales obligaciones, ni cesionaria de bienes u obligaciones derivadas de tales contratos.

34. Al respecto concluye que Codensa (i) no fue cesionaria de las obligaciones contenidas en los contratos de 1939 y 1941; (ii) no recibió ni le fueron aportados bienes, derechos u obligaciones derivados de tales contratos, como tampoco le fue aportado el predio objeto de la escritura 1562 de 1960; y, (iii) no es propietaria ni tiene en su poder bienes o derechos transferidos por las citadas escrituras.

35. Reprocha, finalmente, que no se haya aplicado el régimen de transición establecido en el art. 179 de la Ley 142 de 1994, complementado por la Ley

¹³ Fl. 527 a 533 del c. ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

286 de 1996, pues allí se estableció un plazo para que las empresas de servicios públicos regularizaran las tarifas que se venían aplicando, y eso fue lo que hizo Codensa.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primer grado y, en su lugar, pidió negar las pretensiones de la demanda; sin perjuicio de la nulidad absoluta de los contratos de 1939 y 1941 que, por contener un vicio de nulidad absoluta, pidió declarar subsidiariamente.

Trámite de segunda instancia

36. El 15 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación¹⁴, el cual fue repartido a esta Corporación el 24 de septiembre de 2012¹⁵ y admitido el 5 de octubre del mismo año¹⁶; luego, el 19 de noviembre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto¹⁷.

37. En sus alegaciones, la parte demandante¹⁸ insistió en la validez del contrato por no haber sido controvertida en sede judicial. Añadió que no hay lugar a la declaratoria de nulidad del contrato por objeto ilícito, pues: (i) no hizo parte de los medios exceptivos; (ii) el debatido, corresponde a un derecho personal emanado del contrato de suministro que implicó un pago anticipado, por lo que la previsión del artículo 37 de la Constitución de 1886 referida a derechos reales, no es aplicable al *sub -lite-*; y, (iii) ya operó la prescripción extintiva para invocar tal nulidad según dispone el artículo 1742 del Código Civil.

38. Se opuso a la falta de legitimación que plantea Codensa, dado que el inmueble objeto del contrato de 1941, fue transferido a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. hoy Empresa de Energía de Bogotá, quedando como titulares del dominio de *“cinco octavas partes pro-indiviso de un globo ubicado el Km 14-15 de los municipios de Soacha y Sibaté Cundinamarca, con una cabida de 323 fanegadas, más 5/8 del total de los derechos que los vendedores tenían sobre las aguas del Muña”* de manera que, habiendo pagado el precio por el suministro de energía en los términos acordados, los pactos entre la EEB y Codensa no pueden desconocer tales derechos.

39. CODENSA S.A. ESP¹⁹ ratificó integralmente cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

40. Por su parte, la Empresa de Energía de Bogotá, pidió confirmar la sentencia en el sentido de que esa empresa carece de legitimación material

¹⁴ Folio 558 a 559 del c. ppal.

¹⁵ Folio. 564 del c. ppal.

¹⁶ Folio 566 del c. ppal.

¹⁷ Folio 568 del c. ppal.

¹⁸ Folio 569 a 580 del c. ppal.

¹⁹ Folio 581 a 587 del c. ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

en la causa, pues transfirió a Codensa todos los activos destinados a la prestación del servicio, sin distinción alguna, y sólo se reservó en su objeto social la actividad de transmisión de energía eléctrica de alto voltaje, desde los sitios de generación hasta la ciudad, pero no en su interior.

Sostuvo que, desde 1997 la EEB adelantó un proceso de capitalización que trajo como consecuencia la constitución de dos nuevas empresas: Emgesa S.A. ESP y Codensa S.A. ESP, la primera tiene por objeto la generación de energía eléctrica y la segunda la distribución y comercialización de energía; razón por la cual debe mantenerse la falta de legitimación de la EEB.

41. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

42. Conforme a los argumentos planteados en el recurso de apelación, la Sala pasa a analizar los siguientes temas: (i) el negocio jurídico contenido en las escrituras públicas 2878 de 1939 y 522 de 1941; (ii) el alcance de la operación empresarial llevada a cabo por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. para la constitución de Codensa S.A.; y (iii) el examen de los cargos contra la decisión del *a quo* de anular los actos acusados.

Al lado de lo anterior, y previo al desarrollo de esta ruta metodológica, estima conveniente esta Subsección hacer un recuento de los antecedentes relacionados con el contexto socio- económico y normativo bajo el cual se estipuló la cláusula de suministro del servicio de energía eléctrica, cuya aplicación en el tiempo, unida a los cambios legislativos que en materia de servicios públicos se presentaron, mantienen en controversia la legalidad de los actos administrativos que definieron la procedencia de su cobro.

Cuestión preliminar

43. En línea con lo expresado, en este apartado se hará una referencia en relación con el nacimiento de la empresa de energía que suscribió el contrato vertido en las escrituras públicas 2878 de 1939 y 522 de 1941; igualmente se describirá el escenario y desarrollo de las actividades comerciales que llevaron a la celebración del negocio jurídico en el que se comprometió la prestación del servicio de energía eléctrica *a perpetuidad* como fuente de la obligación que, según el actor, se opone a la legalidad de los actos demandados; para finalmente, llegar a la estipulación acordada y, de allí, a los sucesores o cesionarios de la misma.

- Contexto general del servicio de energía eléctrica en las primeras décadas del siglo XX

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

44. El proceso de gestación del servicio de energía en la ciudad de Bogotá data de finales del siglo XIX, con proyección en las primeras décadas del siglo XX, cuyo propósito estaba orientado a modernizar las fuentes de iluminación con que contaba este municipio pues solo se utilizaban lámparas de petróleo, picos de gas o velas de sebo²⁰. El primer ensayo de este emprendimiento se realizó el 7 de diciembre de 1889, y pocos días después el *servicio de alumbrado* vio sus primeras luces en algunos lugares del centro de Bogotá con la inauguración de un incipiente sistema de iluminación que fue precursor de la innovación eléctrica a nivel nacional²¹.

45. A partir de ese momento y por cuenta de las ventajas que trajo consigo esta nueva técnica energética, la última década del siglo XIX marcó importantes pasos en la conquista y desarrollo de este mercado. Así, aunque algunas compañías ya venían adquiriendo experiencia en estas materias, se puede mencionar, en 1891, la creación de *The Bogotá Electric Light Co*, sociedad que introdujo la electricidad como fuente de energía para el alumbrado capitalino, cuya fuerza energética se conseguía valiéndose de turbinas movidas por el calor que generaba el carbón.

En la búsqueda por encontrar un sustituto de tal insumo, cobró importancia la posibilidad de que la fuerza hidráulica del río Bogotá pudiera constituirse en la fuente de producción energética que permitiera abastecer y ampliar la cobertura de este servicio; con esta mira, fue creada en 1896 la empresa *Samper Brush & Cía* que, aprovechando el conocimiento e impulso empresarial de sus socios quienes habían iniciado negociaciones para la importación de equipos y elementos para la puesta en marcha de dicho sistema, y habían adquirido (en intermediaciones de Soacha) la llamada hacienda “El Charquito”, instalaron la primera planta hidroeléctrica²² con la que se prestaría el servicio de alumbrado domiciliario²³, como en efecto aconteció.

²⁰ “... se montaron cuatro máquinas dinamoeléctricas, del sistema Thomson-Houston, cada una de ellas productora de electricidad suficiente para alimentar hasta 27 focos de arco de 2.000 bujías de intensidad cada uno. Bogotá estaba hasta entonces deficientemente alumbrada con lámparas de petróleo colocadas en sus vías principales, y por algunos picos de gas, que a ellos llegaba por tubos de madera, hoy reemplazados en gran parte por caños de hierro. Al presente el alumbrado público es suficiente y hace olvidar a los viejos santafereños que en las noches oscuras y tenebrosas de los meses lluviosos tenían que proveerse de un farol y de una vela de sebo para transitar por las desiertas y mal pavimentadas calles de la capital de la gran Colombia”. IBÁÑEZ, Pedro María, “Crónicas de Bogotá” Bogotá, Academia de Historia de Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1989, pág. 613 y 614. Tomado de “Historia de la Empresa de Energía de Bogotá” Tomo I, Universidad Externado de Colombia y Empresa de Energía de Bogotá, pág. 78. Visible en: www.grupoenergiabogota.com/transmision/nosotros/historia.

²¹ La Sociedad Colombiana de Ingenieros en sus *Anales de Ingeniería*, V. III, Nº 27, Bogotá, enero de 1890, pp. 186 y 187, en el artículo titulado “Inauguración de la luz eléctrica en Bogotá” reseñó: “El día 1º de los corrientes a las 7 p.m. el señor Presidente de la República inauguró, en la estación respectiva, el nuevo servicio de alumbrado de la capital por medio de luz eléctrica, poniendo en actividad un circuito eléctrico (...) Como lo reconocen los señores empresarios, existen aún inconvenientes que obviar y modificaciones que realizar, nada de lo cual debe extrañarse si se atiende a que la empresa está apenas dando los pasos de la niñez en un lugar donde apenas había de ella noticia, y en que sus habitantes, siempre impacientes, no sabemos colaborar convenientemente en los asuntos que son verdaderas mejoras nacionales (...). Tomado de “Historia de la Empresa de Energía de Bogotá” pág. 77. Ídem. Visible en <https://www.grupoenergiabogota.com/transmision/nosotros/historia>.

²² Ídem. Pág. 107 a 112, ídem.

²³ “A pesar de los inconvenientes y obstáculos de diferente naturaleza causados por la guerra civil, el 7 de agosto de 1900 a las 6 p.m. se inició en Bogotá el servicio de alumbrado domiciliario y transmisión de fuerza para motores pero, a diferencia de las compañías antecesoras, esta vez no se encendió un solo

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

46. En 1904, dicha empresa pasó a denominarse *Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá* – CEEB, la cual amplió sus negocios y autorizó la suscripción del “servicio de instalaciones de alumbrado en alquiler”, e introdujo el contrato de suministro para proveer este servicio en las calles de Bogotá (1906)²⁴; fue así que, dicha compañía, adelantaba todo el ciclo relacionado con el servicio de energía, iniciando con la construcción de la planta hidráulica (con todas las negociaciones, diseños, planos e importaciones), seguido de la instalación y extensión del cableado, postes, ampliación de las subestaciones de transformación, así como todas las actividades relacionadas con el efectivo suministro del servicio y su cobro, tanto a nivel domiciliario como de alumbrado público.

En el proceso de expansión de la empresa, entre múltiples negocios, se autorizó la compra de diversos inmuebles, como la finca *Florencia* en San Antonio²⁵ (1916), algunos predios en Chapinero y San Cristóbal (1919), y un lote en el punto denominado “Tres Esquinas”²⁶ en la calle 1ª debajo de la carrera 13 de Bogotá.

47. Llegando a los años 20’s, y ante la circunstancia de ser la CEEB la única empresa prestadora del servicio eléctrico de la ciudad, el Concejo Municipal de Bogotá expidió el Acuerdo No. 13 de 1919, “*por el cual se dispone el establecimiento de una planta hidroeléctrica para el servicio de fuerza y luz en la ciudad*”; y se autorizó al Alcalde (Art. 1º) para contratar “*los estudios referentes al proyecto de establecimiento, por cuenta del Municipio, de una planta hidroeléctrica, aprovechando las aguas del río San Cristóbal o las del Bogotá, en el sitio denominado Cincha, para los servicios de alumbrado público y tracción de los tranvías (...)*”²⁷; lo anterior, pues en ese momento se reflexionaba sobre la posibilidad de crear una nueva compañía de energía para la ciudad, ya fuera del municipio o de otros empresarios, con las finalidades de extender la cobertura domiciliaria y de alumbrado público, generar competencia para equilibrar los aspectos tarifarios, y por la necesidad de ampliar la fuerza energética para otras actividades -como lo solicitó el entonces gerente del Tranvía Municipal, Sr. Nemesio Camacho, al requerir a la Compañía de Energía Eléctrica definir las condiciones para la prestación de este servicio (1919)²⁸.

48. Todo lo anterior condujo a que en 1920 se creara la *Compañía Nacional de Electricidad* que, entre sus socios, contaba con el Municipio de Bogotá, el Departamento de Cundinamarca, así como accionistas privados. Entre otros

bombillo de alumbrado público. Esa tarde, los habitantes de la ciudad encendieron los 6.000 bombillos para uso doméstico ... La tarifa mensual pagada por cada bombillo fue de \$1.50 y esta cambió progresivamente hasta 1904, año en que se cobraron \$150 en papel moneda (...) Ibidem, pág. 127.

²⁴ Ídem. Págs. 147 a 151.

²⁵ Ob. Cit, pág. 241.

²⁶ Ob. Cit, pág. 324.

²⁷ Concejo Municipal. Acuerdos del Concejo, 1919-1921, Bogotá, Imprenta Municipal, 1922, pp. 31 y 32. Ídem. Pág. 275.

²⁸ Ob cit. Pág. 303 a 306.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

negocios, esta nueva empresa adquirió inmuebles como fue la hacienda en la región del Tequendama (1922), de cara a la importancia de contar con fuentes hidráulicas que viabilizaran los proyectos de generación de energía²⁹. Entre tanto, la CEEB continuaba expandiéndose, lo que generaba que los dueños de grandes terrenos que contaban con fuerzas de agua, o con potencial para ello, tuvieran interés en hacer acercamientos con esta empresa, tal como ocurrió, según los registros históricos de la actual Empresa de Energía de Bogotá, con el ofrecimiento del Sr. Nemesio Camacho a la CEEB respecto de la utilización de la hacienda Tequendama, pero ya como propietario de ésta³⁰.

49. En marcha ambas empresas –pues la Compañía Nacional inició la prestación del servicio de suministro de energía en 1925– factores asociados a la competencia y, en ella, a la determinación de las tarifas, llevaron a que en 1927 éstas se fusionaran bajo la denominación de *Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá*, previa venta, en 1926, del 50.42 % de la propiedad accionaria de la CEEB al municipio de Bogotá³¹ y conforme a la negociación a la que también se llegó con la Compañía Nacional, según Acuerdo municipal 14 de 1927.

50. En los años siguientes, el crecimiento que venía experimentando la ciudad de Bogotá y sus municipios aledaños condujo a una mayor demanda de suministro de energía eléctrica y, por ende, a la necesidad de que las *Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá* ampliaran su capacidad instalada.

El crecimiento no sólo se hizo en la planta de “El Salto de Tequendama” (1929), sino que condujo a la compra de los terrenos requeridos para la ampliación de la represa “El Alicachín”, así como aquellos necesarios para construir un nuevo embalse en la región del valle de “El Muña”; en este último caso, las adquisiciones de los terrenos se iniciaron en agosto de 1935 y continuaron en los años posteriores, incluyendo los predios de la hacienda de “Tequendama”³².

²⁹ Ídem. Pág. 317 a 332.

³⁰ Según *AEEB. Letters 1912-1924*, folio 250 - Libro 24. Caballero a Camacho Roldán & Van Sickel. Tomado de *Op. Cit* pág. 354, en comunicación del 19 de junio de 1923, el Sr. Nemesio Camacho expresó lo siguiente: “Para los efectos de derechos y obligaciones recíprocas entre esa respetable Compañía y la hacienda de “Tequendama”, que fue propiedad de la familia Umaña, tengo el honor de poner en conocimiento de Uds. que he adquirido la propiedad de dicha hacienda y que, en mi calidad de dueño, estoy al tanto de las relaciones que ligan esta finca con la Compañía de Energía Eléctrica. Además de esto, me es especialmente placentero ponerme a la disposición de ustedes como vecino, y ofrecerles los modestos servicios que así la propiedad como su dueño pudieran prestarle a esa respetable Compañía. Soy de ustedes, con la debida atención, servidor y amigo afectísimo”.

³¹ Acuerdo del Concejo de Bogotá No. 72 de 1926. *Acuerdos del Concejo. 1926-1927*, Bogotá, Imprenta Municipal, 1928, pp. 174 a 177.

³² “En agosto de 1935 Barnes Hernández aceptó el precio de \$200 por fanegada de tierra para los terrenos de su propiedad que cubriría el embalse de El Muña; en septiembre se compró la finca “El Pensil” y posteriormente se adelantaron negociaciones con los dueños de la hacienda “Tequendama”. En “*Historia de la Empresa de Energía de Bogotá*” Tomo II, 1927 – 1959; págs. 62 a 67. Empresa de Energía de Bogotá y Universidad Externado de Colombia, 2000. Tomado de <https://www.grupoenergiabogota.com/conoce-geb/historia/libros>.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

(i) La negociación de la hacienda de “Tequendama”

51. Mediante escritura pública No. 2878 del 28 de noviembre de 1939³³, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, la señora Leonilde Matiz viuda de Camacho, como propietaria de 4/8 partes indivisas de la hacienda el Tequendama, junto con el señor Jaime Casabianca Camacho, propietario de 1/8 parte del mismo predio, en su calidad de vendedores, transfirieron el derecho de dominio de 5/8 partes de la hacienda a favor de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. y de la Compañía Inmobiliaria de Bogotá, parte compradora, como quedó pactado en el contrato de compraventa de dicho inmueble (se transcribe conforme obra):

“Segunda.- Por la presente escritura los vendedores transfieren en venta a las compradoras cuatro octavas (4/8) y una octava (1/8), o cinco octavas (5/8) partes indivisas que a los 2 pertenecen en un globo de tierra que hace parte íntegramente de la hacienda de “Tequendama” y tiene una área o cabida de trescientas veintitrés fanegadas (323 fds) que forman un solo todo continuo, pero que se le considera aquí dividido en 2 lotes adyacentes entre sí para mayor comodidad y claridad en la alineación con arreglo al plano levantado por ingenieros expertos ...”

“Tercera.- También transfieren en venta los vendedores a las compradoras la totalidad de los derechos de dominio que en proporción les pertenecen sobre las aguas del río Muña, en su calidad de condueños de la Hacienda de Tequendama, esto es, cuatro octavos (4/8) doña Leonilde Matiz viuda de Camacho, y un octavo (1/8) don Jaime Casabianca Camacho (...) del total de los derechos que el total de los dueños de la Hacienda de Tequendama tienen sobre las aguas del río Muña, (...)”³⁴.

52. En dicho negocio jurídico las partes definieron que como contraprestación por los terrenos objeto de transferencia, además del pago de una suma de dinero, los vendedores tendrían derecho al suministro de agua potable y al suministro de agua de riego para sus jardines y huertos, entre otras obligaciones, las cuales quedaban a cargo de las empresas compradoras.

En lo que respecta al suministro de energía eléctrica, se acordó lo siguiente:

“Décima.- para el servicio y uso exclusivo de la hacienda de “Tequendama”, y dentro de ella, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., le suministrarán y entregarán a perpetuidad, en la casa de “El Molino” donde hoy está situada la planta eléctrica de la misma hacienda, la cantidad de treinta y cinco (35) kilovatios de energía eléctrica de las siguientes características: corriente alterna trifásica sesenta (60) periodos por segundo, doscientos sesenta – ciento cincuenta (260-150) voltios, o sea tres fases y neutro. El costo de distribución y repartición de dicha energía desde las bombas de baja tensión del transformador que se colocará en la casa del Molino será por cuenta de la hacienda de Tequendama. Por consiguiente, será de cargo de la hacienda el costo de todas las instalaciones, líneas, etcétera, que sean necesarias para la distribución y aprovechamiento de dicha energía, cuyo suministro lo harán las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., de acuerdo con las condiciones generales y reglamentos que la empresa tenga para sus consumidores en la ciudad de Bogotá (...)”
(...)

De esta manera, el valor de la venta efectuada se pactó en los siguientes términos:

³³ Fls. 192 a 229 del c. de pruebas 2

³⁴ Folio 195 y 196 del c. de pruebas No. 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“Décima -tercera. El precio de este contrato es: en favor de la vendedora doña Leonilde Matiz viuda de Camacho, la suma de cuarenta y siete mil trescientos pesos (\$47.300 oo) de la moneda legal colombiana circulante, más cuatro octavos indivisos de las prestaciones no consistentes en dinero que correrán a cargo de las compradoras; y en favor del vendedor Jaime Casabianca Camacho, la suma de once mil ochocientos veinticinco pesos (\$11.825.oo) de la misma moneda, más un octavo (1/8) indiviso de dichas prestaciones no consistentes en dinero (...)”³⁵

53. Luego, en la cláusula *décima cuarta* del citado contrato, las dos empresas compradoras aclararon el interés que asistía a cada una de ellas en la adquisición del referido terreno, e indicaron que, más allá de la solidaridad pactada, *“en realidad y en definitiva, esto es, para cuando la división del haber común se haga entre las 2 sociedades, será Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., quién quedará con los derechos y obligaciones inherentes a los fines para los cuales se celebra este contrato; derechos y obligaciones indivisibles con respecto a la hacienda de Tequendama tanto activa como pasivamente”³⁶*; lo anterior, teniendo en cuenta que, de forma previa, en esa misma cláusula, los compradores puntualizaron que el negocio jurídico respondía a los *“fines de ensanche de [las] instalaciones, plantas, etcétera”* de la empresa de energía compradora, razón primordial de la adquisición; de forma que los predios *sobrantes* a tal propósito fueran a futuro divididos y comercializados por la Compañía Inmobiliaria de Bogotá.

54. Transcurrido un año de celebrado el contrato, los vendedores del citado inmueble expresaron dificultades en torno al aprovechamiento de la energía eléctrica a través de las diferentes prestaciones pactadas para ello, por tanto, se acordó modificar el contrato para unificar todas ellas en una sola medida de suministro; así se observa en los documentos protocolizados en la escritura pública No. 522 del 5 de marzo de 1941, mediante la cual se hizo tal modificación, en la que se registró que, conforme al Acta No. 532 del Consejo Directivo de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., esa compañía trató tal asunto en los siguientes términos (se transcribe conforme obra):

“Acta No. 532

Sesión del 28 de noviembre de 1940

(...) El Gerente informó que debido a la forma como quedó establecida la merced de energía de la Hacienda de Tequendama en reemplazo de la planta hidráulica de dicha hacienda, los propietarios de Tequendama han encontrado dificultades para hacer un buen aprovechamiento de dicha merced y en tal virtud se habían dirigido a la Empresa con el objeto de ver la posibilidad de convertir la merced de la forma estipulada de demanda o sea de 35 kw permanentes y 36 HP para regadío, a una forma de consumo en kwh.

En dicha carta los dueños de la Hacienda Tequendama expresan su deseo de que se refundan las varias mercedes de energía, a saber: la que se otorgó últimamente a cambio de la compra de los terrenos para el embalse del río Muña y la supresión de su planta hidráulica, así como también una merced que les había concedido la antigua compañía de energía eléctrica como compensación de los perjuicios que sufriría la Hacienda cuando se construyó la represa de Alicachín.

³⁵ Fl. 216 y 217 del c. de pruebas 2.

³⁶ Ídem, fl. 218.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

El Consejo consideró aceptables los términos propuestos por los propietarios de la hacienda y, en consecuencia, autorizó al Gerente para llevar a cabo la negociación mediante las modificaciones de detalle que, a su juicio, haya necesidad de introducirle a las bases propuestas por los dueños de Tequendama y para comprar a nombre de la compañía inmobiliaria de Bogotá al precio de \$300.00 fanegada, los terrenos de la hacienda de Tequendama comprendidos entre la carretera y los ya comprados.

*No habiendo más asuntos de que tratar, se levanta la sesión (...)*³⁷

55. En esta línea, fue modificado el contrato suscrito el 28 de noviembre de 1939, a través de la ya citada escritura pública 522 de 1941³⁸, en cuyas cláusulas las partes expresaron, entre otros asuntos, lo siguiente (se transcribe conforme obra):

*“Quinta.- En la actualidad existen determinadas prestaciones y derechos en favor y a cargo de la hacienda de Tequendama y de sus dueños y a favor y a cargo de las compañías comparecientes. – Algunas de esas prestaciones y derechos son los siguientes: a) por medio de la escritura pública número mil trescientos sesenta y seis (1.366) de veintinueve (29) de mayo de mil novecientos veinte (1.920) de esta misma notaría, los señores Jorge Umaña Umaña y Enrique Umaña Umaña, anteriores propietarios de la hacienda de Tequendama celebraron un contrato con la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá S.A., que se transformó en las actuales Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., por medio del cual en sus cláusulas tercera (3ª), cuarta (4ª), quinta (5ª) y séptima (7ª) se pactó lo siguiente: **Tercera.-** la bomba supradicha tendrá por objeto exclusivo o se destinará únicamente para extraer agua del río Bogotá para el riego de la mencionada hacienda de Tequendama o para sacar el agua que sobre, debido a las infiltraciones del río o la que sobre de aquel riego, pero en ningún caso se aplicará la bomba a extraer agua destinada a servicios distintos del riego del terreno, cementeras, ni al funcionamiento de maquinarias o instalaciones de cualquier clase que sean, ni a otros objetos diferentes del ya indicado riego. - **Cuarta-** La Compañía suministrará sin que los exponentes Umañas tengan que pagar suma alguna por ese servicio, la fuerza o energía eléctrica necesaria para mover o hacer funcionar la referida bomba, durante los días que excedan de noventa (90) en que la compañía haya mantenido la represa sobre la cota 9,60 en cada año y además durante los noventa (90) días que escojan en cada año. En el tiempo restante de cada año en que los exponentes Umañas utilicen la fuerza o energía eléctrica suministrada por la compañía pagarán a esta en las oficinas de Caja de la misma compañía en Bogotá el servicio de fuerza o energía a razón de tres pesos (\$3.00) por caballo - mes o fracción de mes y de acuerdo con las condiciones generales de la compañía.- Las horas de servicio que prestará la compañía para mover la bomba, por medio de la fuerza indicada serán las comprendidas entre las siete de la mañana y las cinco de la tarde (...)*
***Quinta.-** El suministro de fuerza a que este contrato se refiere estará limitado por el máximo de treinta y seis caballos (...)* ***Séptima.-** este contrato regirá por el término de 30 años contados desde hoy (...)*

*b) por medio de la escritura pública número dos mil ochocientos setenta y ocho (2.878) de veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos treinta y nueve (1.939) (...) la señora Leonilde Matiz v. de Camacho y don Jaime Casabianca Camacho o sea los propietarios ... vendieron a las compañías comparecientes cinco octavas partes (5/8) indivisas de un globo de terreno de trescientas veintitrés fanegadas (323 fgds) ... y se obligaron a otras prestaciones, y las compañías compradoras pagaron el precio convenido y se obligaron para con los vendedores ... a otras prestaciones como parte del precio no en dinero y a favor y para uso exclusivo de la hacienda de Tequendama, en la proporción de 5/8 partes... [y] en sus cláusulas quinta y décima se lee **Quinta** .- Las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., se obliga a suministrar a perpetuidad y de modo permanente a la Hacienda de Tequendama la misma cantidad de agua que ella emplea hoy para el riego de sus jardines y huertos (...) cuyo gasto aforo se fija en quinientos (500) litros por hora. **Décima.-** para el servicio y uso exclusivo de la hacienda de Tequendama y dentro de ella, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., le suministrarán y entregarán a perpetuidad en la casa de “El Molino”*

³⁷ Fl. 180 del c. de pruebas 1.

³⁸ La norma vigente al momento de celebración del contrato y su modificatorio fue la Ley 84 de 1873 o Código Civil, en cuyo artículo 1602 se dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

(...) 35 kW de energía eléctrica de las siguientes características (...) ³⁹ (ver numeral 49 de esta providencia).

56. Luego de hacer el compendio de las diversas prestaciones que se habían pactado respecto del inmueble adquirido, la modificación contractual de 1941 se materializó en los siguientes términos (se transcribe literal):

“(...) Los propietarios y Las Compañías han convenido en cambiar y sustituir por completo los derechos y prestaciones pactadas en las cláusulas transcritas y citadas en la cláusula quinta este instrumento, por otras nuevas obligaciones o prestaciones que reemplazarán por completo las anteriores aludidas y que conservarán el mismo carácter de parte del precio con que fueron pactadas las prestaciones que se sustituyen.

Sexta.- Las nuevas prestaciones u obligaciones por las cuales se sustituyen (...), son las siguientes: (...) las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., les suministrarán y entregarán a perpetuidad hasta ciento noventa y cinco mil kilovatios hora (195.000) por año, de energía eléctrica, que la hacienda utilizará para sus regadíos, para consumo doméstico de las casas de la hacienda y demás menesteres de acuerdo con las siguientes estipulaciones: **a)** Que los ciento noventa y cinco mil kilovatios hora (195.000) anuales no serán acumulables de un año para otro, de tal suerte que si en el curso de un año la hacienda no consumiese parte o el total de los ciento noventa y cinco mil kilovatios hora (195.000) a que tiene derecho, no podrá consumirlos en el año o años subsiguientes ni tendrá derecho tampoco a exigir reembolso alguno por la energía que hubiere dejado de consumir.- (...) **b)** Que la suma de la capacidad o potencia total de los motores que se instalen dentro de la hacienda distintos de los servicios domésticos que se mencionan en el aparte c) seguidamente, no podrá exceder en ningún caso de setenta y seis kilovatios (76 kW), o sea de ciento un HP (101 hp) y que el consumo de energía para dichos motores se hará únicamente en las horas comprendidas entre las cinco de la mañana y las cinco de la tarde, y en ningún caso en las horas de la noche.- **c)** Que la capacidad o potencia instalada para los servicios de alumbrado, calefacción y fuerza para las necesidades domésticas de las casas, no podrá exceder en ningún caso de cinco kilovatios, pero el consumo de energía para estos servicios no tendrá limitaciones de horas, es decir, que la hacienda podrá consumir la energía para dichos servicios hasta la capacidad máxima cinco kilovatios (5 kW) cuando sus necesidades lo requieran durante las veinticuatro (24) horas del día.- **d)** que la hacienda se obliga a ejecutar y a mantener las instalaciones eléctricas que sean necesarias para el aprovechamiento de la energía de que trata este contrato en un todo de acuerdo con los reglamentos técnicos que para el efecto tienen establecidos las empresas Unidas de energía eléctrica S.A., y que para los efectos del suministro de esta energía regirán las **“condiciones para el suministro energía en predios rurales”** y **“Las Condiciones Generales para el suministro de energía eléctrica”** que actualmente tienen establecidas las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A.- **e)** Que las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., entregarán la energía eléctrica para el uso doméstico de las casas de la hacienda del aparte c) en baja tensión en un sitio contiguo a la casa de El Molino, y para las bombas y demás menesteres referidos en la letra b), en alta tensión en el sitio actual de la bomba sobre el río Bogotá y en un sitio conveniente en la línea de transmisión a Soacha en el orden de repartición respectivo (...) **f)** Que en ningún caso el total de la carga instalada en la hacienda excederá de ochenta y un kilovatios (81 kW), repartidos en la forma indicada anteriormente, a saber: setenta y seis kilovatios (76) para mover los motores de las bombas de regadío y demás menesteres de la hacienda mencionados en el aparte b), y cinco kilovatios (5) para los servicios domésticos de luz, calefacción y fuerza que puedan ser necesarios en las casas de la hacienda, mencionados en el aparte c).- (...) **h)** que los dueños de la hacienda y de las prestaciones de energía eléctrica a quienes refiere el presente contrato no podrán ceder en forma alguna ni directa ni indirectamente, en parte o en todo, las prestaciones de energía eléctrica aludidas a personas o entidades distintas de los dueños de la finca, ya que su uso será en beneficio exclusivo de la hacienda (...) **j)** si durante el periodo de un año cualquiera, la hacienda se excediere de los ciento noventa y cinco mil Kilovatios (195.000) hora a que tiene derecho por este contrato, la hacienda se obliga a pagar el valor de los excedentes de acuerdo con las tarifas generales que a la fecha tengan establecidas las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. para servicios similares, a la presentación de las cuentas respectivas .- si la hacienda no cubriera el valor de dichos excedentes a más tardar 30 días después de la fecha de la liquidación de la cuenta respectiva, las empresas tienen el derecho de suspender

³⁹ Fls. 18 a 23 del c. de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

totalmente el servicio de energía a que se refiere este contrato y de no reanudar dicho servicio hasta tanto que el valor de dichas cuentas haya sido cubierto.- (...) I) que el término pactado en la cláusula séptima (7ª) de la escritura pública (...) de mil novecientos veinte (1.920) (...) no será a treinta (30) años sino a perpetuidad, no solamente en lo relativo a las prestaciones que se cambian, sino en relación con todas las obligaciones, derechos, prestaciones o servidumbres pactados o establecidos en dicha escritura, tanto a favor y a cargo de la hacienda como a favor y a cargo de las compañías-. (...)”⁴⁰ (resaltado original).

Novena. *Una vez que quede en firme el cambio de las prestaciones y derechos (...) todos los dueños de (...) la hacienda de Tequendama o sus causahabientes, disfrutarán en común y proindiviso de todos los derechos y responderán de todas las obligaciones resultantes de los contratos citados en esta escritura (...) Todas las prestaciones en energía eléctrica a cargo de Las Compañías y a favor de la hacienda de Tequendama, serán para uso exclusivo de dicha hacienda, según los linderos y cabida determinados en la cláusula primera del presente instrumento y los dueños de la citada hacienda no podrán ni directa ni indirectamente disponer o enajenar en favor de terceros parte o el todo de las prestaciones y obligaciones a cargo de las compañías, independientemente de la venta o enajenación de la hacienda de Tequendama, pues las obligaciones de las compañías son exclusivamente en favor de los dueños de la hacienda de Tequendama (...)⁴¹” (subraya añadida).*

57. Las estipulaciones anteriores, analizadas en el contexto espacio-temporal en el cual surgieron, denotan el interés que motivó a cada una de las partes a verter su voluntad en el negocio jurídico celebrado en 1939 y modificado en 1941, en tanto allí, cada cual determinó la prestación que satisfacía sus intereses dentro de una estructura obligacional, trenzada, de una parte, en función de la adquisición de unos terrenos y sus cuerpos de agua a favor de la empresa de energía adquirente, con “*finés de ensanche de sus instalaciones, plantas, etcétera*”; y de otra, del derecho de los vendedores a recibir el suministro del servicio de energía eléctrica como forma de pago del valor de la transferencia del dominio de tal propiedad. En ambos casos, el común denominador del negocio jurídico quedó atado al componente de *energía eléctrica*, en perspectivas de utilidad diversas.

58. De este modo, si para la adquirente el beneficio pretendido, como fue explicitado en el contrato celebrado en 1939, era hacerse a la propiedad de unos inmuebles cuya ubicación y características le permitirían extender su empresa y constituir eventualmente alternativas de generación y explotación de fuentes de energía; para los vendedores, dicha transferencia, efectuada a favor de la única empresa de energía de ese entonces, representó que, como contraprestación, recibirían el suministro de energía eléctrica a *perpetuidad*, por efecto de tal decisión.

59. Como fue referido líneas atrás, el potencial que tales predios representaba en orden al aprovechamiento de la tecnología hidráulica, a propósito de los planes de ampliación de la capacidad instalada que adelantaban las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. (1927 a 1943) se evidencia, en relación con el proyecto del embalse del Muña, no sólo en las relaciones que se habían consolidado con los primeros dueños de la hacienda Tequendama –escritura pública 1.366 del 29 de mayo de 1.920, reseñada en la modificación

⁴⁰ Fls. 27 a 37 del c. de pruebas 2.

⁴¹ Ídem fls. 40 y 41.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

contractual de 1941 (núm. 55 de esta providencia)– sino en los acercamientos y ofrecimientos que los propietarios subsiguientes de tales terrenos (1923) hicieron a la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá (núm. 48 de esta providencia).

60. El diseño del negocio jurídico, solemnizado en las escrituras públicas 2878 de 1939 y 522 de 1941, revela que en el contrato de compraventa –entendido como aquel “*en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero*” (artículo 1849 del Código Civil)– se dispuso que el pago del precio, en este caso, no tendría la connotación dineraria que generalmente se atribuye a estos negocios, sino que correspondía a la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica en los términos, condiciones, límites y formas de cumplimiento descritas en la cláusula sexta del citado contrato (núm. 56 de esta providencia).

61. Lo anterior, exhibe dos escenarios en los que, *grosso modo*, se edificó el mentado contrato en relación con la estructura obligacional pactada. El primero se refiere a la posición jurídica que asumieron las empresas compradoras de cara a la adquisición de unos terrenos, constituyendo a su favor un derecho real sobre tales inmuebles; y, el segundo, que anida en el plano de la contraprestación, generó a favor de las vendedoras el derecho al pago del precio a través del suministro del servicio de energía eléctrica, generando un derecho personal o de crédito, respecto del cual son deudoras las compradoras.

Esta circunstancia, no sólo permite distinguir dos tipos de obligaciones, según el interés jurídico de cada extremo negocial, sino que establece y determina la relación de acreedor y deudor que surge correlativamente entre las partes en función de la prestación debida –ya sea la transferencia de la propiedad o el suministro de energía–, según el caso.

En ese momento (1941) todas las actividades del sector energético –que 5 décadas más tarde fueron individualizadas para su prestación por separado (generación, transmisión, distribución y comercialización)⁴² – estaban en cabeza de una sola empresa, la cual celebró el contrato y, como contraprestación, se obligó al suministro de energía eléctrica, en los términos pactados.

62. En los años posteriores a esta negociación, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., iniciaron un proceso de transformación mediante la opción de venta de la universalidad de dicha empresa a favor del municipio de

⁴² El artículo 1 de la Ley 143 de 1994, dispone: “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, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía”.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Bogotá, según se registró en el Acuerdo 77 del 7 de diciembre de 1946⁴³, negociación que, luego de varias operaciones, condujo a la expedición del Acuerdo No. 18 de 1959 por el cual se constituyó la *Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá –EEB–* como una empresa autónoma, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio.

Sobre este último atributo, viene bien precisar que el patrimonio de la EEB se conformó con los mismos bienes que integraban el de aquella –incluyendo, en consecuencia, las obligaciones pactadas en el contrato de 1941–⁴⁴.

(ii) El alcance de la operación empresarial llevada a cabo por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. para la constitución de Codensa S.A.

63. Varias reformas llevaron a que la Empresa de Energía de Bogotá pasara de ser un establecimiento público (1959) a una empresa industrial y comercial del Estado y, seguidamente, a que se transformara en una sociedad por acciones (1996), según dispuso el Acuerdo 01 del 12 de enero de 1996 del Concejo de Bogotá⁴⁵. Dicho proceso –en el que se mantuvo el objeto social original, esto es, la generación, transformación, distribución y comercialización de energía– se llevó a cabo, como ya lo ha indicado esta Corporación⁴⁶, a tono

⁴³ De cuyas cláusulas se destacan, las siguientes: “Primera. Las Empresas otorgan al Municipio la opción para comprar en cualquier tiempo, a partir de la fecha en que este contrato sea protocolizado y elevado a escritura pública –según lo que se dispone en la cláusula duodécima– y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), la universalidad de los haberes de la misma sociedad “Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A.”.

“Segunda. El Municipio avisará por escrito a las Empresas, con un (1) mes de anticipación cuando menos, la fecha en que vaya a hacer uso de la opción y el día que dé el aviso depositará en moneda corriente en el Banco de la República a la orden de las Empresas la suma correspondiente al precio de la universalidad de los haberes de las Empresas, según lo que se establece en la cláusula siguiente (...)” Ver Concejo de Bogotá. Acuerdos, 1946, Bogotá, Imprenta Distrital.

⁴⁴ En los artículos primero y segundo del citado Acuerdo, se dispuso: “Artículo 1o Las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, organizadas en desarrollo de los decretos extraordinarios números 1128 de 1951 y 744 de 1954, que en adelante se llamarán “Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá”, se constituyen en Empresa autónoma descentralizada con personería jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la prestación del servicio público de energía eléctrica.

“Artículo 2o El patrimonio de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá lo forman los mismos bienes que constituyen el patrimonio de las actuales Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, según el contrato de encargo fiduciario a que se refieren los decretos extraordinarios números 1128 de 1951 y 744 de 1954, y los demás bienes que hubieren adquirido dichas empresas (...)” Ver Concejo de Bogotá, Acuerdos, 1959, Bogotá, Imprenta Distrital.

⁴⁵ El Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 01 de 1996, “[p]or el cual se transforma la Empresa de Energía de Bogotá, en sociedad por acciones y se dictan otras disposiciones”. Entre sus determinaciones, dispuso:

Artículo Primero.- Para los efectos previstos en el párrafo primero del Artículo 17 de la Ley 142 de 1994 y de conformidad con el Artículo 164 del Decreto Ley 1421 de 1993, la Empresa de Energía de Bogotá se transforma de establecimiento público en una Empresa Industrial y Comercial del orden distrital, hasta tanto se produzca la transformación de que trata el Artículo segundo del presente Acuerdo.

Artículo Segundo.- Autorizar la transformación de la Empresa de Energía de Bogotá, en una Sociedad por Acciones de orden distrital, sometida al régimen jurídico establecido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, para tal efecto, el Alcalde Mayor del Distrito Capital adelantará los trámites necesarios y suscribirá los correspondientes documentos, hasta la protocolización de la escritura pública de transformación, lo cual hará dentro del término de un año contado a partir de la vigencia del presente Acuerdo (...)” Ver <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6858>.

⁴⁶ “Con fundamento en los lineamientos contenidos en la Ley 142 de 1994 y las autorizaciones del acuerdo 01 citado (art. 2º), se transformó su estructura de persona jurídica de derecho público descentralizada, empresa industrial y comercial del Estado del orden distrital, en empresa de servicios públicos como sociedad por acciones, con lo cual optó precisamente por la forma jurídica de sociedad comercial. La asamblea general de socios de la Empresa de Energía de Bogotá donde se convino la

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

con los preceptos que introdujo la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 17 se dispuso:

“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.*

PARÁGRAFO 1o. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado (...).”*

64. Ya transformada en sociedad por acciones –S.A.⁴⁷– y como empresa de servicios públicos –ESP–, la Empresa de Energía de Bogotá presentó a la CREG el estudio de viabilidad de que trata el artículo 181 de la Ley 142 de 1994, que dispone:

“ARTÍCULO 181. VIABILIDAD EMPRESARIAL. *Todas las empresas de servicios públicos, o quienes al entrar en vigencia esta Ley estén prestando servicios públicos domiciliarios, llevarán a cabo durante el período de transición de dos años, una evaluación de su viabilidad empresarial a mediano y largo plazo, de acuerdo a las metodologías que aprueben las respectivas comisiones de regulación⁴⁸.*

Si de la evaluación se desprende que el valor patrimonial es negativo o si las obligaciones existentes exceden la capacidad operativa de la empresa para servirlos, la comisión de regulación respectiva exigirá que se presente un plan de reestructuración financiero y operativo. Dentro de este plan, se autoriza a la Nación, a las entidades territoriales y a las entidades descentralizadas de aquella o de éstas, para asumir o adquirir pasivos, inclusive laborales, de las entidades que se transforman o de las empresas, así como para hacerles aportes y para condonarles deudas”.

En el citado estudio, la Empresa de Energía de Bogotá S.A - E.S.P., señaló que *“presenta[ba] problemas de liquidez para cubrir sus obligaciones financieras y operativas de corto y mediano plazo”,* a la vez que indicó que *“contrataría una firma de banca de inversión, con el propósito de diseñar un Plan de Reestructuración tendiente a la incorporación de capital privado en la entidad, con el objeto de viabilizar financieramente a la empresa”⁴⁹.*

65. Las conclusiones de tales estudios, apuntaron a viabilizar la sostenibilidad de la empresa planteando una estructura en la que: (i) debía mantenerse una compañía holding –la EEB S.A. ESP– con inversiones (acciones) en las

transformación en sociedad con carácter de empresa de servicios públicos, ESP, se cumplió el 31 de mayo de 1996 y la formalización de lo acordado tuvo lugar mediante la escritura pública 610 del 3 de junio de 1996 de la Notaría 28 del Círculo de Santafé de Bogotá. Por la composición y origen de su capital es una sociedad constituida con aportes estatales y de capital privado, del orden distrital en la cual el Estado participa por lo menos con el 51% de su capital social, de conformidad con el acuerdo 01 que autorizó el carácter señalado de sociedad por acciones, en desarrollo del artículo 17 de la ley 142 de 1994 y del 164 del decreto ley 1421 de 1993”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de agosto de 1999, Rad. 1192.

⁴⁷ Conforme a la escritura pública No. 610 del 3 de junio de 1996, de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, e inscrita el 5 de julio de 1996, se transformó de empresa industrial del estado, del orden distrital, a empresa de servicios públicos, como sociedad por acciones bajo la denominación de Empresa de Energía de Bogotá S.A. - empresa de servicios públicos ESP. Fl. 203 del c.1.

⁴⁸ Término ampliado por seis (6) meses de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 286 de 1996.

⁴⁹ En esos términos fue registrado en el concepto 635 de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos, tema: *TRANSFORMACIÓN EEB- Plan de reestructuración de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.* Consultado en: https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto_superservicios_0000635_2001.htm?q=transformacione+s+tanto+de+la+EEB+S.A+E.S.P.+como+de+CODENSA+S.A.+E.S.P.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

empresas subsidiarias, así como en actividades propias; (ii) una sola compañía subsidiaria estaría encargada de la generación, incluyendo todos los activos de generación; (iii) una sola compañía subsidiaria estaría encargada de la distribución/comercialización, incluyendo todos los activos de distribución de la EEB y la atención a todos los usuarios de comercialización de la EEB; (iv) una sola compañía subsidiaria estaría a cargo de la transmisión, con todos los activos de transmisión de alto voltaje de la EEB. Lo anterior, dada la preferencia de los inversionistas internacionales estratégicos de invertir en un solo negocio en la industria de la electricidad, separando sus actividades y sus riesgos⁵⁰.

66. En esta línea, fue realizada la Convocatoria Pública Internacional del Proceso de Capitalización para los negocios de distribución/comercialización y generación de energía; cuyos resultados, para claridad de la operación, dio a conocer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al ser consultada, en los siguientes términos:

“(...) la Asamblea adjudicó la Convocatoria Pública Internacional de acuerdo con los resultados observados en la Sala de Urnas, así:

Adjudicación para el proceso de Capitalización de la Empresa de Energía de Bogotá para el negocio de generación EMGESA, así como la parte correspondiente al 5.5% del capital accionario de la Casa Matriz, a la firma CAPITAL ENERGÍA S.A., por la suma equivalente a (...) dólares de los Estados Unidos de América (...).

Adjudicación para el proceso de Capitalización de la Empresa de Energía de Bogotá, para el negocio de distribución y comercialización CODENSA, así como la parte correspondiente al 5.5% del capital accionario de la Casa Matriz, a la firma LUZ DE BOGOTÁ S.A., por una suma equivalente a (...) dólares de los Estados Unidos de América (...).”⁵¹

67. Por esta vía, y en atención a las disposiciones especiales que en materia del servicio público de energía eléctrica introdujo la Ley 143 de 1994⁵², las denominadas “*actividades del sector*” (art. 1) que corresponden a la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, en efecto, fueron separadas según el plan de reestructuración atrás referido, en los objetos y patrimonio de cada una de las empresas así creadas –salvo la *comercialización* que quedó unida a la *distribución*, conforme a la autorización del art. 74⁵³ de la Ley 143 ya citada–.

68. Producto de lo anterior, el 23 de octubre de 1997 fue constituida la empresa Codensa S.A. E.S.P., mediante escritura pública 4610, otorgada en la Notaría 36 de Bogotá, con el siguiente objeto:

⁵⁰ Ídem, pág. 5 y 6.

⁵¹ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto 635 de 2001, pág. 5 y 6, Ídem.

⁵² “*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*”.

⁵³ “*Artículo 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución*”.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“OBJETO SOCIAL: la sociedad tiene como objeto principal la **distribución y comercialización de energía eléctrica**, así como la ejecución de todas las actividades afines, conexas, complementarias y relacionadas a la distribución y comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en ingeniería eléctrica y la comercialización de productos en beneficio de sus clientes (...)”⁵⁴ (se resalta)

(iii) El examen de los cargos de la apelación

- Nulidad del contrato por objeto ilícito

69. Como argumento surgido en la apelación, postuló el censor la existencia de una causal de nulidad absoluta que vicia el contrato de 1939 y su modificatorio de 1941, por violación del artículo 37 de la Constitución Política de 1886 –norma vigente al momento de su celebración– que establecía que “[n]o habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles”; así, dado que el citado contrato contiene una contraprestación a *perpetuidad*, respecto del suministro de energía eléctrica, reclama que, de manera oficiosa, se declare la nulidad del contrato, aun sin que haya mediado petición de parte.

70. Anuncia la Sala, desde ahora, que no comparte los planteamientos en los que sustenta el apelante la inconformidad reseñada, tanto por razones de orden procesal, como por ausencia de los requisitos que autorizan la declaratoria oficiosa de nulidad del contrato, como se pasa a indicar.

En primer lugar, es necesario recordar que el proceso judicial se construye a partir de una composición de etapas, previamente definidas en la ley, en las que inicia, transcurre y culmina el examen de una controversia, la cual es puesta en conocimiento del juez con la aspiración de obtener de éste la protección o el restablecimiento de los derechos aducidos en juicio. De esta manera, cada una de sus fases y oportunidades está concebida y vela por la realización de las garantías fundamentales asociadas al debido proceso, como es el acceso a la administración de justicia, el derecho a probar, el derecho de contradicción, y el derecho a la igualdad, entre otros.

71. Como estructura de realización de la justicia, el proceso lleva aparejadas ciertas cargas, además de deberes y obligaciones, que procuran contribuir al conocimiento y grado de convicción que requiere el juez para desatar el litigio; de esta manera, sea ofreciendo la descripción de su posición en el conflicto (demanda o contestación/excepciones) o en clave del desarrollo de la actividad probatoria, entre otras actuaciones, el itinerario del proceso judicial, con apoyo de las partes, debe llevar al descubrimiento de la verdad y por esta vía a la protección de un orden justo para los asociados.

⁵⁴ Fl. 69 del c. 1.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

En punto a las cargas procesales, la doctrina ha subrayado, en orden a su carácter potestativo que, en todo caso, su omisión puede desencadenar consecuencias desfavorables a quien las incumple; al respecto, ha explicado que *“la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado, el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés”*⁵⁵.

72. La posición que el sujeto asuma frente a la carga procesal, dada la ausencia de carácter coercitivo en su cumplimiento, no conduce a una autorización que patente su inobservancia, pues ello entraría en oposición con el precepto contenido en el artículo 95 de la Carta Política, según el cual son deberes de la persona y del ciudadano *“7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”*, a la vez que desdibuja los principios de corrección, lealtad y colaboración necesarios para su adecuada prestación, tal como lo ha reiterado el máximo Tribunal constitucional, al señalar:

*“La Corte ha señalado en forma insistente que evadir el cumplimiento de las cargas procesales no es un criterio avalado por la jurisprudencia constitucional, ‘en la medida en que el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia’. Autorizar libremente el incumplimiento de las cargas procesales ‘llevaría al absurdo de permitir que se propenda por perseguir intereses a través de la jurisdicción sin limitaciones ni restricciones procesales, incluso alegando la propia culpa o negligencia’, lo que desde luego rechaza la jurisprudencia constitucional”*⁵⁶

73. Tales efectos o consecuencias se proyectan al avanzar a una segunda instancia en virtud de la interposición del recurso de alzada, en la medida que aquello que no fue planteado en la fijación del litigio y desarrollado en las diferentes etapas en que transcurrió el proceso en la primera fase, no puede incorporarse, por regla general, en el trámite de la apelación; lo anterior se explica en que este recurso está destinado a revisar las decisiones del *a quo* frente a un conflicto definido, y no a establecer una nueva primera etapa de resolución de la controversia que admita introducir temáticas inéditas.

Con este panorama, la Sala observa que en el *sub lite* el censor no propuso en las oportunidades procesales el argumento que ahora presenta como motivo de apelación, teniendo la carga de haberlo señalado en su contestación a la demanda –o como base de una demanda de reconvención, o fruto del agotamiento de la etapa probatoria–, ni se constituye en un hecho sobrevenido a tales momentos; lo que explica que, al no haber sido un tema planteado al

⁵⁵ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición; Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 211 a 213.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-086 del 24 del 24 de febrero de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

definir el litigio, ni el Tribunal (que no halló razones para hacer pronunciamiento oficioso alguno), ni los demás sujetos procesales, debían hacer manifestación al respecto.

74. Esta Corporación⁵⁷ ha sido prolija en señalar que en virtud de los derechos de contradicción y defensa, y de los principios de lealtad procesal y congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada y los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, le está vedado al apelante exponer en la alzada argumentos ajenos a tales oportunidades, pues con ello se desconocerían las garantías fundamentales de la contraparte quien no habría tenido oportunidad de controvertir los aspectos novedosos traídos extemporáneamente al debate; y, en casos así, el *ad quem* no puede analizarlos, por las mismas razones.

Por efecto de lo anterior, un planteamiento que es presentado en segunda instancia, y por lo mismo no tratado en el fallo de primer grado, no puede constituirse en motivo de disenso frente a éste, precisamente por inexistencia de un argumento a debatir ante el superior jerárquico –conducta que exhibe la desconfiguración misma del recurso en estos eventos–.

75. Sin perjuicio de lo anterior, en segundo lugar, el recurrente señala que aun sin manifestación de parte, es decir, sin cumplir la carga procesal que le correspondía, la presencia de una causal de nulidad absoluta que vicia el contrato de 1939 – 1941, impone al director del proceso, de oficio, declararla.

Para desatar esta proposición, la Sala debe iniciar por señalar los requisitos que autorizan la activación de las potestades oficiosas de cara a la nulidad pretendida, bajo el entendido que, en un sistema procesal mixto, donde se reconoce el predominio del principio dispositivo en cabeza de las partes, y por ende, son ellas quienes tienen el dominio del procedimiento y de sus actuaciones, también se confieren ciertas atribuciones inquisitivas al juez en orden a la definición justa del proceso, las cuales deben ser ejercidas dentro de los límites que el ordenamiento impone.

76. Así lo prevé el artículo 1742 del Código Civil⁵⁸, que contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden normativo que debe regir las relaciones jurídicas.

⁵⁷ Ver entre otras, Sentencia del 7 de mayo de 2015, Exp. 2005-00270; Sentencia del 7 de diciembre de 2017 Exp. 2009-0112201; Sentencia del 30 de julio de 2021 Exp. 2013-0035001.

⁵⁸ Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Esta atribución debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone –y la jurisprudencia desarrolla– los cuales, de resumida manera, se concretan en cuatro premisas⁵⁹: (a) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario; (b) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones; (c) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes; y (d) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C.⁶⁰.

77. En el caso concreto, la Sala observa que las pretensiones de la demanda se orientaron, (i) a cuestionar la legalidad de los actos demandados (la decisión de Codensa y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de normalizar la facturación y pago del servicio de energía del citado predio); y (ii) a solicitar que, como consecuencia de tal nulidad, se mantuviera vigente el derecho al suministro, conferido a través de las estipulaciones contractuales contenidas en las escrituras públicas de 1939 y 1941.

78. En las pretensiones del actor no existió ningún cuestionamiento respecto a la existencia o validez del citado contrato (de acuerdo con la reforma de la demanda) ni, en particular, en torno a la obligación de suministro convenido; justamente, sin elevar reproche frente al contrato, la proposición de la actora se orientó a rebatir los actos demandados, en orden a las falencias que advirtió en sus motivaciones, en tanto adoptaban determinaciones en aspectos que diferían de lo consignado en los pactos contractuales.

Por su parte, la demandada y ahora apelante, en los medios de defensa propuestos al contestar la demanda, adujo la falta de legitimación por pasiva de Codensa, argumentando que no había sido parte ni causahabiente de la obligación de suministrar los 195.000 kw acordada en el citado contrato, justificando así la legalidad de sus decisiones; y señaló, además, que *“si lo que pretende la demandante es alegar incumplimiento del contrato celebrado mediante la escritura pública No. 522 del 5 de marzo de 1941 sería la jurisdicción civil la que debe definir el punto”*⁶¹.

79. La relación jurídico-procesal así trabada exhibe que, si bien en este proceso se alude al contrato modificado mediante escritura pública No. 522 de 1941, ello se hace en función de cuestionar los motivos de las decisiones demandadas y no para generar un juicio de incumplimiento frente a dicho contrato. En otras palabras, a manera ilustrativa, si los fundamentos de hecho o de derecho de un acto administrativo aluden y se remiten a determinado

⁵⁹ Al respecto, ver las sentencias de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) del 6 de febrero de 2019, expediente 61.720, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez y (ii) del 3 de octubre de 2012, radicación 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

⁶¹ Fl. 247 del c. 1.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

contrato, ello no autoriza ni lleva a iniciar un juicio de validez o legalidad frente al mismo a través de la expedición del acto.

80. Por manera que, en este asunto no se cumplen los requisitos que autorizan al juez a hacer uso de la facultad oficiosa para la declaratoria de nulidad de un contrato, por la razón básica de que éste no está siendo cuestionado –más que por una suposición del censor–. De esta forma, y por el orden lógico de las cosas, dicha proposición escapa al alcance del *sub lite*, donde tal pronunciamiento carece de aptitud.

81. Incluso, si en gracia de discusión se atendiera la inferencia que expresó el apelante al contestar la demanda, en relación con que el interés de la actora, en el fondo, versa sobre el incumplimiento del contrato, la conclusión de la Sala no cambiaría, pues con la reforma de la demanda se eliminó de las pretensiones aquellas que se relacionaban con el incumplimiento del contrato y su resolución, para fijar la *causa petendi* exclusivamente en los actos demandados.

Unido a lo anterior si, además, se entrara a verificar los otros requisitos que autorizan la declaratoria de nulidad del contrato –cuya oficiosa, en este caso es promovida por el censor, lo que desdice de su naturaleza– de entrada, habría que decir que el primero de ellos no se cumple, pues se requiere que el vicio que afecta la validez del contrato sea ostensible o patente, es decir, que no requiera de mayores esfuerzos para ser evidenciado, ni implique para ello realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato.

82. Esta exigencia es ajena al presente caso, puesto que más allá de que el argumento planteado en la apelación induzca *prima facie* hacia un ejercicio de confrontación entre la prohibición del artículo 37 de la Constitución de 1886, que disponía que no habrá *obligaciones irredimibles*, y la forma y tiempo de cumplimiento de la prestación de suministro pactada a *perpetuidad*, lo cierto es que el análisis del juez no se contrae a una verificación de palabras –irredimible vs. perpetuidad– sino que se llena de contenido de cara a los elementos bajo los cuales se construyó la prestación debida, esto es, la forma de pago consistente en el suministro de energía.

83. Al efecto, la Sala no encuentra la existencia del vicio pregonado por el actor, sustentado en los artículos 2° de la Ley 50 de 1936 y 1519 del C.C., pues no se observa que la obligación de suministro de energía pactada como contraprestación, se inscriba en el concepto de objeto ilícito como para desencadenar su anulación del mundo jurídico, pues bien puede pactarse tal prestación como mecanismo de pago acordado por las partes.

84. Ahora, si lo que quiso proponer el actor es la nulidad de la cláusula que contiene el pacto a perpetuidad de la retribución convenida, no del contrato, el

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

reproche de ilegalidad apunta al plazo pactado para su cumplimiento, que se vincula a la prohibición constitucional referida; al respecto, a juicio de la Sala tampoco se presenta por esta vía un vicio de nulidad ostensible, que pudiera llevar a la anulación del contrato pues, al analizar el contexto y estructura obligacional bajo el cual se concertaron tales estipulaciones, el concepto de perpetuidad, más allá de su literalidad, hace referencia al carácter *indeterminado* del plazo para lograr el cumplimiento de la prestación acordada como precio, dado el tamaño de los terrenos y su valor frente al costo del servicio de suministro mensual, lo que llevaba a la existencia de un plazo indeterminado, pero no irredimible, pues con cada prestación mensual de servicio se estaba abonando al pago, sin que nada impidiera al interesado procurar su definición en curso del contrato, ya fuera de forma directa, o mediando intervención del juez.

85. Igualmente, de cara al potencial de explotación hidroeléctrica que tenía el inmueble vendido a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, bien pudo el concepto de *perpetuidad* (dentro del contexto comercial) estar asociado a la *causa* que determinó la celebración del contrato, esto es, que mientras subsistiera la explotación económica del mismo se tendría la correlativa obligación de suministro, en función de la vida útil del inmueble.

Esta tesis cobraría fuerza, si se considera que el *a quo* señaló, en relación con la obligación de suministro contenida en la escritura de 1941, que allí “*quedaron claros los cambios que modificaron las condiciones pactadas, indicando expresamente que es ‘respecto del pago del precio’ y para ‘el suministro de energía durante la vida útil del predio*”⁶² que subsistía dicha obligación (negrilla del original, subraya añadida); valoración aceptada por las partes pues no fue objeto de disenso en sede de apelación. Lo anterior, nuevamente llevaría a entender que lo pactado se concretó en un concepto indeterminado en el tiempo, pero determinable.

86. En cualquier caso, al interior del contrato, se fijaron límites al consumo y a la capacidad instalada, entre otras condiciones establecidas para la prestación del suministro que fueron pactadas en la cláusula sexta del contrato modificado en 1941, las cuales tendrían que ser objeto de examen y valoración frente a las demás hipótesis atrás indicadas; así mismo, se establecieron límites subjetivos a los que quedó circunscrito el cumplimiento de la prestación acordada (cláusula novena ídem) que atañen a la calidad personal de *dueños* de la hacienda Tequendama, a los cuales se vinculó el cumplimiento de la prestación y su vigencia en el tiempo.

87. De manera que, sin que sea atendible la petición de nulidad absoluta del contrato solicitada por el apelante para volver las cosas al estado inicial, la Sala negará el cargo, por las razones anotadas.

⁶² Fl. 502 del c. ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

- **Codensa no celebró el contrato de 1941, ni incluyó en su acto de constitución el bien inmueble o la obligación de suministrar energía.**

88. En este segundo cargo, el apelante reprochó que el *a quo*, al adoptar la decisión de anular los actos demandados, haya atribuido a Codensa obligaciones que no constan en la escritura pública 4610 de octubre de 1997 (acto de constitución) pues de esa forma se contravino el artículo 529 del Código de Comercio que establece que las obligaciones que no consten en el documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante del establecimiento de comercio.

En apoyo de su dicho, cuestionó la falta de valoración probatoria de: (i) el dictamen pericial, que indica que en el acto de constitución de Codensa no hay ninguna referencia a las escrituras 2878 de 1939 y 522 de 1941; (ii) el aparte de la escritura de constitución de Codensa que establece que el establecimiento de comercio estará integrado **“solamente”** por los pasivos y contratos de distribución; (iii) reprueba la valoración del interrogatorio de parte realizado por el representante legal de Codensa, del cual se desprende que esa empresa no asumió la obligación de la EEB de suministrar energía al predio; (iv) acusa de falta de valoración la declaración de la parte actora cuando señaló, al interrogar al representante legal de Codensa, que en su constitución no se tuvo en cuenta la existencia del contrato de compraventa suscrito entre la EEB y la familia Casabianca, pues ello demuestra que Codensa no fue titular o cesionaria de bienes u obligaciones derivadas de tales contratos.

89. En esta línea, los argumentos esbozados por el apelante están dirigidos a justificar la decisión de Codensa de normalizar la facturación y el cobro por los servicios de energía de la hacienda Tequendama No. 4, aduciendo, puntualmente, que dicha empresa podía cobrar los servicios de energía al citado inmueble, en tanto no fue titular o cesionaria de los bienes ni de las obligaciones sobre los cuales versó el contrato de 1941 y, en esta medida, no quedó obligada por tales pactos.

La anterior precisión conduce a indicar que los demás aspectos del fallo que no fueron controvertidos mantienen su carácter definitorio, ante la inexistencia de disenso en torno a ellos; circunstancia que será tomada en cuenta al examinar el presente cargo.

90. Estima la Sala necesario retomar el alcance de las decisiones contenidas en los actos demandados –y declarados nulos por parte del *a quo*– como mejor manera de examinar el juicio de legalidad que impugna el censor.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

ACTOS EMITIDOS POR CODENSA

(se transcribe literal, incluyendo eventuales errores)

Decisión del 24 de junio de 1999 ⁶³	Decisión del 28 de julio de 1999 ⁶⁴ que resuelve el recurso de reposición contra la decisión del 24 de junio de 1999
<p><i>“En atención a su comunicación del asunto, es conveniente formular las siguientes observaciones:</i></p> <p><i>En primer lugar y en lo que se refiere al acuerdo entre las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y doña Leonilde Matiz de Camacho, sus términos no corresponden a la normatividad establecida en la Ley 142 de 1994 y su reglamentación posterior que prohíbe expresamente, en virtud del principio de neutralidad, un tratamiento de excepción como el contenido en el texto de la escritura (se resalta).</i></p> <p><i>En la mencionada ley se establece que el servicio público de energía se presta a través de un contrato por medio del cual la empresa lo presta a un usuario a cambio de un precio en dinero de acuerdo con las condiciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.</i></p> <p><i>Así mismo en su artículo 34 la mencionada ley prohíbe prácticas discriminatorias. Igualmente, el artículo 99.9 dispone que no habrá exoneración en el pago para ninguna persona natural o jurídica.</i></p> <p><i>Por otra parte, el artículo 3 numeral 6 de la Resolución CREG 108 de 1997 determina que la Empresa debe dar un tratamiento igual a sus suscriptores o usuarios sin discriminaciones diferentes a las derivadas de las condiciones y características técnicas de la prestación del servicio.</i></p> <p><i>Debido a esta situación CODENSA S. A. E.S.P ha tomado las siguientes determinaciones en relación con la cuenta del inmueble ubicado en la carretera al sur km 14 y 15 hacienda Tequendama 4.</i></p> <p><i>1. Normalizará la facturación del inmueble y expedirá las facturas</i></p>	<p><i>“[relato de antecedentes]</i></p> <p><i>Para resolver se considera:</i></p> <p><i>Que de ninguna manera CODENSA S.A. E.S.P., desconoce el contenido de una Escritura Pública y que la decisión contenida en la comunicación No. 0131221 del 24 de junio del año en curso obedece al cumplimiento de las normas sobre la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica (se resalta).</i></p> <p><i>Que se deben tratar en forma independiente los asuntos relacionados con la venta del inmueble a la Empresa de Energía de Bogotá y el relacionado con el suministro del servicio de energía que en la actualidad hace CODENSA S.A. E.S.P. al predio en cuestión.</i></p> <p><i>Que en cuanto al aspecto relacionado con el suministro del servicio de energía, el mismo está regido por las leyes 142 y 143 de 1994 y sus posteriores reglamentaciones.</i></p> <p><i>Que en términos generales la relación de la empresa con los suscriptores o usuarios del servicio se rigen por las estipulaciones contenidas en el contrato de servicio público de que trata el artículo 128 de la ley 142 de 1994.</i></p> <p><i>Que en el contrato en mención también llamado de condiciones uniformes, se establecen todos los derechos y deberes que deben cumplir tanto la empresa como sus clientes en relación con la prestación del servicio público de energía eléctrica.</i></p> <p><i>Que las estipulaciones del contrato de servicio público se aplican sin excepción a todos y cada uno de los clientes que CODENSA S.A. ESP tienen en el mercado regulado y que por esta razón no puede ni debe establecer excepción con algún cliente, pues ello se constituiría en la inobservancia de claros principios de orden legal que la Empresa no está dispuesta a desconocer a riesgo de ser sancionada por la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.</i></p>

⁶³ Fls. 264 y 265 del c de pruebas 2.

⁶⁴ Fls. 258 al 261 del c de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
 Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
 Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
 Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

<p>correspondientes de acuerdo con las normas vigentes.</p> <p>2. El usuario tendrá la obligación de pagar el valor de los consumos que se facturen periódicamente.</p> <p>3. En atención al acuerdo suscrito de que trata la escritura No. 522 del 5 de Marzo de 1941 de la Notaría Segunda, por vía de excepción Codensa S.A. E.S.P. no cobrará valor alguno por servicios prestados con anterioridad a la fecha de la reclamación.</p> <p>Por lo expuesto a partir de la fecha la Empresa le creará una cuenta, se le asignará un número de identificación eléctrica (NIE) al cual se asociará el medidor que se encuentra instalado en el predio y se le empezará a facturar el consumo registrado por el medidor, al valor de las tarifas autorizadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).</p> <p>Cordialmente,</p> <p>(...)"</p>	<p>Que los suscriptores y/o usuarios del servicio del predio objeto de recurso, se rigen al igual que todos los usuarios del mercado regulado de CODENSA S.A. E.S.P. por el contrato de condiciones uniformes que en cumplimiento de la ley no establece excepción alguna en cuanto al pago del servicio que la empresa suministra.</p> <p>Que en cuanto se relaciona con la venta del inmueble que se efectuó a la Empresa Energía de Bogotá, es necesario que se dirija a ella si a bien lo tiene, con el objeto de aclarar las dudas o lograr las compensaciones o reconocimientos a que pueda tener derecho en virtud de lo estipulado en la escritura pública No. 522 de 1941 o en su defecto efectuar las acciones que considere pertinentes para resolver el contrato de compraventa realizado con dicha empresa como lo anuncia en su comunicación.</p> <p>Que CODENSA S.A. E.S.P. como empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica no puede entrar a conocer y responder por compromisos que ella no ha adquirido y que por el contrario dará fiel cumplimiento a su obligación de suministrar el servicio al predio objeto de recurso siempre y cuando se cumpla con la obligación por parte del cliente de cancelar en forma oportuna el servicio prestado y se cumpla con la totalidad de las estipulaciones contenidas en el contrato de servicio público, el cual se anexa al presente.</p> <p>Que en virtud de lo anterior el servicio se suministrará y facturará de acuerdo con lo establecido en el contrato de servicio público y las normas que le dan origen y su incumplimiento acarreará las sanciones que las mismas normas establecen.</p> <p>Que en forma voluntaria y en atención al principio de buena fe, CODENSA S.A. E.S.P. decidió no cobrar consumo alguno anterior a la fecha de la revisión efectuada al predio pero igual tomó la determinación de normalizar el suministro y facturación del servicio que presta al inmueble objeto del recurso.</p> <p>Que por todo lo expuesto se ratifica la decisión de la empresa contenida en la comunicación número 013122 01/06/24 de 1999 (...)"</p>
--	--

**ACTOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
 DOMICILIARIOS**

(se transcribe literal, incluyendo eventuales errores)

<p>Resolución 1407 del 22 de febrero de 2001 por la cual se resuelve el recurso de Apelación⁶⁵</p>
<p>"[relato de antecedentes]</p>

⁶⁵ Fls. 249 al 254 del c. de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Este Despacho, efectuando el análisis de lo expuesto decide:

En primer lugar, deben distinguirse las obligaciones derivadas de dos actos diferentes y por lo tanto sujetos a diversas competencias:

** Las obligaciones creadas por la escritura pública celebrada en mayo de 1941, fueron entre el usuario y una empresa anterior y diferente a CODENSA, por lo tanto, debe examinarse si dentro del acto por el cual se creó dicha empresa se estipularon como a su cargo las obligaciones existentes con anterioridad.*

En este caso, le corresponde al usuario ejercer las acciones derivadas del contrato celebrado por escritura pública, a través de la jurisdicción civil.

Por ser materia de competencia de dichas autoridades este Despacho no puede entrar a decidir al respecto.

** Las obligaciones derivadas del contrato de servicios públicos se rigen por el contrato de condiciones uniformes, el contrato de servicios públicos, la Ley 142 de 1994, el Decreto 1842 de 1994, la Resolución No. 108 de 1997 de la CREG y otras disposiciones.*

En este caso, sí existe competencia de este Despacho para resolver, por lo tanto, se revisarán las decisiones tomadas por la empresa con relación a esta materia (...)

La Ley 142 de 1994 establece lo siguiente:

‘ARTÍCULO 128.- contrato de servicios públicos (...)

De conformidad con la norma transcrita la empresa tiene derecho a cobrar por el servicio que presta y consta dentro del expediente que el usuario ha venido recibiendo el servicio de energía eléctrica de manera continua.

‘ARTÍCULO 134.- del derecho a los servicios públicos domiciliarios (...)

Por su parte, el artículo 6° del Decreto 1842 de 1991 establece lo siguiente:

‘De la legalización del suministro de servicios. Las empresas de servicios públicos domiciliarios deberán desarrollar programas tendientes a la legalización del suministro de los servicios públicos (...)

De la norma transcrita se desprende que es una obligación de la empresa legalizar los servicios que se han venido prestando en forma irregular.

En este proceso de normalización está contemplada la instalación del medidor en aquellos casos en que se esté facturando el consumo con base en la carga instalada, o en el promedio del estrato o con base en promedios de suscriptores o usuarios en iguales condiciones (...)

Dado que en el caso presente el inmueble cuenta con equipo de medida, la facturación deberá establecerse con base en la norma transcrita.

Ahora bien, respecto de la suma que la empresa dejó de cobrarle, este Despacho la acepta por ser favorable al recurrente.

Por lo tanto, el proceso de legalización que siguió la empresa en el presente caso se ajusta al ordenamiento legal vigente.

No obstante, es preciso indicar lo establecido por el artículo 99.9 de la Ley 142 de 1994 que a su tenor expresa: ‘(...) no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica (...)

Resuelve:

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

ARTÍCULO PRIMERO confirmar la decisión (...).

Resolución 3663 del 8 de mayo de 2001 por la cual se aclaró la resolución 1407 del 22 de febrero de 2001⁶⁶

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios aclaró la citada resolución, respecto a la identificación de la persona que interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación.

91. En relación con el contenido y alcance de los actos demandados, el *a quo* se pronunció en dos líneas principales que condujeron a su declaratoria de nulidad, así: a) por ilegalidad de las decisiones *sub júdice* emitidas bajo el argumento de aplicar la Ley 142 de 1994; y, b) por la obligación de suministro pactada en 1941 como parte de la operación que asumió Codensa al momento de su constitución.

En la primera línea, el Tribunal caracterizó y definió la existencia de un contrato de suministro como contraprestación de la pluricitada adquisición (1939 - 1941); señaló, a diferencia de lo indicado por Codensa, que la aplicación de la Ley 142 de 1994 –principal argumento de tales decisiones– no autorizaba el desconocimiento de la obligación de suministro, en tanto: (i) ello no emanaba del principio de neutralidad, como equivocadamente fue invocado, pues lo que existió fue un pago anticipado o prepago del suministro de energía que en nada se asemejaba a un tratamiento desigual o de excepción frente a los demás usuarios; indicó que, en todo caso, el prepago de energía está autorizado por la nueva ley de servicios públicos, y añadió que lo discriminatorio fue desconocer el derecho de quien ya pagó por el servicio mediante la transferencia de unos terrenos, lo que evidencia el abuso en la posición de dominio por la ESP y, en consecuencia la ilegalidad de dichos actos; (ii) encontró que la misma Ley 142 autorizó la celebración, entre otros, de *contratos especiales*, como calificó al examinado en el *sub lite*, cuyas estipulaciones prevalecen frente a las condiciones uniformes según el art. 132 de dicha normativa; (iii) reprochó que Codensa hubiese realizado la “*alteración inconsulta y unilateral ... de las condiciones contractuales de prestación de servicio*” argumentando la aplicación de la Ley 142, pues para ello carecía de facultades; (iv) en suma, indicó que la citada Ley no autorizó, como se hizo, su aplicación retroactiva y unilateral por las empresas de servicios públicos; en cambio, halló compatible la prestación del suministro acordado con la normatividad vigente; (v) resaltó que el contrato de 1941 no había sido rescindido o terminado de alguna forma y, por tanto, estaba llamado a su cumplimiento; recriminó que Codensa y la Superintendencia demandada no hubieran analizado las obligaciones de suministro allí establecidas, previo a adoptar una decisión.

⁶⁶ Fls. 122 y 123 del c. de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

92. Advierte la Sala que las conclusiones relacionadas con la indebida aplicación de la Ley 142 –por indebida aplicación del principio de neutralidad, desconocimiento de un contrato especial de suministro, abuso de la posición dominante, y el hecho de que el contrato estuviera vigente y no rescindido o terminado– no fueron objeto de apelación, en consecuencia, tanto la caracterización de la contraprestación pactada en el negocio de 1941 como contrato de suministro, al igual que la declaratoria de ilegalidad de tales actos por la aplicación contraevidente de la Ley 142 de 1994 se tornan definitivas; de manera que, sobre tales asuntos, la sentencia de primer grado quedó amparada por las presunciones de legalidad y acierto, criterio de razón suficiente para confirmar la nulidad declarada.

93. Sin embargo, como en la segunda línea de la decisión el Tribunal examinó la cesión de los negocios de distribución y comercialización que la EEB hizo a Codensa en 1997, y determinó que esta última es titular de la prestación del suministro de energía pactado, la Sala pasa a analizar el argumento del apelante, quien sostiene que *“el Tribunal, por vía de interpretación, decidió atribuir a Codensa obligaciones que no constaban en la Escritura 4610 del 23 de octubre de 1997, contraviniendo el artículo 529 del Código de Comercio que establece que las obligaciones que no consten en el documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante del establecimiento de Comercio”*; planteamiento que revisará la Subsección bajo el entendido de que más allá de la declaratoria de nulidad que será confirmada, la censura se dirige a cuestionar que el fallo impugnado haya asignado a Codensa una obligación ajena a su patrimonio, a partir del análisis de legalidad de los actos acusados.

94. Al respecto, hay que señalar que el Tribunal luego de determinar el marco normativo previsto en las leyes 142 y 143 de 1994 se refirió al proceso de transformación de la Empresa de Energía de Bogotá que, en aplicación del artículo 180⁶⁷ de la primera de tales disposiciones, desembocó en la creación de Codensa S.A. ESP, entre otras operaciones; e indicó lo siguiente:

“Fue así como el legislador estableció el deber de prever todas las operaciones indispensables para garantizar la continuidad del servicio así como para regular la asunción por la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la entidad transformada, lo mismo que en caso de CREACIÓN de una empresa de servicios públicos por escisión de una entidad descentralizada, que es la forma como se constituyó CODENSA S.A. ESP, previendo las actividades eléctricas y su negociación.”⁶⁸

95. Seguidamente, aludió a la definición que la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG hizo respecto de cada una de las actividades del sector

⁶⁷ *“ARTÍCULO 180. TRANSFORMACIÓN DE EMPRESAS EXISTENTES. Las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios a los que esta Ley se refiere, se transformarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de esta Ley, en un plazo de dos años a partir de su vigencia. Cuando se transforme una entidad descentralizada existente en una empresa de servicios públicos, en el acto que así lo disponga se preverán todas las operaciones indispensables para garantizar la continuidad del servicio así como para regular la asunción por la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la entidad transformada. (...)”*

⁶⁸ Fl. 506 del c. principal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

energético y, en punto a la comercialización, anotó que *“es la actividad consistente en la compra de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta a los usuarios finales regulados o no regulados (...) La empresa que no es generadora hace la compra y posterior reventa de la energía (...)”*.

Conforme a lo anterior, afirmó que, para el caso concreto *“las anteriores definiciones hacen ostensible la clase de negocio celebrado entre la Empresa de Energía y la parte demandante, de donde se concluye que el negocio original de 1939 y su modificación del año 1941 es un típico contrato de comercialización de energía eléctrica; no guarda relación directa alguna con la generación de energía eléctrica, ni surge obligación relacionada con dicha actividad de generación para la empresa que recibió en cesión las obligaciones por estas actividades (...)”* (negrilla del original).

96. Subrayó que la EEB S.A. ESP, en su transformación, cedió como aporte en especie las actividades de *distribución y comercialización* de energía – aporte social para la constitución de la nueva empresa Codensa S.A. ESP– que incluía todos los derechos y obligaciones vinculados a esas dos actividades. Así, conforme al objeto social de Codensa, concluyó que el contrato con Inversiones Casabianca y Cía. Ltda. es de aquellos comprendidos en dicho objeto social y por lo mismo hace parte de la cesión efectuada en la operación antes referida.

97. Agregó que Codensa, en el tiempo que prestó el servicio de energía al actor (antes de la expedición de los actos demandados), lo hizo en cumplimiento de aquel negocio jurídico (1941), esto es, porque conocía la existencia de un pago anticipado por tal suministro, y no como un acto de desprendimiento hacia dicho usuario para no cobrarle el servicio –como lo expresó Codensa al indicar que no cobraría *por vía de excepción* el servicio anterior a esa fecha y como lo confirmó la Superintendencia demandada al resolver la apelación–. De tal conducta, el Tribunal concluyó:

“Tampoco CODENSA S.A. ESP podía dejar de cobrarle a voluntad el servicio al usuario, porque ello constituiría una discriminación con los demás usuarios, vulnerándose así el principio de neutralidad (negrilla del original)”

Las reglas de la experiencia enseñan que los comerciantes no ejercen actos de desprendimiento cuando constituyen un negocio mercantil, pues su finalidad clara es obtener ganancias y no la beneficencia, que además no justifica el aceptar tan extraordinario comportamiento de una empresa que tiene prohibido ese proceder. Si se hubiera tratado de una donación, se hubiera realizado entre aquellos destinatarios que producen notorio beneficio social o tributario. Por el contrario, lo expresado por la empresa en cuanto a que “atendiendo lo establecido en la escritura No. 522 del 5 de marzo de 1941, Codensa no cobrará valores por servicios prestados con anterioridad a la fecha de reclamación”, es la aceptación de un pago anticipado y no tiene otra justificación.

Resulta más convincente aceptar que CODENSA S.A. cumplió, durante el tiempo en que no cobró el consumo, los efectos jurídicos del negocio, para luego desconocer la obligación de suministrar la energía eléctrica precisada hasta en 195,000 kw (...)”⁶⁹

⁶⁹ Fl. 506 y 507 del c. principal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

98. Explicó que la cesión de derechos y obligaciones de la EEB en Codensa S.A. ESP incluyó todos los activos y pasivos de distribución, entre ellos el *establecimiento de comercio de distribución/comercialización* y los *contratos de distribución/comercialización*; lo que ratifica que el contrato de suministro pactado en 1941 como contraprestación, haya quedado a cargo de Codensa S.A., desvirtuando así el argumento de esta última -al resolver el recurso de reposición el 28 de julio de 1999- de que no puede responder por compromisos que ella no ha adquirido.

99. La Sala comparte las conclusiones a las que arribó el *a quo*, y para ello bastaría reiterar cada uno de sus análisis en punto a confirmar el fallo impugnado; con todo, dado que el apelante refiere que tal decisión contravino el artículo 529 del Código de Comercio, pues la obligación de suministro no quedó incorporada en la escritura de constitución y, por ende, es de responsabilidad del enajenante del establecimiento de comercio (Empresa de Energía de Bogotá), se examinará este aspecto de la censura.

100. Como se estudió líneas atrás, la compañía denominada *Empresas Unidas de Energía de Bogotá* –persona jurídica que celebró el contrato de 1939/1941– llevó a cabo el proceso de venta de la universalidad de sus haberes a favor del municipio de Bogotá y mediante Acuerdo No. 18 de 1959 se constituyó la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá –EEB–, con los mismos bienes de la primera, tal como se indicó en el artículo 2° de dicho acto:

“Artículo 2o El patrimonio de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá lo forman los mismos bienes que constituyen el patrimonio de las actuales Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, según el contrato de encargo fiduciario a que se refieren los decretos extraordinarios números 1128 de 1951 y 744 de 1954, y los demás bienes que hubieren adquirido dichas empresas (...).”

De esta forma, todo el patrimonio de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica fue adquirido por la EEB, sin exclusión de ningún activo o pasivo vinculado con las actividades del sector energético las cuales, para ese entonces, eran desarrolladas en su conjunto por ésta; de modo que allí quedaron incluidas las obligaciones pactadas en el referido contrato.

101. Luego, por virtud del Acuerdo 01 de 1996, la EEB se transformó de establecimiento público en Empresa Industrial y Comercial del orden distrital y, meses después, se llevó a cabo el proceso de transformación a una sociedad comercial por acciones; esta operación tampoco excluyó del patrimonio de dicha compañía ninguno de sus activos o pasivos, así que no hay rastro de que las obligaciones de suministro acordadas en 1941 escaparan a la esfera de su responsabilidad.

102. Posteriormente, a través del plan de reestructuración que adelantó la EEB S.A. ESP para la incorporación de capital privado en 1997 (núm. 64 y ss. de esta providencia), se estableció que una sola compañía subsidiaria estaría

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

encargada de la distribución/comercialización, incluyendo todos los activos de la EEB vinculados a tales actividades -y otra subsidiaria se encargaría de la generación-; esta premisa de *viabilización* se mantuvo en la Convocatoria Pública Internacional del Proceso de Capitalización llevada a cabo para los negocios de distribución/comercialización y de generación de energía como, en efecto, fue adjudicado.

103. Tal operación materializó la separación de las actividades que aquella desarrollaba (EEB), pasando a un modelo de negocios independientes en el que las nuevas compañías recibirían de la EEB S.A. ESP, la transferencia de dominio y la cesión de derechos y obligaciones del bloque de activos y pasivos de distribución/comercialización, en el caso de Codensa S.A. E.S.P.

104. En este punto, habrá de precisarse que la separación de las actividades del sector energético y por consecuencia de los patrimonios vinculados a cada una –todas las cuales en principio estaban a cargo de la EEB–, fue la consecuencia determinante y directa derivada del modelo empresarial adoptado para la capitalización llevada a cabo en 1997.

De esta forma, la matriz –EEB– aportó a cada subordinada el bloque de activos/pasivos inherentes a la actividad adjudicada, de suerte que al separar los derechos, activos, pasivos, contratos y bienes de generación a favor de Emgesa, incluyó el derecho real de propiedad sobre el inmueble adquirido mediante escritura de 1939, que correspondía a los terrenos en los que se construyó la represa del Muña, dada su calidad de “*Bienes inmuebles de Generación*” según la escritura pública 4611 del 23 de octubre de 1997 de constitución de EMGESA S.A. ESP⁷⁰. Por su parte, Codensa S.A. ESP recibió como aportes de la EEB también el bloque de bienes, derechos, activos, pasivos relacionados con la actividad de distribución/comercialización, entre ellos los contratos de distribución/comercialización, asumiendo la obligación de remuneración del citado bien, pues ésta se pactó en términos de *suministro*.

105. El entendimiento de la operación comercial llevada a cabo es razonable; y, si bien Codensa ha argumentado no ser titular del derecho real de dominio del inmueble transferido en 1939 y, por consecuencia, no estar comprometida con su pago, lo cierto es que la EEB, como titular que era de tales inmuebles, segmentó en líneas de negocio tales actividades en calidad de matriz, correspondiendo a Codensa los activos, pasivos y contratos que correspondieran a la naturaleza de las actividades que asumió en su objeto social, como es la prestación del suministro de energía acordado bajo el contrato de 1941, quedando Emgesa como titular del inmueble, en correspondencia con su objeto social.

⁷⁰ Fl. 5 a 7 del c. de pruebas 5.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

106. Lo anterior se explica a propósito del carácter separable y disímil de las dos prestaciones creadas bajo el negocio jurídico de 1939-1941, las cuales, más allá de los lazos que las unen, pues una se constituyó como contraprestación de la otra, impone que cada una deba ser analizada en función del régimen que le es inherente; en tal virtud, nada impedía que el derecho de dominio se ejerciera a plenitud por su nuevo titular y que éste, a su vez, hubiera transferido el derecho de dominio a otra persona natural o jurídica, y de allí continuar, hipotéticamente, una cadena de tradiciones, pues no estaba limitado en su uso, goce y disposición.

Ahora, en lo que atañe al pago del precio –para el caso concreto, a través del suministro de energía– éste, en efecto, quedaba en cabeza de la EEB y a favor de los dueños de la hacienda Tequendama No. 4, hasta que, al desagregar de su objeto y patrimonio la actividad de distribución y comercialización, aquella obligación pasó a ser del resorte de Codensa S.A., pues ningún sentido tendría que el suministro, como contraprestación, le fuera atribuido a Emgesa o a la EEB, cuando por el objeto específico de estas últimas –generación y transmisión, respectivamente– no podían adelantar actividades de comercialización /distribución, como es el suministro al usuario.

107. Con meridiana convicción, la Sala observa que el anterior razonamiento es concordante con lo informado por la Empresa de Energía de Bogotá al resolver el cuestionario decretado como prueba⁷¹, en calidad de matriz de las subsidiarias creadas, y de cara a los conceptos tratados en la escritura pública 4611 ya referida, al señalar que *“el actual propietario de la Represa (sic) del Muña y quien la explota comercialmente es la empresa EMGESA S.S. ESP...”* y, *“... el servicio de energía domiciliaria que prestaba la Empresa de Energía de Bogotá, los realiza Codensa S.A ESP., empresa que asumió en su totalidad la distribución y la comercialización de las mismas (...)”*

108. Al descender a la escritura pública No. 4610 del 23 de octubre de 1997, por la cual se constituyó Codensa, se evidencia que el artículo 8 estableció precisamente, en relación con el capital social, lo siguiente:

“Artículo 8. CAPITAL PAGADO. (...)

8.1. El aporte de los accionistas, salvo por el de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP (en adelante EEB), ha sido realizado en dinero en efectivo.

8.2. El aporte de la EEB ha sido realizado en especie mediante la transferencia de dominio y la cesión en favor de la sociedad de los Activos de Distribución /Comercialización. Se entenderá por “Activos de Distribución/Comercialización” el establecimiento de comercio de distribución/comercialización de electricidad de la EEB integrado solamente por los Bienes Muebles de Distribución/Comercialización, los Bienes inmuebles de Distribución/Comercialización, las Licencias de Distribución/Comercialización, los Derechos de Distribución /Comercialización, los pasivos de Distribución/Comercialización, los contratos de Distribución/Comercialización, los empleados y el equivalente en pesos colombianos a (...)”⁷² (se resalta).

⁷¹ Ídem, pág. 2 y 3

⁷² Fl. 179 del c. de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

109. De este modo, la EEB efectuó sus aportes “*mediante la transferencia de dominio y la cesión a favor de las sociedades de los establecimientos de comercio denominados CODENSA y EMGESA [según el caso] los cuales agrupan todos los bienes vinculados a la distribución y comercialización*”⁷³, sin exclusiones (subraya añadida); tal operación condujo a desplazar de su patrimonio hacia el de las nuevas empresas, todos los derechos y obligaciones que la EEB tenía, de tal suerte que Codensa recibió el *bloque* de activos y pasivos respecto de las actividades de distribución/comercialización, vinculados a su objeto social, entre ellos, los contratos de suministro de energía eléctrica –naturaleza que comparte la prestación contenida en la cláusula sexta del contrato de 1939, modificado en 1941–.

110. Precisamente, conforme a la cláusula 8.2 de la escritura pública de constitución de Codensa S.A. ESP, las partes especificaron los aportes que integraban el concepto de “*Activos de Distribución/Comercialización*” –en adelante AD/C– y, para evitar ambigüedades en relación con su composición, de cara a la limitación que pudiera expresar el concepto puro de “*activos*”, los constituyentes se dieron a la tarea de explicar los elementos, derechos, bienes y obligaciones que lo integraban.

Así, el concepto de AD/C fue llenado de contenido en la citada cláusula al acordar expresamente que se entendía por “*Activos de Distribución /Comercialización*” *el establecimiento de comercio de Distribución /Comercialización de electricidad de la EEB integrado solamente por los Bienes Muebles de Distribución/Comercialización, los Bienes Inmuebles de Distribución/Comercialización, las Licencias de Distribución /Comercialización los Derechos de Distribución/Comercialización, los pasivos de Distribución/Comercialización, los contratos de Distribución /Comercialización*” (se resalta); esta previsión exhibe la unidad de explotación de tales AD/C al comprender no solo los derechos, sino también los pasivos, y los contratos de distribución /comercialización, todos ellos bajo el designio empresarial que llevó a la separación de las actividades del sector energético en diferentes empresas, siempre en un concepto unitario respecto de la actividad transferida; de manera que no es admisible que por vía de la operación societaria instrumentalizada en 1997 se pudiera diluir u obviar la existencia de una obligación de suministro surgida de un contrato válidamente celebrado y exigible.

111. Precisamente, conforme a la cláusula 8.2 de la escritura pública de constitución de Codensa S.A. ESP, las partes especificaron que entre los aportes que integraban el concepto de “*Activos de Distribución / Comercialización*” objeto de la transferencia que realizaba la EEB, se

⁷³ Superintendencia de Sociedades, concepto 220-79377, diciembre de 1998. Consultado en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/7160.pdf

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

encontraba el establecimiento de comercio de distribución y comercialización y, en éste, los activos, pasivos y contratos de distribución/comercialización.

De manera que tal estipulación desvirtúa la aducida violación del artículo 529 del C. de Co⁷⁴, en tanto dicha norma dispone que las “*obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación, continuarán a cargo del enajenante del establecimiento de comercio (...)*” y, en este caso, el documento de enajenación sí incorporó como aporte a Codensa la transferencia del establecimiento de comercio, y de sus contratos de distribución/comercialización, naturaleza que comparte la prestación convenida en 1941, como lo definió el *a quo* sin desacuerdo formulado en la apelación.

112. En refuerzo de lo dicho, viene bien precisar que el estatuto mercantil se ocupó de establecer las reglas y los efectos que se derivan de la enajenación del establecimiento de comercio (artículos 525 al 531) y para ello, inició por establecer una presunción según la cual se considera que su transferencia, a cualquier título, se hace “*en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran*”⁷⁵.

La presunción indicada es concordante con la definición misma del establecimiento de comercio, en tanto éste es concebido como un *bien mercantil* que se compone del conjunto de derechos, obligaciones, bienes y actividades asociadas a la realización de una empresa (art. 515 C. Co)⁷⁶.

113. La anotada presunción, cumple una función económica y jurídica relevante en el tráfico negocial, en la medida que la enajenación del establecimiento de comercio se entiende cumplida en términos de *unidad* o efectuada *en bloque* como dispositivo para salvaguardar, de una parte, los intereses que para las partes envuelve su transferencia, a la par, afianza la seguridad jurídica que tal operación debe tener frente a las personas que de algún modo pueden ver comprometidos sus derechos.

Como atrás se advirtió, la transferencia de los *Activos de Distribución/Comercialización* que la EEB hizo a Codensa en el acto de su constitución, hace evidente que la prestación de suministro, con génesis en el

⁷⁴ La norma completa es del siguiente tenor: **ARTÍCULO 529. <RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES QUE NO CONSTEN EN LOS LIBROS>**. *Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones”.*

⁷⁵ **ARTÍCULO 525. <PRESUNCIÓN DE ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO UNIDAD ECONÓMICA>**. *La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran.*

⁷⁶ **ARTÍCULO 515. <DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO>**. *Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.*

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

negocio jurídico de 1941, fue parte de los aportes de que trata el numeral 8.2 de la escritura pública No. 4610 del 23 de octubre de 1997, donde explícitamente fue transferido el establecimiento de comercio como un bloque o unidad económica, precisando los conceptos que lo integraban.

114. Pero hay más. El artículo 516 del estatuto comercial se ocupó de definir los elementos que hacen parte del establecimiento de comercio –es decir, los que conforman la unidad económica inherente a este bien mercantil– y, de manera diáfana, establece que “[s]alvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio” entre otros: la enseña o nombre comercial (núm. 1), los derechos sobre invenciones o creaciones industriales (núm. 2), así como los “derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento...” (núm. 7)⁷⁷.

Estas disposiciones, que se entienden integradas al acto de constitución de Codensa, y cuya lectura afirma el alcance y contenido de la cláusula 8.2. de dicho acto, dan cuenta de que sin estipulación de las partes en orden a la exclusión de algún elemento, derecho u obligación respecto de los *Activos de Distribución/Comercialización* señalados en la citada escritura, no es posible entenderlos separados o ajenos al acto de transferencia de aportes.

115. En línea de lo dicho, la hipótesis planteada por el censor respecto al desconocimiento del art. 529 del C.Co., norma que establece los casos en que se atribuye responsabilidad al enajenante del establecimiento de comercio, no se configura en el presente caso pues, para ello, se requiere que las obligaciones no consten en los “libros de contabilidad” o en el “documento de enajenación” del establecimiento y, como ya se advirtió (a) en la escritura pública de constitución de Codensa S.A. ESP, numeral 8.2, se hizo puntual expresión de los derechos y obligaciones transferidas, en bloque, sin salvedades o excepciones frente a los AD/C; (b) la EEB, matriz de tal operación, certificó haber transferido absolutamente todos los AD/C a Codensa; (c) además, no se conoce si en los libros de comercio se halla registro de tales AD/C, en tanto éstos no fueron aportados por Codensa para desvirtuar tal presunción y así demostrar su tesis –pues su argumento se contrajo a señalar que no era titular del derecho real de dominio sobre el inmueble del Muña, ni cesionaria de las obligaciones allí convenidas–; y, contrario a ello, obran los siguientes medios de convicción:

(i) En el informe pericial cuyo objeto de prueba fue determinar las “obligaciones que adquirió Codensa provenientes de la EEB en caso de que existan”⁷⁸ –al que la Sala se referirá nuevamente más adelante– el auxiliar de la justicia señaló que en la escritura de constitución de Codensa no aparece “ni siquiera de manera referencial alusión a las escrituras número 2878 de

⁷⁷ El numeral completo, es del siguiente tenor: “7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento”.

⁷⁸ Fls. 1 a 18 del c. 3 de pruebas.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

1939 y 522 del 5 de marzo de 1941, lo cual parece indicar, que el bien por el que se me pregunta no fue traidado o cedido por parte de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP a la sociedad Codensa S.A ESP.”

En dicho informe, dirigido a verificar el contenido de cada uno de los capítulos de la citada escritura, se expuso que *“dado que es mencionado con regularidad en los estatutos y documentos consignados en la Escritura (sic), (...) el ACUERDO MARCO DE INVERSIÓN que fue la base de la constitución de la sociedad en el que se encontrarán contenidos relacionados con las obligaciones de las partes en el negocio”*, el perito, sugirió su revisión para confirmar los AD/C transferidos; no obstante, tampoco se aportaron tales acuerdos y sus anexos, para demostrar que dicho contrato de suministro hubiese quedado excluido de la transferencia en bloque que se presume efectuada.

(ii) La EEB, en respuesta al cuestionario decretado a su cargo, en el cual se le preguntó: *¿Si Codensa S.A. ESP asumió para sí las obligaciones adquiridas en el contrato que consta en la Escritura Pública (sic) No. 522 del 5 de marzo de 1941 (...) y en caso negativo, quien tiene a su cargo dicha obligación?*, respondió:

“la empresa de energía de Bogotá (...) transfirió a la empresa Codensa S.A ESP los activos y pasivos que poseía para desarrollar las actividades de distribución y comercialización de energía los cuales fueron aportados para la constitución de la empresa referida, pasando éstos a ser en su totalidad de propiedad de la misma”. (Subraya añadida).

Asimismo, le entregó el software contable en donde se encontraba la tradición de las cuentas de cada uno de los usuarios en lo que se refiere a la instalación y cobro del suministro de energía eléctrica”⁷⁹ (subraya añadida).

De modo que, entre los documentos que fueron parte del acto de constitución de Codensa, el software contable podría revelar, en caso de haberse hecho allí salvedad respecto del contrato suministro pactado en 1941, si en las obligaciones contraídas en orden a su objeto social, se había excluido dicho usuario y su prestación; sin embargo, sobre el contenido de dicho software, nada se conoce al no haberse aportado al proceso, manteniendo incólume la presunción que se analiza.

(iii) Ahora, en todo caso, si se acude a la documental que fue solicitada y, por ende, aportada por Codensa al proceso, esta empresa en memorial del 1º de abril de 2004, indicó lo siguiente:

*“Codensa **“solamente”** adquirió lo que fue relacionado en los anexos que se adjuntan al presente escrito. (Negrilla del original)*

*Es decir, que Codensa asumió las obligaciones contenidas en los contratos y en los pasivos señalados en la escritura de Constitución de sociedad; **relación de contratos de la cual se adjunta copia y en donde se puede observar que no existe ningún vínculo contractual***

⁷⁹ Fl. 2 del c. de pruebas 5.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

que obligue a Codensa S.A. EPS con los señores Leonilde Matiz de Camacho y Jaime Casabianca Camacho” (negrilla añadida).

Examinada la relación de contratos referida por Codensa, se observa que allí, en efecto, no se incluye ningún vínculo contractual con los señores Casabianca Camacho; sin embargo, ello se explica debido a que dicho listado se refiere a contratistas de obra, mantenimiento, transporte y servicios, así como, en algunos casos, a programas de regularización con algunos municipios⁸⁰; lo que, por supuesto, nada dice respecto a los contratos de suministro que, con certeza, debieron estar relacionados en otro registro, como puede ser el software indicado por la EEB –referido en el numeral (ii) anterior– en el que se identifican las cuentas de cada uno de los usuarios para instalación y cobro del suministro.

(iv) Finalmente en el dictamen pericial rendido por el experto en economía y asuntos inmobiliarios, al revisar los antecedentes del negocio inmobiliario, señaló que *“la Empresa de Energía de Bogotá S.A. entregó a CODENSA S.A. ESP los activos y pasivos con los que venía desarrollando las actividades de comercialización y distribución de energía. Igualmente, el software contable que contenía la tradición de las cuentas de cada uno de los usuarios en lo que se refiere la instalación y cobro”*.

116. Unidos los anteriores medios de prueba, de cara a la operación comercial llevada a cabo en 1997 por la EEB y la separación integral de su patrimonio, no existió, a juicio de la Sala, una exclusión que se evidenciara en el proceso, relacionada con algún contrato de suministro que, por tanto, se hubiera reservado la EEB a su cargo; manteniéndose, en consecuencia, intacta la presunción de enajenación en bloque del establecimiento de comercio, sin que, como atrás se indicó, se configure la hipótesis prevista en el artículo 529 del C. Co argumentada por el censor.

117. En este punto la Sala aclara que cuando el numeral 8.2 de la escritura 4610 de 1997 señala que se entenderá por *“Activos de Distribución/Comercialización” el establecimiento de comercio de distribución/comercialización de electricidad de la EEB integrado solamente por los Bienes Muebles de Distribución/Comercialización, los Bienes inmuebles de Distribución/Comercialización, las Licencias de Distribución /Comercialización, los Derechos de Distribución/Comercialización, los pasivos de Distribución/Comercialización, los contratos de Distribución /Comercialización, los empleados y el equivalente en pesos a (...)*” (se resalta) ello no generó una exclusión respecto a estos conceptos, pues la salvedad se hizo al interior del concepto del establecimiento de comercio, de modo que basta que la prestación de suministro pactada en 1941 comparta la naturaleza de los mencionados contratos de distribución/comercialización –tal como fue

⁸⁰ Fl. 138 a 177 del c. de pruebas 2.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

definido por el *a quo*— para que quede inscrito en el alcance que, de forma explícita, estableció el citado numeral 8.2.

118. Ahora, en punto a la inconformidad del censor relacionada con la valoración probatoria efectuada por el *a quo*, ésta carece de vocación de prosperidad, pues el hecho de que el perito designado para examinar si Codensa había sido o no cesionaria del negocio de 1941 y que éste señalara que al revisar la escritura no figuraba “*ni siquiera de manera referencial*” alusión a las escrituras de 1939 y 1941, no enerva el análisis que la Sala efectuó, pues resulta insuficiente que se verifique si existió o no *referencia* de tales escrituras, cuando, como ya se explicó, los conceptos indicados en la cláusula 8.2 revelan que sí se previó su transferencia hacia Codensa, asunto del resorte del juez de cara al régimen aplicable al establecimiento de comercio.

119. Acompaña la conclusión anterior, la circunstancia de que el dictamen pericial⁸¹ a que refiere la censura fue elaborado por un profesional del derecho a quien se le planteó como objeto de prueba definir las obligaciones que adquirió Codensa provenientes de la EEB según el acto de constitución de aquella, en caso de que existieran; así, en desarrollo de su encargo, y más allá de los reparos que puedan existir en torno al alcance de dicho medio de prueba, se observa que tal informe se contrae a una verificación documental orientada a constatar si textualmente allí se aludió al negocio jurídico de 1939-1941; actividad que, como es apenas natural, no cercena o anula la tarea de valoración probatoria que corresponde realizar al juez respecto del conjunto de los diversos medios de convicción, de modo que no se puede alzar como único derrotero de apreciación.

Al incursionar en su examen, en tal *dictamen* se describieron los temas e información contenidos en la escritura pública 4610 de 1997 indicando, tomo por tomo, en qué página iniciaba y en cuál culminaba; y, en torno al tema del encargo, reprodujo los términos consignados en dicho acto de constitución en materia de aportes, para concluir que “...*al revisar uno a uno los datos consignados en la escritura sobre los bienes que se cedieron, no se hallaron propiedades o contratos relacionados con la controversia, específicamente con el lote vendido, al parecer, en 1939.. y modificada con el pacto en 1941 (...) de lo cual no aparecen antecedentes en la escritura objeto de análisis (...)*”.

120. De forma que, la revisión de los *datos* de dicha escritura no revela más que eso, **una verificación formal**; tarea que resulta insuficiente de cara al análisis que de manera precedente se ha efectuado en esta providencia, y que, en punto a los aportes efectuados por la EEB a Codensa, como quedó consignado, esta Sala ha encontrado razones para confirmar la decisión de primera instancia y descartar el argumento del censor sobre una indebida

⁸¹ Cuaderno 3 de pruebas (completo).

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

atribución de obligaciones que, a su juicio, no estaban contenidas en la escritura 4610 del 23 de octubre de 1997.

121. Ahora, en relación con el cuestionamiento que elevó el apelante respecto a la insuficiente valoración del interrogatorio de parte de Codensa, al argumentar que éste fue analizado de manera descontextualizada por cuanto el *a quo* no tuvo en cuenta que, en sus respuestas, Codensa siempre afirmó que no había asumido la obligación que tenía la EEB respecto al suministro pactado en 1941, se dirá lo siguiente.

Precisa la Sala que, por virtud del examen que acometió para determinar que el contrato de suministro pactado en 1941 está inscrito en el concepto de “*Activos de Distribución/Comercialización*”, los cuales fueron aportados con la transferencia del establecimiento de comercio en el acto de constitución de Codensa, las determinaciones allí contenidas -en conjunto con los efectos que la ley mercantil asigna para su enajenación- no se debilitan ni pierden eficacia a raíz de la manifestación del representante de Codensa quien frente a la pregunta de si “*CODENSA asumió las obligaciones que tenía la EEB con respecto al suministro de energía al predio denominado de Tequendama 4?* **CONTESTÓ: Negativo** y aclaro CODENSA suministra energía dentro de la actividad distribución comercialización, es decir que en términos generales CODENSA cumple con la disposición legal que establece que el operador de dicha actividad está obligado a suministrar energía en la medida que ese es su negocio, pero lo anterior no significa que en el caso del predio Tequendama esa obligación se cumpla por una razón distinta al pago del valor de la energía que suministra (...) no se suministra en cumplimiento de otro tipo de obligaciones ajenas a CODENSA”⁸²

122. La expresión del representante legal de negar que a cargo de Codensa se encontraba tal obligación, se revela como un medio de defensa en línea con la posición de tal empresa al argumentar no haber sido quien celebró o recibió en el acto de enajenación tales activos, pero en manera alguna dicha declaración tiene el efecto de una confesión como, al parecer pretende el apelante, para llenar de fuerza tal respuesta e imponerla como derrotero probatorio.

Subraya la Sala que la respuesta a la que se refiere el censor carece de tal connotación en la medida que el interrogatorio, de conformidad con los artículos 194 a 210 del Código de Procedimiento Civil –norma vigente al momento en que se realizó su práctica– si bien tiene por finalidad obtener prueba de confesión de la parte contraria exige, para ello, entre sus requisitos, que la manifestación del deponente “*verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*” (núm. 2 del art. 195 del C de P.C), situación que escapa al alcance

⁸² Fl. 531 del c. ppal.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

de la manifestación aludida, en tanto ella simplemente giró en torno a la posición de Codensa de no asumir las obligaciones que tenía la EEB con respecto al suministro de energía al predio denominado Tequendama 4, sin que de allí se desprenda el efecto de una confesión; en consecuencia tal declaración debe ser valorada en conjunto con las demás probanzas.

Corolario de lo dicho, una vez realizado el examen de los diversos medios de prueba, no se logra derribar el grado de convicción que, tanto para el *a quo*, como ahora para esta Subsección, merece el análisis del asunto, de cara al escrutinio directo de la escritura pública de creación de Codensa S.A., por ser ese acto constitutivo de tales derechos, como ya fue analizado, unido a los medios de convicción referidos en el numeral 115 de esta providencia.

123. Igual suerte habrá de correr el argumento de la alzada que reprocha que no se hubiera valorado a manera de confesión, la pregunta efectuada por la demandante al interrogar al representante legal de Codensa cuando, señaló: *“Diga si es cierto, si o no y yo digo que es cierto, que en la fecha en la cual EEB, celebró el contrato para que CODENSA asumiera las obligaciones contenidas en la escritura pública 4610 del 23 de octubre de 1997, no se tuvo en cuenta la existencia del contrato de compraventa suscrito entre la hoy EEB y la familia Casabianca Camacho? CONTESTÓ: es cierto y aclaro no se tuvo en cuenta porque la compraventa suscrita... no estaba asociada en cuanto a su objeto a la actividad de distribución y comercialización, es decir que no se trató de un olvido u omisión sino que sencillamente no tenía nada que ver con CODENSA”*

124. Del fragmento del interrogatorio descrito, se evidencia la dificultad para las partes en precisar el orden cronológico y el elemento subjetivo vinculado a la obligación de suministro convenida en 1941; por consecuencia, la pregunta formulada por la demandante razonó en función de la postura expresada por Codensa en los actos demandados, en los que se determinó iniciar el cobro del servicio sin profundizar en la obligación de suministro, otrora pactada.

Debe puntualizar la Sala que, más allá del desconocimiento que tenía la actora en relación con cuál de las dos empresas tenía a su cargo el contrato de suministro respectivo, y aún de cara a la afirmación que, de forma asertiva, planteó en el interrogatorio, lo cierto es que el *a quo*, a partir de la naturaleza del contrato, así como en función de la reestructuración del sector eléctrico que se produjo en 1997, estableció en cabeza de Codensa la prestación del suministro (1941) respecto del predio Tequendama 4, como resultado del análisis efectuado sobre las actividades y objeto social de Codensa S.A.

125. De ninguna manera, la Sala desprenderá de la pregunta formulada por la demandante el efecto pedido por el censor, pues resultaría desequilibrado que, por esta vía, se desplazara, con efectos en su contra, el entendimiento de un

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

negocio jurídico, en el que ni siquiera la EEB y Codensa concuerdan respecto al alcance de lo transferido.

Al respecto, recuérdese que la conducta de los profesionales del comercio es evaluada con mayor rigor, como ocurre en este caso con la EEB y Codensa, quienes en su calidad de comerciantes, el primero al transferir y el segundo al adquirir los *Activos de Distribución/Comercialización*, realizaron actividades consideradas mercantiles de las cuales se reputan expertos (art. 10 C.Co.)⁸³; y, aun así, ventilaron en el proceso posiciones divergentes en torno al alcance de dicha transferencia pues, de una parte, la EEB al responder el cuestionario que le fue formulado en etapa de pruebas, frente a la pregunta relacionada con el titular de las obligaciones adquiridas en el negocio jurídico de 1941, insistió en que *“transfirió a la Empresa Codensa S.A. ESP los activos y pasivos que poseía para desarrollar las actividades de distribución y comercialización de energía los cuales fueron aportados para la Constitución de la empresa referida, pasando estos a ser en su totalidad de propiedad de la misma”*⁸⁴; entretanto Codensa en el cuerpo mismo de la apelación, se declara ajena a tal obligación, como se ha evidenciado ampliamente.

126. Por manera que, exigirle a la demandante mayor diligencia que el que asiste a las partes en el conocimiento del alcance de dicho negocio es desproporcionado y contrario al ordenamiento jurídico.

A su turno, al examinar la conducta de las compañías involucradas en la operación comercial de 1997, que no avala esta Subsección, se debe enfatizar en que tales sociedades –EEB S.A. y Codensa S.A.– eran las llamadas a definir e informar de manera directa y oportuna al actor sobre la titularidad de la empresa encargada de atender la contraprestación pactada, en lugar de dejar avanzar un proceso judicial por tan amplio lapso, en una actitud que no tiene asiento bajo el principio de buena fe contractual y que se mantuvo de forma irreflexiva generando una consecuencia indeseada en el ordenamiento jurídico en contra de la garantía de uno de sus acreedores.

Por las razones aducidas, este cargo también será negado.

127. Finalmente, basta señalar, en relación con el reproche del censor encaminado a revocar la declaratoria de nulidad de los actos demandados, aduciendo que ello tuvo lugar en aplicación del tránsito de legislación que dispuso la Ley 142 de 1994 en su art. 179, derogado por la Ley 286 de 1996⁸⁵

⁸³ *“ARTÍCULO 10. <COMERCIANTE - CONCEPTO - CALIDAD>. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.*

⁸⁴ Fl. 2 del c de pruebas 5.

⁸⁵ *“ARTÍCULO 1o. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN. Las empresas de servicios públicos deberán alcanzar progresivamente los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Ley 223 de 1995 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios en el plazo y con la celeridad que establezca antes del 30 de noviembre de 1996 la respectiva Comisión de Regulación. En ningún caso, el período de transición podrá exceder los plazos que se señalan a continuación:*

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

que modificó sus términos, que, tal como ampliamente lo señaló el *a quo*, la Sala comparte la tesis de que Codensa carecía de facultades unilaterales para pronunciarse y calificar el contrato celebrado en 1939 – 1941 como lo hizo en su decisión del 24 de junio de 1999, en la que indicó:

“en lo que se refiere al acuerdo entre las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y doña Leonilde Matiz de Camacho, sus términos no corresponden a la normatividad establecida en la Ley 142 de 1994 y su reglamentación posterior que prohíbe expresamente, en virtud del principio de neutralidad, un tratamiento de excepción como el contenido en el texto de la escritura”. (Se resalta)

128. La regularización o normalización ordenada por la ley para alcanzar progresivamente los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios del servicio, no autorizaba o confería facultades como las desplegadas por Codensa, avaladas por la Superintendencia de Servicios Públicos al resolver el recurso de apelación en sede administrativa, puesto que para tales efectos bien podía haber acudido al arreglo directo con el usuario o suscriptor, o en su defecto, ir ante el juez del contrato para pedir p. ej. que diera por cumplida la prestación del suministro acordada en 1941, o su nulidad, o cualquier forma que revelara el interés en efectuar la normalización; pero definitivamente carecía de facultades para incursionar en el citado contrato, calificarlo, e interpretarlo, en contra del otro contratante⁸⁶.

129. Por las anteriores razones, en su conjunto, los cargos de la apelación no están llamados a buen suceso y, en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

130. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

1. Para los servicios de energía eléctrica y de gas combustible hasta el 31 de diciembre del año 2000, y
2. Para los servicios de agua potable, saneamiento básico y telefonía pública básica conmutada hasta el 31 de diciembre del 2001”.

⁸⁶ Tal como reza el artículo 1602 de la Ley 84 de 1873 o Código Civil vigente al tiempo de celebración del contrato 1939-1941 que dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”; de modo que ninguna de las partes está autorizada a restar efectos al mismo por cualquier vía y de forma unilateral, pues dicha facultad está reservada al juez respectivo.

Radicación: 25000232600020020072801 (68226)
Actor: Inversiones Casabianca y Cía. Ltda.
Demandado: CODENSA S.A. ESP y Otros
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
(Ausente con excusa)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁸⁷
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

V.F

⁸⁷ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.