

SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen jurídico aplicable / CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen jurídico aplicable / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Concepto / PODERES EXORBITANTES – Concepto / ACTOS DE PODER Y ACTOS DE SERVICIO - Distinción

[R]esulta dable afirmar que el legislador quiso someter los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, salvo en aquellos casos en los cuales, de manera expresa, reservó su aplicación a las normas del Estatuto General de la Contratación, lo cual fue considerado constitucional por la Corte Constitucional. Conforme con lo anterior, una de las excepciones a la aplicación del derecho privado se relaciona, como se precisó líneas atrás, con la inclusión de prerrogativas públicas conferidas por el legislador a las empresas prestadoras de servicios públicos, las cuales se encuentran regidas por el Estatuto General de la Contratación. Tal es el caso del poder excepcional relacionado con el tratamiento que se le puede dar a algunos bienes: remoción de obstáculos, promoción de procesos de expropiación, constitución de servidumbres consagrado en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994; también el establecido en el artículo 31 ibídem referido a la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, previa autorización general o particular de la Comisión de Regulación respectiva. Esto significa que la incorporación de cláusulas excepcionales puede ser obligatoria cuando las Comisiones de Regulación respectiva así lo dispongan o, también puede ocurrir que se incorporen por la Comisión de Regulación, previa solicitud por parte del prestador de servicios públicos domiciliarios. A la luz del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en los eventos en los que la inclusión resulte obligatoria “(...) todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”. Cabe destacar que las cláusulas excepcionales enlistadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son: la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y caducidad. [...] Así pues, no era otra la voluntad del legislador sino la de someter al régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo en aquellos casos en que la Constitución o la misma Ley 142 así lo prevean como ocurre, verbi gracia, cuando se incorporan cláusulas exorbitantes.

CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Se rigen por el derecho privado / CONTRATO DE SEGURO – Régimen legal aplicable. Derecho comercial / CONTRATO DE SEGURO – No podía aplicársele cláusulas exorbitantes / CONTRATO DE SEGURO ORIGINADO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO ESTATAL CELEBRADO POR UNA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Se rige por el derecho privado / FALTA DE COMPETENCIA DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Para declarar unilateralmente la ocurrencia de siniestro mediante acto administrativo / NULIDAD DE ACTO EXPEDIDO POR EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – Que declara la realización de un riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales a los trabajadores de una sociedad contratista y se hace efectiva una garantía

Ahora, en relación con la competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos sometidas al derecho privado, la Sala considera desde ya anunciar que estas no pueden expedir actos administrativos encaminados a declarar el siniestro

y a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por la clara razón de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo expresa el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y el legislador no atribuyó excepcionalmente el ejercicio de la prerrogativa pública consistente en declarar el siniestro a través de un acto administrativo, por lo que una primera conclusión se impone: no existe una norma expresa que otorgue dicha prerrogativa de poder público. [...] [S]e advierte que fue clara la intención del legislador plasmada en la Ley 142 de 1994, de someter las actuaciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, en este caso, el derecho comercial. En este orden de ideas, una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado debe realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos y de manera particular, acudir a la regulación contenida en el Código de Comercio del derecho de los seguros, particularmente, el artículo 1077 ibídem que señala que le corresponde al asegurado “(...) demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Dicho en otros términos y para el caso concreto, EPM tenía la obligación de requerir al asegurador con el fin de demostrar la ocurrencia del siniestro y de su cuantía y no expidiendo un acto administrativo, pues se insiste, dicha prerrogativa pública no fue reconocida por el legislador a las empresas públicas encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios sometidas al régimen de derecho privado y, sumado a lo anterior, el artículo 68 del CCA no constituye el fundamento legal para reconocer dicha prerrogativa pública, por las razones precitadas. [...] Descendiendo al caso sub examine, se evidencia que el contrato estatal nro. 030114568 que fue amparado por la póliza de seguro no consagró la estipulación de cláusulas exorbitantes, por lo que no se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 explicado en el acápite ii) literal a) de esta providencia, para la aplicación de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, se mantiene la regla general de que se trata de un contrato estatal regido por el derecho privado. [...] Así las cosas, frente a la pregunta en cuanto a si EPM tenía facultad para declarar la ocurrencia del siniestro, a través de un acto administrativo, la respuesta es negativa, por la clara razón de que, tal y como se indicó, al no configurarse el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para la aplicación de la Ley 80 de 1993, se mantiene la regla general de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, por lo que en aplicación de las reglas del Código de Comercio en la disciplina relativa al contrato de seguros y la jurisprudencia de la Sección Tercera, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de sus perjuicios (artículo 1077 ibídem). Sumado a ello, el artículo 68 del CCA, a juicio de la Sala, no constituye el fundamento normativo para reconocer dicha prerrogativa encaminada a materializar el riesgo de incumplimiento y hacer efectiva la póliza de seguro, por las razones precitadas.

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – Naturaleza

EPM, fue creada mediante el Acuerdo nro. 58 de 6 de agosto de 1955 “Por medio del cual se organiza el Establecimiento Público Autónomo encargado de la administración de los servicios públicos de Energía Eléctrica, Acueducto, Alcantarillado y Teléfonos”, inicialmente, como un Establecimiento Público Autónomo, encargado de la dirección, administración y prestación de los servicios municipales de energía eléctrica, teléfonos, acueducto y alcantarillado y, luego transformada su naturaleza, en una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, a través del Acuerdo nro. 069 de 10 de diciembre de 1997, sometida al derecho privado (artículo 2) y que tiene como objeto social “(...) la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y

telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. También podrá prestar el servicio público domiciliario de aseo y las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras”.

CONTRATO DE SEGURO – Se originó para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de un contrato estatal / DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Facultad del Juez Administrativo / DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Procedencia / DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Eventos / FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ – Justificación / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]n relación con la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas, la Sala pone de presente que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo dispone que de oficio o a petición de parte el juez se encuentra habilitado para realizar la declaratoria de nulidad de un contrato o de una cláusula contractual, siempre que “(...) esté plenamente demostrada en el proceso” y, en todo caso, dicha manifestación “(...) sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”. Concordante con lo anterior, el artículo 1741 del Código Civil habilita al juez para declarar la nulidad absoluta el contrato que tenga “un objeto o causa ilícita” y la producida “por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” y los que celebren las personas “absolutamente incapaces”. [...] De conformidad con el anterior marco normativo que antecede y el precedente jurisprudencial citado [Sección tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2011, Radicado No. 1994-00494-01 (15476)], se considera que le asistió razón al a quo cuando resolvió declarar nula la cláusula 4.1. del contrato de seguro en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pues en el proceso que ocupa la atención de la Sala fueron vinculadas las sociedades Ingenieros Asociados (escidente) e IA. TEL SA (sociedad escindida), en su condición de partes contratistas en el contrato amparado por la póliza de seguro referido y, la referida cláusula del contrato de seguros fue invocada en la demanda como fuente de derechos y obligaciones para las partes. [...] [C]abe destacar que si bien el contrato de seguro fue celebrado entre I.A. TEL S.A. y Seguros Alfa S.A., este se suscribió con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato estatal. De tal suerte que, resulta dable afirmar, el contrato de seguro tuvo su origen en un contrato estatal y, debe tenerse de presente que ambos participan de una única finalidad, esto es, la defensa del interés general.

CONTRATO DE SEGURO – Se originó para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de un contrato estatal / CONTRATO DE SEGURO - Naturaleza. Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL Y CONTRATO DE SEGURO - Relación de coligación o conexidad negocial / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]l argumento que plantea el recurrente, fue objeto de análisis por la Sección Tercera, en providencia de 30 de enero de 2008, en la cual, a modo de síntesis, se formularon las siguientes reflexiones que esta Sala comparte en esta oportunidad, al señalarse: “(...) cabe sostener que los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales también participan de la naturaleza jurídica de éstos, de conformidad con las siguientes razones: A.-Porque los contratos de seguro que se celebran para garantizar el

cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan, como quiera que ambos participan de una sola e idéntica finalidad, cual es la de servir a unos mismos intereses generales (...). Precisamente, entre el contrato estatal y el contrato de seguro existe una relación de coligación o conexidad negocial, figura jurídica que ha sido definida como “(...) el fenómeno que se presenta cuando dos o más contratos autónomos, esto es, que tienen existencia propia y sus propios requisitos de validez y disciplina normativa, están vinculados en una relación de dependencia o interdependencia genética, funcional o teleológica, para la obtención de un resultado práctico, social o económico común. Así, los elementos característicos de la coligación o coligación negocial son, fundamentalmente, dos: (i) que exista una pluralidad de contratos y (ii) que entre esos contratos exista un nexo o vínculo por su función, es decir, que las prestaciones que surgen de uno y otro negocio estén interrelacionadas para alcanzar una finalidad específica o un interés único y común”.

TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS O REGLA DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET – Alcance / TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS O REGLA DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET – Límites / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[L]a regla del “venire contra factum proprium non valet” o “teoría de los actos propios”, cimentada a partir de los principios generales de la buena fe y de la confianza legítima, prohíbe a una parte ir en contra de sus propios actos. Dicho principio busca proteger la confianza depositada en los otros con el obrar por lo que la parte de una relación contractual debe asumir las consecuencias jurídicas vinculantes que se derivan de sus propios actos, sin que resulte posible desconocer los efectos jurídicos que se desprenden de una conducta precedente. Esta Corporación ha precisado el alcance de dicha regla de la siguiente manera:“(...) nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo ‘adversus factum suum quis venire non potest’, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, ‘venire contra factum proprium non valet’. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. (...) En suma, la regla ‘venire contra factum proprium non valet’ tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la C.P”.No obstante lo anterior, esta Corporación ha entendido que dicho principio encuentra sus límites, lo cual ocurre por ejemplo, cuando el acto consentido es “ilegal”, pues ello supondría “(...) perdonar o convalidar, sencillamente porque el interesado en alegarlo participó en la producción del acto enjuiciado. De admitirse esto, es decir, de conservar la validez del acto por el prurito de hacer prevalecer el principio que prohíbe ir contra los actos propios, se integrarían al ordenamiento jurídico una buena cantidad de actos irregulares, en desmedro del interés general y del principio de legalidad. En realidad, esta teoría tiene asidero de manera principal tratándose de la expedición de actos lícitos, pero después de hacerlo, la parte afectada por él se interesa en discutir su alcance o vinculatoriedad, para desconocerlo en un caso concreto. Sin embargo, en este escenario, la teoría aplica para obligar a acatar el acto a quien con su

comportamiento tolera, admite, consciente o de alguna manera conviene cierta regla, pacto o consecuencia lícita, prohibiéndole que la discuta luego, con fines de desatenderla”.

LIQUIDACIÓN DE CONDENA EN ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Parámetros / CONDENA – Indexación. Actualización / AJUSTE DE VALOR – Índice de Precios al Consumidor IPC / INDEXACIÓN - Finalidad / PRETENSIÓN DE PAGO DE INTERESES LEGALES COMERCIALES – Improcedencia porque se ordena la indexación monetaria / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Seguros Alfa S.A. solicitó modificar la sentencia de primera instancia, porque a su juicio, el a quo omitió pronunciarse sobre la pretensión encaminada al pago de los intereses legales comerciales causados desde el momento del pago hasta la fecha de la restitución. [...] Cabe poner de presente que el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo señala que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias debe efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal y el ajuste de dichas condenas deberá determinarse, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor -IPC-. [...] Por su parte, esta Sección ha señalado que la indexación persigue como fin mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda, como consecuencia de su devaluación en nuestro país. Y, también se ha reconocido que no resulta posible la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o la indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva consigo la corrección monetaria. Por tal virtud, no hay lugar a acceder a la pretensión formulada por Seguros Alfa S.A. en la medida que el restablecimiento del derecho ordenado a su favor se encuentra en armonía y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo que señala que la actualización de las sumas de dinero deberá realizarse tomando como base el Índice de Precios al Consumidor -IPC- y, de acuerdo con la jurisprudencia prolifera de esta Corporación, no es posible la concurrencia de los intereses comerciales con la indexación monetaria, pues la tasa de interés comercial lleva incita la corrección monetaria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 32 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – 68 NUMERALES 4 Y 5 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 178 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1741

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001 2331 000 2005 07646 01

Actor: SEGUROS ALFA S.A

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P

Tema: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. EPM CARECÍA DE LA FACULTAD DE DECLARATORIA DE SINIESTRO

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la parte demandada, en contra de la sentencia de 27 de junio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se declaró la nulidad absoluta del numeral 4.1 de las condiciones generales del contrato de seguro nro. 4779 y de las Resoluciones Nos. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de 2005, expedidas por Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. (en adelante EPM) y, a título de restablecimiento, declaró que Seguros Alfa S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno a EPM y, en el supuesto de que hubiese efectuado algún pago, ordenó la restitución de dichas sumas debidamente actualizadas.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

I.1.1.- Las pretensiones

1.- En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo Seguros Alfa S.A., a través de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia¹, en contra de EPM con el objeto de que se accedieran a las siguientes declaraciones y condenas:

“[...] Primera: Declárese la nulidad de la Resolución No. 00101 del 17 de febrero de 2005 proferida por el gerente general de Empresas Públicas de Medellín, y la Resolución No. 0333 del 29 de abril de 2008 por la cual el gerente general de EPM resolvió el recurso de reposición interpuesto, en el sentido de confirmar la primera Resolución.

Segunda: Como consecuencia de la declaración de nulidad, ordénese el restablecimiento del derecho a favor de Seguros Alfa S.A. dejando

¹ Folios 1 a 43 del cuaderno del Tribunal 1.

sin efecto la obligación de pagar la indemnización que le impusieron dichas Resoluciones.

Tercera: También como consecuencia de la declaración de nulidad, y como restablecimiento del derecho, y en caso de que Seguros ALFA S.A. se viere obligada a apagar a Empresas Públicas de Medellín las obligaciones que le impusieron las mencionadas Resoluciones, ordénese en la sentencia a la entidad demandada la restitución a la aseguradora demandante de la totalidad de las sumas pagadas por ella, con la correspondiente corrección monetaria y los respectivos intereses legales comerciales que se causen desde que Seguros Alfa S.A. hubiere tenido que hacer el pago, hasta que EPM le restituya le suma correspondiente.”

I.1.2.- Los hechos que sustentan la demanda

Los principales hechos de la demanda que se aducen, en síntesis, son los siguientes:

Relató que EPM –contratante- y la sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados –contratista- suscribieron el contrato nro. 030114568, cuyo objeto consistió en el: “[...] *Mantenimiento y operación de equipos de generación y asociados en las Centrales de Energía de la Subgerencia de Operación Generación*”, en el cual se convino como valor la suma de \$2.236.398.668 y un término de ejecución de doce (12) meses, prorrogable por un período igual o inferior al original.

Anotó que, para la ejecución del contrato, la sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados se obligó a constituir una póliza de seguro de cumplimiento que amparara a EPM de los riesgos derivados del incumplimiento del contrato, del pago de salarios y prestaciones sociales y del manejo de equipos, herramientas y accesorios.

Señaló que la sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados (tomador) contrató la póliza de seguro de cumplimiento nro. 004517 de 23 de agosto de 2002, con Seguros Alfa S.A. (asegurador), cuyo asegurado y beneficiario fue EPM, mediante la cual se incluyó, entre otros, el amparo del pago de salarios y prestaciones sociales por un valor inicial de \$233.639.866,00.

Precisó que, con ocasión de la prórroga del contrato de mantenimiento entre el 17 de agosto de 2003 y el 17 de agosto de 2004, el contratista pactó una nueva póliza de seguro de cumplimiento identificada con el nro. 0004779 de 8 de julio de

2003, en la que se incluyó el amparo de salarios y prestaciones sociales, por un valor asegurado inicial de \$343.779.202,00, el cual fue incrementado mediante anexo de 14 de julio de 2003, a la suma de \$463.918.538.00.

Explicó que en las condiciones generales de la póliza y en el pliego de condiciones se incorporaron compromisos de control y supervisión por parte de EPM.

Afirmó que la sociedad contratista I.A. S.A. Ingenieros Asociados fue escindida y luego creada la sociedad I.A. TEL S.A., a la cual le fue cedido el contrato nro. 030114568 suscrito con EPM.

Indicó que al terminar la prórroga del contrato el 17 de agosto de 2004, EPM no adelantó el trámite para su liquidación, por lo que no determinó, con certeza, las sumas que recíprocamente se adeudaban las partes, por lo que EPM procedió a pagar al contratista la totalidad de las sumas que le adeudaba para la ejecución del contrato.

Sostuvo que, mediante comunicado del 28 de octubre de 2004, EPM dio a conocer a Seguros Alfa S.A. el presunto incumplimiento del pago de las obligaciones laborales a cargo de I.A. TEL S.A. en la ejecución del contrato antes mencionado.

Subrayó que, en el mes de enero del año 2005, veintitrés (23) trabajadores de I.A. TEL S.A. se presentaron ante el Ministerio de Protección Social – Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Puerto Berrío-, con el fin de dar a conocer que el contratista I.A. TEL S.A. tenía obligaciones laborales pendientes de pago.

Adujo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó la liquidación de las deudas laborales que presuntamente estaban pendientes de pago por parte del contratista y, con fundamento en ella, los veintitrés (23) trabajadores presentaron una reclamación ante EPM para el pago de las obligaciones laborales pendientes de pago.

Refirió que EPM expidió la **Resolución nro. 00101 de 17 de febrero de 2005, en la cual** declaró la realización efectiva del riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales de los veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A.

TEL S.A. que aparecen relacionados en el citado acto e hizo efectiva la póliza de seguro por la suma de \$289.866.614,61.

Narró que Seguros Alfa S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, la cual fue confirmada por EPM mediante la **Resolución nro. 00333 del 29 de abril de 2005**, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa.

1.1.3.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación

A juicio de Seguros Alfa S.A., EPM al expedir los actos acusados desconoció los artículos 29 de la Constitución Política; 1061, 1062, 1077 (inciso 1º) y 1088 del Código de Comercio; 1º, 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; 24, 40 y 44 (numeral 2º) de la Ley 80 de 1993 y; 35 del CCA. El concepto de violación se sustentó de la siguiente manera:

(i) Primer cargo. Violación al debido proceso. Artículos 29 de la Constitución Política, 1077 del Código de Comercio y 35 del Código Contencioso Administrativo

Manifestó que EPM desconoció el debido proceso, en cuanto decidió hacer efectivo el amparo de salarios y prestaciones sociales, sin efectuar verificación previa alguna para obtener certeza sobre la existencia de las presuntas obligaciones laborales y de la cuantía de las mismas.

Indicó que, tratándose de pólizas de cumplimiento de entidades estatales, la declaratoria de siniestro se debe hacer mediante acto administrativo, con fundamento en pruebas con el fin de demostrar el siniestro y su cuantía como lo estipula el artículo 1077 del Código de Comercio, de tal suerte que si *“(…) el acto administrativo no se apoya en esas pruebas, no sólo carece de fundamento legal la declaración de siniestro, sino que lo afecta de nulidad por falsa motivación”*.

Estimó que no puede constituir sustento probatorio del siniestro y de su cuantía la sola reclamación unilateral presentada por los veintitrés (23) trabajadores del contratista, ni la liquidación que efectuó la Inspección de Trabajo de Puerto Berrío,

pues en su sentir “ [...] EPM no adelantó gestiones para obtener los soportes probatorios necesarios que permitieran verificar si las reclamaciones laborales y sus cuantías correspondían a la verdad y habían sido bien liquidadas por la inspección del trabajo”.

Luego de transcribir el numeral 11 de la Resolución 00101 de 17 de febrero de 2005, agregó que el acto acusado no precisó en qué consistieron las supuestas “(...) constataciones, verificaciones y confirmaciones”, ni tampoco “(...) quién las hizo, ni a qué se refieren, ni cuáles documentos fueron analizados para establecer que los reclamantes sí tenían derechos pendientes de pago, ni su cuantía”.

(ii) Segundo cargo: falsa motivación. Violación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y 24 de la Ley 80 de 1993

Consideró que los actos demandados son nulos por falsa motivación, pues en el numeral 11 de la Resolución 00101 de 17 de febrero de 2005, se expresó haber “constatado” “verificado” y “confirmado” la relación de personas y las sumas que reclamaban los trabajadores y, por el contrario, lo que ocurrió fue que EPM dio por ciertas las autoliquidaciones que hicieron los trabajadores ante la Inspección del Trabajo, sin que existiera prueba de ello.

(iii).- Tercer cargo: incumplimiento de la garantía por parte de EPM Violación del artículo 1061 del Código de Comercio

Indicó que las garantías son un compromiso que asume el asegurado con el asegurador “[...] que consiste en hacer o no hacer determinada cosa, o en cumplir con una exigencia, y cuyo objetivo apunta por lo general a conservar o a mantener el estado del riesgo, de forma tal que no se haga más gravosa la situación del asegurador en cuanto a los riesgos que decide asumir [...]”.

Afirmó que de conformidad con la cláusula 7° de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento nro. 0004779, expedida por Seguros Alfa S.A., EPM se comprometió a “(...) ejercer estricto control por el desarrollo del contrato y sobre el manejo de los bienes y fondos correspondientes dentro de las atribuciones que dicho contrato le confiere” y, en el Pliego de Condiciones y

Especificaciones que hacía parte del contrato se incluyó que EPM debía verificar “(...) la ejecución y cumplimiento del contrato por medio de un encargado de la supervisión operativa, técnica y financiera del contrato, el cual tendrá todas las atribuciones pertinentes, como son entre otras (...) exigir y verificar el cumplimiento de las obligaciones de orden laboral”.

Finalmente, efectuó una relación detallada de catorce (14) razones, con el fin de demostrar que hubo un incumplimiento de EPM de la garantía consistente en ejercer la vigilancia del desarrollo del contrato en cuanto a las obligaciones laborales².

(iv) Cuarto cargo: la póliza de seguro amparó un contrato nulo porque no podía adicionarse en más de un 50% del valor inicial. Artículo 40 y 42 - numeral 2º- de la Ley 80 de 1993

Adujo que, según el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, los contratos no pueden adicionarse en más de un 50% de su valor inicial y, explicó que en este caso el contrato se prorrogó en un 107%, por lo cual la prórroga del contrato adolece de nulidad absoluta y no podía ser el fundamento para contratar un seguro de cumplimiento con Seguros Alfa S.A.

Así las cosas, aseveró que no podía declararse un siniestro e imponer el pago de una indemnización con base en una póliza de seguros que amparó un contrato nulo, por lo que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad.

(v). - Quinto cargo: la existencia de la compensación (cláusula 9º de la póliza de seguro de cumplimiento). Artículo 1602 del Código de Comercio, el contrato es ley para las partes

² Estas son: “1. Los interventores no hacían informes de control”. (...) 2. EPM desconoció los antecedentes de incumplimiento del contratista que justificaron varias multas”. (...) 3. La carta de EPM a ALFA (...) 4. Comunicación del 10 de agosto de 2004 de EPM al contratista. (...) 5. EPM desconoció los reportes de incumplimiento. (...) 6. El pago del 11 de agosto. (...) 7. El contratista nunca aportó los paz y salvos que le exigió EPM (...) 8. Certificación del revisor fiscal del contratista. (...) 9. EPM decide pagar al contratista con base en la certificación. (...) 10. EPM SE ampara en una ley aplicable a otro caso. (...) 11. EPM se basa en el principio general de la buena fe. (...) 12. EPM no verificó cómo pudo ponerse el contratista a paz y salvo. (...) 13. EPM pagó al contratista sin liquidar el contrato. (...) 14. EPM desconoció también lo estipulado en el “Pliego de Condiciones y Especificaciones” del contrato afianzado (...)”.

Anotó que los actos demandados no podían “[...] *válidamente imponer a Seguros Alfa S.A. el pago de una obligación derivada del incumplimiento de obligaciones laborales a cargo del contratista, toda vez que estas obligaciones quedaron compensadas, el mismo día en que se terminó el contrato, con las obligaciones a cargo de EPM y a favor del contratista que existían ese mismo día*”, tal y como lo dispone la cláusula 9º de la póliza de seguro de cumplimiento.

En este sentido, afirmó que los actos demandados son nulos ya que impusieron a Seguros Alfa S.A. el pago de una indemnización que esta no adeudaba, pues los valores debidos a los trabajadores quedaron compensados con las sumas que EPM debía al contratista el día en que terminó el contrato afianzado.

(iv).- Sexto cargo: Falta de competencia de EPM para expedir los actos demandados. Violación de la Ley 142 de 1994

Explicó que EPM tiene por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios en los términos de la Ley 142 de 1994, por lo que se rige, en general, por las normas del derecho privado salvo en los casos en que la Constitución o la ley dispongan lo contrario.

Anotó que el régimen legal de sometimiento al derecho privado implica que las entidades oficiales que presten servicios públicos sólo pueden ejercer potestades administrativas en los casos en los que la Constitución o la ley expresamente lo autoricen. Por tal virtud, sostuvo que EPM no tenía competencia para expedir la Resolución nro. 00101 de 17 de febrero de 2005 que declaró la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza nro. 4779, al no estar investida de una facultad administrativa de autotutela declarativa o de decisión previa que le permitiera declarar, mediante acto administrativo, la existencia del siniestro por la clara razón de estar sometida al régimen del derecho privado.

Sobre este aspecto, precisó que si bien el contrato de seguro estipuló que el siniestro se entendería causado con “(...) *el acto administrativo que declare la realización del riesgo*”, la eficacia de dicha cláusula está supeditada a que la entidad asegurada sea competente para proferir válidamente actos administrativos dentro de la actividad contractual. Y, agregó que lo procedente era aplicar el régimen previsto en el Código de Comercio que señala que el

asegurado debe presentar su reclamación y aportar la prueba del siniestro y de su cuantía.

En conclusión, consideró que “[...] la Resolución demandada fue expedida por una entidad pública incompetente para ello en este caso concreto, lo que a la luz del artículo 84 del C.C.A. (mod. Decreto 2304 de 1989) es causal de anulación. En un Estado de Derecho, la competencia de las entidades públicas no puede emanar de simples contratos de derecho privado. Lo anterior tiene sustento en normas constitucionales como las contenidas en los artículos 1º, 6º y 122 que son violadas por las resoluciones acusadas, al pretender EPM ejercer facultades que no le han sido concedidas por esta clase de contratos, los cuales se rigen por las normas del derecho civil y comercial”.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EPM por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda³ con fundamento en los siguientes argumentos de defensa:

(i). - Oposición al primer cargo. Violación al debido proceso. Artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 1077 del Código de Comercio y 35 del Código Contencioso Administrativo

Explicó que la entidad demandada declaró la ocurrencia del riesgo de conformidad con las condiciones generales de la póliza, por causas imputables al contratista por el no pago oportuno de las prestaciones sociales debidas a sus trabajadores. Y, adujo que la cuantía del riesgo se determinó a partir de las liquidaciones presentadas por los trabajadores afectados que fueron avaladas por la Inspección del Trabajo.

En relación con la violación del artículo 1077 del Código de Comercio, advirtió que EPM no era la llamada a verificar las sumas reclamadas por los trabajadores, pues la cuantía de dichas reclamaciones debía ser desvirtuada por quien pretende desconocerlas, en este caso, la aseguradora, nombrando un ajustador, con el fin de revisar y verificar que la información del siniestro corresponde a la realidad.

(ii).- Oposición al segundo cargo: Falsa motivación. Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo

³ Folios 344 a 370 del cuaderno 1 del Tribunal.

Frente al cargo relacionado con la falsa motivación de los actos enjuiciados afirmó que, tal y como lo indica la Resolución nro. 00101 de 17 de febrero de 2005, EPM sí constató el incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de la empresa contratista, a partir de las reclamaciones presentadas por los mismos trabajadores que inicialmente fueron avaladas por la Inspección de Trabajo de Puerto Berrío y luego remitidas al contratista y a la aseguradora, sin que estas hayan emitido reparo alguno.

(iii).- Oposición al tercer cargo: Incumplimiento de la garantía por parte de EPM. Artículo 1061 del Código de Comercio

Adujo que en la póliza única de seguro de cumplimiento se estipuló de manera clara que el siniestro se entendería acaecido a través del acto administrativo que declarara la realización del riesgo amparado, por causas imputables al contratista y en el numeral 5° se convino cuando debía realizarse el pago del siniestro. Y, subrayó que EPM sí ejerció control al contratista mediante llamados de atención, requerimientos y la imposición de multas.

(iv).- Oposición al cuarto cargo. Artículo 40 y 42 -numeral 2°- de la Ley 80 de 1993. Adición del contrato

Luego de transcribir el numeral 1.3 del pliego de condiciones del proceso de la contratación nro. 006892, sostuvo que: *“[...] no es cierto que los contratos que celebre la entidad que represento se rijan por la Ley 80. Por lo anterior, se efectuó una prórroga del contrato atendiendo las disposiciones contenidas en las Normas Generales de Contratación de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. [...]”*⁴.

(v).- Oposición al quinto cargo: la existencia de la compensación (cláusula 9° de la póliza de seguro de cumplimiento). Artículo 1602 del Código de Comercio, el contrato es ley para las partes

Aclaró que no tuvo operancia la figura de la compensación porque para la fecha en que se expidió la Resolución nro. 00101, esto es, el 17 de febrero de 2005, EPM no era deudora del contratista, pues ya se habían realizado todos los pagos; luego no existía suma por compensar. Además, precisó que en el pliego de

⁴ Folios 364 a 365 del cuaderno 1 del Tribunal.

condiciones con base en el cual se expidió la póliza no se autorizó a EPM a efectuar retenciones de dinero al contratista por incumplir obligaciones laborales con sus trabajadores. Y, aclaró que el derecho de retención opera sólo por ministerio de la ley o por acuerdo entre las partes.

(vi).- Oposición al sexto cargo: Falta de competencia de EPM para expedir los actos demandados. Violación de la Ley 142 de 1994

Desvirtuó lo afirmado por el actor, señalando que la expedición de los actos administrativos en desarrollo de la actividad contractual de las entidades oficiales que prestan servicios públicos se ve limitada en los casos en los cuales la Ley 142 de 1994 reconoce expresamente dicha potestad y, en apoyo a su tesis, citó la sentencia de 23 de septiembre de 1997m expediente 701.

Puso de presente que, en las condiciones generales de la póliza que fueron fijadas unilateralmente por la aseguradora, se facultó a EPM a declarar la realización del riesgo por causas imputables al contratista mediante acto administrativo.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó *“Inexistencia de la obligación”* y *“Pago”* porque, a juicio de la entidad pública demandada, se cancelaron los precios unitarios del contrato en los términos de la propuesta contractual de tal manera que, en su sentir, no tendría que reconocer suma alguna a la aseguradora y menos aún reintegrarle lo que ella pagó por el siniestro.

III.- INTERVENCIONES DE LOS LLAMADOS EN GARANTÍA

III.1.- INTERVENCIÓN DE I.A. S.A. INGENIEROS ASOCIADOS - SOCIEDAD ESCINDENTE-

La sociedad **I.A. S.A. Ingenieros Asociados**⁵, se opuso, en esencia, a su vinculación al proceso en su condición de llamado en garantía.

En primer término, señaló que, en efecto, dicha sociedad suscribió el contrato nro. 030114568 con EPM cuyo objeto consistió en el *“[...] mantenimiento y operación de equipos de generación y asociados”*.

⁵ Folios 476 a 488 del cuaderno 1 del Tribunal.

Seguidamente, advirtió que mediante Resolución nro. 610 de 2 de marzo de 2003, la Superintendencia de Sociedades autorizó la escisión de I.A. S.A. Ingenieros Asociados – sociedad escidente- y la creación de la sociedad I.A. TEL S.A. – sociedad escindida-.

En ese orden, anotó que, mediante comunicación de 29 de mayo de 2003, I.A. S.A. Ingenieros Asociados informó a EPM que, con ocasión de la escisión, el contrato nro. 030114568, sería operado por la Compañía I.A. TEL S.A.

Precisó que el acta de prórroga nro. 1º del contrato nro. 030114568 fue suscrita entre EPM y la empresa I.A. TEL S.A. y no por I.A. S.A. Ingenieros Asociados, pues para esa fecha la escisión ya se encontraba en firme.

Finalmente, adujo que dicha sociedad es “[...] *totalmente ajena a la prórroga, su ejecución y los incumplimientos que en esta presentó el contratista*”⁶.

III.2.- INTERVENCIÓN DE I.A. TEL S.A.- SOCIEDAD ESCINDIDA-

A su vez, el curador *ad litem* de **I.A. TEL S.A.**⁷, encargado de asumir su defensa, expresó que no existía prueba en el expediente de que dicha empresa haya incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa, ni que haya sido condenada por obligaciones laborales o parafiscales.

Refirió que la certificación expedida por el revisor fiscal daba fe pública de que dicha sociedad había cumplido con los pagos por aportes parafiscales, salarios y demás prestaciones sociales, circunstancia que no fue desvirtuada por EPM ni menos aún, por Seguros Alfa S.A. Y afirmó que según el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, “(...) *la atestación o firma de un contador público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de las personas jurídicas (...)*”.

En ese sentido, aseguró que EPM tenía el deber de contrastar dicha información con los libros de contabilidad y, aclaró que el simple requerimiento efectuado por

⁶ Folio 480 del cuaderno 1 del Tribunal.

⁷ Folios 512 a 513 del cuaderno 1 del Tribunal.

los veintitrés (23) trabajadores no constituía prueba del incumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores en la ejecución del contrato nro. 03014568 a cargo de dicha sociedad.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó “*la genérica*” e “*ineptitud de llamamiento en garantía*”, toda vez que la sociedad I.A. TEL S.A. presentó el certificado de revisor fiscal, mediante la cual, se constata que se encontraba a paz y salgo en parafiscales, salarios y prestaciones sociales y EPM no desvirtuó el contenido de dicha certificación.

IV.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, mediante sentencia del 27 de junio de 2013⁸, declaró la nulidad del numeral 4.1 del contrato de seguro nro. 4779 y, en consecuencia, anuló las **Resoluciones nros. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de 2005**, expedidas por EPM mediante las cuales declaró la ocurrencia del siniestro y ordenó hacer efectiva, parcialmente, la póliza del contrato de seguro.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos censurados, a título de restablecimiento del derecho declaró que Seguros Alfa S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno a EPM y ordenó, además, que le sean restituidas las sumas de dinero que haya pagado debidamente actualizadas.

En efecto, el *a quo* dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD absoluta del numeral 4.1 de las condiciones generales del contrato de seguro No. 4779 y en consecuencia la nulidad de las Resoluciones No. 00101 del 17 de febrero de 2005 y No. 00333 del 29 de abril de 2005, expedidas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior DECLARAR que SEGUROS ALFA S.A. no está obligada a efectuar pago alguno a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en virtud de las Resoluciones objeto de este proceso, y de haber hecho algún pago estos dineros les serán restituidos, actualizados a la fecha de devolución.”

⁸ Folios 898 a 912 del cuaderno 1 del Tribunal.

En primer término, consideró que el problema jurídico que debía resolver en esa instancia del proceso se contraía a determinar si EPM, al expedir los actos acusados, vulneró el ordenamiento jurídico por falta de competencia, por violación al debido proceso, por falsa motivación y por violación directa de la ley.

Precisado lo anterior, el *a quo* aseveró que según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas de derecho privado y no por el Estatuto General de la Contratación.

Seguidamente, entró a analizar si EPM tenía competencia para declarar unilateralmente la realización del riesgo y hacer efectiva la póliza de seguros, para lo cual consideró relevante señalar las diferencias que existe, de un lado, entre las prerrogativas o privilegios exorbitantes del Estado y, por otro, las cláusulas excepcionales, con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia.

Precisó que la facultad para declarar la realización de un riesgo en un contrato de seguro constituye una prerrogativa pública o facultad exorbitante que es aplicable a los contratos que se rigen por el Estatuto de la Contratación Estatal y, resulta ajena a los contratos de derecho privado celebrados entre los particulares regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen al cual se encuentran sujetas las empresas de servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

Por tal virtud y con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación aseguró que resulta nula por objeto ilícito la inclusión de cláusulas exorbitantes como aquella que permite a una empresa de servicios públicos domiciliarios la declaración unilateral de la realización del riesgo y hacer efectiva la póliza de seguros.

Para el caso concreto, luego de analizar los elementos de acopio arrimados al proceso, el *a quo* afirmó que al quedar probado que se incluyó en las condiciones generales del contrato de seguro nro. 4779, una cláusula mediante la cual EPM se atribuyó el ejercicio de una potestad pública consistente en la declaratoria unilateral de la ocurrencia del riesgo y hacer efectiva la póliza, debía declarar oficiosamente la nulidad absoluta del numeral 4.1. de las condiciones generales del contrato de seguro nro. 4779, invocando para tal efecto, la facultad conferida al juez del contrato de que trata el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso

Administrativo, “(...) *por violación de normas superiores que fijan y restringen la autonomía de la voluntad en este ámbito*”.

Como consecuencia de lo anterior, estimó que devenía la nulidad de las **Resoluciones nros. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de 2005**, expedidas por EPM, mediante las cuales declaró la ocurrencia del siniestro y ordenó hacer efectiva, parcialmente, la póliza del contrato de seguro por haber sido expedidas sin competencia para ello.

A título de restablecimiento, declaró que Seguros Alfa S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno a EPM y, en el supuesto de que hubiese efectuado algún pago, ordenó la restitución de dichas sumas debidamente actualizadas.

V.- RECURSOS DE APELACIÓN

V.1.- El recurso de apelación propuesto por la parte actora

El apoderado judicial de Seguros Alfa S.A.⁹ interpuso recurso de apelación, con el fin de que se **modifique** la sentencia de primera instancia en relación con la condena, porque en su sentir, el *a quo* pasó por alto pronunciarse sobre la pretensión dirigida al pago de los intereses legales comerciales causados desde el momento del pago hasta la fecha de la restitución.

V.2.- El recurso de apelación propuesto por la parte demandada

EPM presentó recurso de apelación con el fin de obtener la **revocatoria** de la sentencia de primera instancia.

Manifestó su desacuerdo sobre lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, señalando que fue la misma aseguradora quien redactó e incluyó la cláusula 4ª de la póliza única de seguro de cumplimiento, según la cual, se estableció que se entendería acaecido el siniestro con el acto administrativo que declarara la realización del riesgo amparado en la póliza de seguros, por causas imputables al contratista.

⁹ Folios 914 a 915 del cuaderno 2 del Tribunal.

Luego, en su sentir, no podía la aseguradora pretender la declaratoria de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales EPM declaró la ocurrencia del siniestro con el argumento de que dicha entidad carecía de competencia, en tanto que ello desconoce el principio de buena fe y el respeto de los actos propios, pues *“[...] No puede dejar de evidenciarse que el contratista aceptó las cláusulas contractuales, constituyó la garantía única de cumplimiento para entidades estatales con el fin de afianzar los riesgos que se generaran en el contrato, e igualmente la compañía aseguradora asumió el traslado de los riesgos del tomador asegurado, obligándose mediante la expedición de la póliza de seguro a asumir el riesgo, exigiendo para la reclamación la expedición de un acto administrativo como mecanismo de la constitución del siniestro”*. (Subrayado es original).

Afirmó que, tal desconocimiento supone una transgresión al principio de buena fe, en su opinión, *“(...) inspiró la confección de la póliza que ampara a EPM La Aseguradora”* por lo tanto, Seguros Alfa S.A. no puede desconocer *“aquellos a los que libremente se obligó, quien ofrece la póliza, afianza los riesgos, obtiene el beneficio económico propio de su labor previamente autorizada por la Superintendencia en representación del Estado para luego venirse contra el acto propio y transgredir el principio de confianza legítima y la buena fe”*.

Seguidamente, cuestionó la competencia del Tribunal Administrativo de Antioquia para declarar la nulidad de la cláusula 4.1 de las condiciones del contrato de seguros nro. 4779 pues, en su criterio, se trata de un contrato celebrado por dos particulares.

Finalmente, reiteró cada uno los argumentos de defensa del escrito de contestación de la demanda.

VI.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada y demandante fueron concedidos por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante autos del 23 de septiembre¹⁰ y 30 de octubre de 2013¹¹, respectivamente.

¹⁰ Folio 967 del cuaderno 2 del Tribunal.

¹¹ Folio 969 del cuaderno 2 del Tribunal.

Remitido y repartido el proceso entre los diferentes Despachos que integran la Sección Primera, a través de auto del 29 de julio de 2014 se admitió el recurso de apelación¹². Posteriormente, el despacho sustanciador en providencia de fecha 18 de noviembre de 2014¹³ corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y este último rindiera concepto. En esta oportunidad procesal se pronunciaron I.A. S.A Ingenieros Asociados, Seguros Alfa S.A. y EPM. El Ministerio Público guardó silencio.

VI.1.- La apoderada de **I.A. S.A. Ingenieros Asociados**, en síntesis, reiteró lo expuesto en la contestación del llamamiento en garantía y pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual relacionó los documentos obrantes en el expediente y la prueba trasladada del proceso identificado bajo el número de radicado 2006-01085, los cuales demuestran que mediante Resolución nro. 610 de 2 de febrero de 2003 se ordenó la escisión de la sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados; que en virtud de ella se notificó a EPM sobre la distribución de activos y pasivos entre las dos compañías; que el contrato nro. 030114568 fue operado por la compañía I.A. TEL S.A. y; que el contrato fue prorrogado por el acuerdo de voluntades entre I.A. TEL. S.A y EPM.

En opinión de dicha sociedad “(...) *mal pueden las Empresas pretender que I.A. S.A. responda por una obligación que esta no adquirió, pues el suscribirse la prórroga del contrato con posterioridad a la Escisión, el único responsable de su ejecución y de las obligaciones adquiridas con dicha prórroga es IA TEL S.A., sociedad con quien Empresas Públicas de Medellín suscribió la prórroga, tanto es así que Seguros Alfa expidió una nueva póliza de cumplimiento en la que el único tomador fue IATEL S.A.*”

VI.2.- El apoderado de **Seguros Alfa S.A.** solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia, para lo cual ratificó los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, insistiendo que la demanda incorporó, como pretensión resarcitoria, el pago de los intereses legales comerciales causados desde que seguros Alfa S.A. pagó la indemnización y hasta la fecha en que se produjere la restitución de dicha suma de dinero. En consecuencia, la sentencia debió condenar a EPM al pago de los intereses remuneratorios comerciales que, en su sentir, corresponden al interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera.

¹² Folio 4 del cuaderno 3 del Consejo de Estado.

¹³ Folio 7 del cuaderno 3 del Consejo de Estado.

Por otra parte, expuso que los argumentos de alzada propuestos por EPM carecían de fundamento, pues desconocen que el contrato no podía otorgarle una potestad pública que la ley no le otorga, olvidando con ello, de un lado, que las potestades públicas solo poder ser conferidas por la ley y no por el contrato y, de otro, que el contrato debe estar conforme a la ley que es de superior jerarquía.

Advirtió que EPM, como cualquier otro particular, debió presentar la reclamación ante la aseguradora con las pruebas sobre la ocurrencia del siniestro y, eventualmente, acudir a la administración de justicia para pretender la declaratoria de ocurrencia del siniestro y la consecuente condena a la aseguradora. Y en lugar de ello, aseguró que EPM ejerció una potestad que no tenía, por lo que su conducta resulta contraria al ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, explicó que no resulta aplicable la teoría de los actos propios y el principio de confianza legítima, pues a su juicio *“[...] Seguros Alfa no generó en EPM una expectativa de comportamiento futuro. No hubo una serie de actos vinculantes, eficaces y válidos que generaran en EPM la creencia de que la cláusula era legal o la creencia de que tenía la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo. Lo cierto es que EPM conocía el ordenamiento jurídico y podía concluir por su propia cuenta que la ley no le confería la potestad de expedir los actos administrativos demandados”*.

Indicó que la aseguradora no actuó de mala fe o sin diligencia profesional, pues *“(...) utilizó un clausurado general para la póliza única de cumplimiento de una época en la cual no era claro que la cláusula mediante la cual se otorgaba a la entidad pública la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro y su cuantía era ilegal (el clausurado general es de febrero de 1994 y la póliza fue expedida en 2002)”*.

En relación con el cargo relacionado con la supuesta inexistencia de potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar la nulidad absoluta de la cláusula del numeral 4.1. de las condiciones generales del seguro, manifestó que EPM no sustentó dicho motivo de impugnación, por lo que, en su sentir, al no haber sido controvertido *“no puede ser modificado en segunda instancia”*.

Finalmente, remitió en su integridad los alegatos que fueron presentados en la primera instancia.

VI.3.- La apoderada de **EPM** reiteró, en esencia los argumentos del recurso de apelación, relacionados ellos con el desconocimiento del principio de buena fe, la confianza legítima y la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”.

Indicó que es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del nivel municipal, con capital público del 100% y que forma parte del sector descentralizado, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, es decir, es una entidad pública que cumple función administrativa y como tal, le era aplicable lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, específicamente, las facultades contenidas en el numeral 4° del artículo 68 del Decreto 01 de 1984, el cual reconoce la facultad administrativa de declaratoria de siniestro a favor de las entidades públicas y, en apoyo a su tesis, hizo referencia a pronunciamientos proferidos por la Sección Tercera de esta Corporación.

Adujo que la cláusula que reconocía la posibilidad de que EPM declarara el siniestro e hiciera efectiva la póliza obedeció al principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual. Y afirmó, además, que la razón fundamental para expedir los actos censurados obedeció al incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del contratista, aspecto que, por demás, no fue desvirtuado por la sociedad demandante.

VII. CONSIDERACIONES

VII.1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -CCA-¹⁴, el Consejo de Estado es competente para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

¹⁴ “Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión [...]”:

VII.2.- Los actos administrativos objeto de análisis de legalidad

Los actos administrativos demandados son las **Resoluciones nros. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de 2005**, expedidas por EPM mediante las cuales declaró la realización del riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales de veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. y se hizo efectiva parcialmente la póliza única de seguro de cumplimiento 0004779 que reemplazó la póliza 0004517, por la suma de doscientos ochenta y nueve millones ochocientos sesenta y seis mil seiscientos catorce pesos con sesenta y un centavos (\$269. 866. 614,61).

VII.2.1.- La **Resolución nro. 00101 de 17 de febrero de 2005** “*Por medio de la cual se declara la realización de un riesgo y se hace efectiva una garantía*”, en sus apartes más relevantes, dispuso:

**“RESOLUCIÓN 00101
17 FEBRERO 2005**

Por medio de la cual se declara la realización de un riesgo y se hace efectiva una garantía

**EL GERENTE GENERAL de las EMPRESAS PÚBLICAS DE
MEDELLÍN E.S.P., en uso de sus facultades legales y estatutarias y,**

[...]

RESUELVE

Artículo 1º. *Declarar la realización efectiva del riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales a los trabajadores de la sociedad I.A. Tel. S.A., de acuerdo con lo pactado en el contrato 030114568, celebrado entre la citada firma y las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., cuyo objeto se indicó en el considerando Uno (1), de la presente resolución.*

Artículo 2º. *Hacer efectiva parcialmente la póliza única de seguro de cumplimiento 0004779 que reemplazó la póliza 0004517, expedida por la compañía de Seguros Alfa S.A., en la comprensión específica de salarios y prestaciones, por la suma de doscientos ochenta y nueve millones ochocientos sesenta y seis mil seiscientos catorce pesos con sesenta y un centavos (\$289.866.614.61), sin perjuicio de que posteriormente se haga efectiva la garantía de la suma asegurada.*

Artículo 3º. *Notificar personalmente esta resolución al representante legal de la sociedad I.A. Tel. S.A. y al representante legal de la compañía de Seguros Alfa S.A. Si no pudiere hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la citación*

correspondiente, se fijará en edicto, con inserción de la parte resolutive, en la Secretaría General las Empresas, por un término de diez (10) días hábiles. Desfijado el edicto, se entenderá surtida la notificación.

Artículo 4º. *Contra la presente resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.*

Dada en Medellín, a los 17 febrero 2005.

El Gerente General,

Juan Felipe Gaviria Gutiérrez

*El Gerente Generación Energía
[...]*

Jesús Arturo Aristizábal G.

VII.2.2.- La **Resolución nro. 00333 de 29 de abril de 2005** “*Por medio de la cual se resuelve un recurso*”, en sus apartes más relevantes, indicó:

*“Resolución No. 00333
29 de abril de 2005
Por medio de la cual se resuelve un recurso*

**EL GERENTE GENERAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE
MEDELLÍN**, en uso de sus atribuciones legales y estatutarias y,

[...]

RESUELVE

Artículo 1º. No reponer la resolución 00101 del 17 de febrero de 2005, mediante la cual se declara la ocurrencia efectiva de un riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales a los trabajadores de la sociedad I.A. Tel. S.A., de acuerdo con lo pactado en el contrato 030114568 y se ordena hacer efectiva, parcialmente, la póliza única de seguro de cumplimiento 0004779 que reemplazó la póliza 0004517, expedida por la compañía Seguros Alfa S.A., en la comprensión específica de salarios y prestaciones sociales, por la suma de doscientos ochenta y nueve millones ochocientos sesenta y seis mil seiscientos catorce pesos con sesenta y un centavos (\$289.866.614.61), sin perjuicio de que posteriormente se haga efectiva la garantía por el resto de la suma asegurada.

Artículo 2º. Declárese agotada la vía gubernativa.

Artículo 3º. Notificar personalmente esta resolución al representante legal de la sociedad I.A. Tel. S.A. y al representante legal de la Compañía Seguros Alfa S.A. Si no pudiere hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación correspondiente, se fijará un edicto, con la inserción de la parte resolutive, en la Secretaría General de las EMPRESAS, por un término de diez (10) días. Desfijado el edicto, se entenderá surtida la notificación.

Dada en Medellín, a los 29 abril 2005.

EL GERENTE GENERAL,

JUAN FELIPE GAVIRIA
GUTIÉRREZ

EL GERENTE GENERACIÓN ENERGÍA,

JESÚS ARTURO
ARISTIZABAL G”.

VII.3.- Problema jurídico

En el presente caso, se tiene que Seguros Alfa S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo presentó demanda con el fin de controvertir la presunción de legalidad de las **Resoluciones nros. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de la misma anualidad**, expedidas por EPM, según las cuales se declaró la ocurrencia del riesgo por el incumplimiento de las prestaciones sociales de veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. y se ordenó hacer efectiva parcialmente la póliza única de seguro de cumplimiento porque, en sentir de la actora, dichos actos administrativos fueron expedidos con violación de los artículos 29 de la Constitución Política; 1061, 1062, 1077 (inciso 1º) y 1088 del Código de Comercio; 1º, 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; 24, 40 y 44 (numeral 2º) de la Ley 80 de 1993 y; 35 del Código Contencioso Administrativo.

El Tribunal de primera instancia, mediante sentencia de 27 de junio de 2013, en ejercicio de la facultad conferida al juez del contrato de que trata el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, declaró oficiosamente la nulidad absoluta de la cláusula contenida en el numeral 4.1. de las condiciones generales del contrato de seguro nro. 4779, la cual estableció que el siniestro se entiende causado con el acto administrativo que declara la realización del riesgo que ampara la póliza por causas imputables al contratista “(...) *por violación de normas superiores que fijan y restringen la autonomía de la voluntad en este ámbito*”. Como consecuencia de lo anterior, consideró que devenía la nulidad de las resoluciones acusadas, por haber sido expedidas por EPM sin competencia. A título de restablecimiento, declaró que Seguros Alfa S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno a EPM y, en el supuesto de que hubiese efectuado algún pago, ordenó la restitución de dichas sumas debidamente actualizadas.

El *a quo*, con fundamento en las normas que regulan la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en especial la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que EPM no tenía

competencia para declarar la ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo, toda vez que dichas empresas se encuentran sometidas al régimen del derecho privado, el cual no contempla dicha potestad.

Por una parte, EPM formuló sendos reparos frente a lo decidido por *a quo*, para lo cual consideró que: i) el Tribunal de primera instancia carecía de competencia para declarar la nulidad absoluta de un contrato celebrado entre dos particulares, es decir, entre I.A. TEL S.A. y Seguros Alfa S.A; ii) contrario a lo afirmado por el *a quo*, no se atribuyó la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, en tanto que dicha potestad le fue conferida a EPM en las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento y, iii) Seguros Alfa S.A. actuó de mala fe y desconociendo el principio de confianza legítima y la regla que prohíbe desconocer sus propios actos, por cuanto esta fue quien redactó la cláusula en la póliza, mediante la cual otorgó la facultad a EPM de declarar el siniestro mediante acto administrativo por lo que, en su criterio, no puede desconocer aquello a lo que libremente se obligó.

De otro lado, Seguros Alfa S.A. solicitó modificar la sentencia de primera instancia, porque a su juicio, el *a quo* omitió pronunciarse sobre la pretensión encaminada al pago de los intereses legales comerciales causados desde el momento del pago hasta la fecha de la restitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, con base en el marco competencial señalado por el artículo 328 del CGP¹⁵ y que la presente instancia se encuentra delimitada por los argumentos planteados en los recursos de alzada, la Sala debe entrar a determinar, respecto del recurso de apelación propuesto por la entidad demandada:

(i).- Si es cierto que el Tribunal Administrativo de Antioquia carecía de competencia para declarar la nulidad absoluta de un contrato celebrado entre dos particulares, es decir, Seguros Alfa S.A. e I.A. TEL S.A.

¹⁵ “[...] Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia [...]”.

(ii).- Si le asiste razón a EPM cuando señala que no se atribuyó el ejercicio de una prerrogativa pública al expedir las **Resoluciones nros. 00101 de 17 de febrero de 2005 y 00333 de 29 de abril de 2005**, al haber sido incorporada en las condiciones generales de la póliza de seguro.

(iii).- Si es cierto que Seguros Alfa S.A. vulneró el principio de buena fe, la confianza legítima y la regla del *“venire contra factum proprium non valet”*, pues esta fue quien *“redactó”* e *“incluyó”* la referida cláusula que otorgaba a la entidad pública demandada la facultad de declarar el siniestro mediante acto administrativo; luego, la aseguradora no puede desconocer aquello a lo que libremente se obligó, solicitando la declaratoria de nulidad de los actos administrativos enjuiciados en este proceso pues, en su sentir, tal pretensión transgrede los citados principios.

Solo en el evento de que se considere que los argumentos de alzada propuestos por la entidad demandada no están llamados a prosperar la Sala entraría analizar, entonces, el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en relación con los perjuicios reconocidos por el *a quo* en la sentencia impugnada, es decir, si hay lugar al reconocimiento de los intereses legales comerciales a favor de Seguros Alfa S.A. causados desde el momento del pago hasta la fecha de la restitución.

VII.4.- La solución al problema jurídico

VII.4.1.- Lo probado en el proceso

En el presente proceso, la Sala destaca las siguientes probanzas:

(i). - De conformidad con el Pliego de Condiciones y Especificaciones del proceso de contratación nro. 006892 para el mantenimiento y operación de equipos de generación y asociados en centrales de energía de la subgerencia de operación¹⁶, el contratista se obligó a constituir una garantía para cubrir los riesgos derivados del incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e

¹⁶ Folios 101 a 164 del cuaderno 1 del Tribunal.

indemnizaciones relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato, en el siguiente sentido:

“[...] 2.1. GARANTÍA ÚNICA DEL CONTRATO.

El contratista favorecido con la aceptación de su oferta constituirá en favor de las Empresas, la garantía única en el plazo que las Empresas le fijen al notificarle la aceptación.

Consistirá en una póliza expedida por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, preferiblemente con domicilio y poderes decisorios en la ciudad de Medellín, o en una garantía bancaria. [...]

2.1.3. AMPARO PARA EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

Para cubrir el incumplimiento de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de El Contratista, relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato. Su valor asegurado deberá ser igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato, sin incluir el IVA, y su vigencia será igual al plazo del contrato y tres (3) años más.

[...]”¹⁷.

(ii).- EPM -contratante- y la sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados -contratista- celebraron el contrato nro. 030114568¹⁸, en el cual se convino un valor de \$2.236.398,668, y un término de ejecución de doce (12) meses, con la posibilidad de prorrogarse por un período igual o inferior al original, cuyo objeto consistió en: *“[...] el Mantenimiento y operación de equipos de generación y asociados en las Centrales de Energía de la Subgerencia de Operación Generación”.*

De igual manera, el contratista se obligó a constituir una garantía para cubrir, entre otros, los siguientes riesgos:

“(...) Amparo de cumplimiento del contrato. Cubrirá los perjuicios económicos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Este amparo comprende además las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria pactadas en el contrato (...) b. Amparo Buen manejo de equipos, herramientas y accesorios. El contratista deberá constituir a favor de las Empresas una garantía similar a las anteriores por una suma igual al cinco por ciento (5%) del valor del contrato para garantizar el buen manejo de los equipos, herramientas y accesorios que sus trabajadores empleen, así como la devolución en buen estado de los elementos prestados por las Empresas al

¹⁷ Folio 119 del cuaderno 1 del Tribunal.

¹⁸ Folios 95 a 98 del cuaderno 1 del Tribunal.

Contratista. (...) c) Amparo para el pago de las obligaciones laborales. Este amparo deberá cubrir el riesgo de incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por parte de El Contratista, relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato. Su valor asegurado deberá ser igual al diez (10%) del valor del contrato, y su vigencia será igual al plazo del mismo y tres (3) años más (...) (Subrayas nuestras)

(iii).- La sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados (tomador) contrató **la póliza de seguro de cumplimiento nro. 004517 de 23 de agosto de 2002**, con Seguros Alfa S.A. (asegurador), cuyo beneficiario y asegurado fue EPM, mediante la cual se incluyó, entre otros, el amparo del pago de salarios y prestaciones sociales por un valor inicial de \$233.639.866,00¹⁹.

(iv).- Mediante Resolución nro. 610 de 2 de marzo de 2003 *“Por la cual se autoriza una reforma estatutaria consistente en una escisión por creación”* ²⁰ la sociedad Ingenieros Asociados S.A. fue escindida y luego creada la sociedad I.A. TEL S.A., a la cual le fue cedido el contrato nro. 030114568 suscrito con EPM²¹

(v).- EPM y la sociedad I.A. TEL S.A. convinieron la prórroga del **contrato nro. 030114568** por un período de doce (12) meses, comprendido entre el 17 de agosto de 2003 y el 17 de agosto de 2004, por un valor de \$2.402.786.729²². En la cláusula cuarta (4ª) se convino que el contratista se obligaba a *“(...) ampliar la vigencia de acuerdo con el plazo de la prórroga y a incrementar las sumas aseguradas establecidas en las garantías de cumplimiento, buen manejo de equipos, herramientas y accesorios, pago de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual, aplicando los porcentajes estipulados en el contrato original, sobre el valor indicado en la cláusula segunda de esta acta (...)”*.

(vi).- Con ocasión de la prórroga del contrato 030114568, I.A. TEL S.A. contrató una nueva **póliza de seguro de cumplimiento identificada con el nro. 0004779 de 8 de julio de 2003**, en la que se incluyó el amparo de salarios y prestaciones sociales, por un valor asegurado inicial de \$343.779.202,00²³, el cual fue

¹⁹ Folios 166 a 167 del cuaderno 1 del Tribunal.

²⁰ “Por la cual se autoriza una reforma estatutaria consistente en una escisión por creación”, visible a folios 394 a 395 del cuaderno 1 del Tribunal.

²¹ Folio 293 del cuaderno 1 del Tribunal.

²² Folios 99 a 100 del cuaderno 1 del Tribunal.

²³ Folio 168 del cuaderno 1 del Tribunal.

incrementado mediante anexo nro. 001 de 14 de julio de 2003 a la suma de \$463.918.538.00²⁴.

(vii).- En las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento se incorporó el amparo para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y señaló, además, que el siniestro se entendería causado a través del acto administrativo que declarara la ocurrencia del riesgo amparado, por causas imputables al contratista²⁵, de la siguiente manera:

“[...] 1.1. AMPAROS

SEGUROS ALFA ampara a la entidad estatal contratante contra los riesgos contratados según se indica en la carátula de la presente póliza, con sujeción, en su alcance y contenido, a las definiciones que a continuación se estipulan.

[...]

1.1.4. AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

Por medio del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones la entidad estatal contratante se precave contra el riesgo del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista, relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato.

[...]

4. SINIESTRO

Se entiende causado el siniestro:

- 4.1. Con el acto administrativo que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista.**
- 4.2. En el caso de incumplimiento del contrato, con el acto administrativo que declare la caducidad del contrato, por causas imputables al contratista.*
- 4.3. En los casos de multas y cláusula penal, con el acto administrativo que imponga al contratista las multas o cláusula penal estipuladas en el contrato [...]”. (Destacado fuera de texto).*

(viii).- El revisor fiscal de la Empresa I.A. TEL S.A. mediante certificado de 31 de agosto de 2004, da fe de:“(…) *Que durante el período 2003 y el período actual a*

²⁴ Folio 175 del cuaderno 1 del Tribunal.

²⁵ Lo cual no significa autorización expresa para expedir acto administrativo.

la fecha, la Empresa ha pagado oportunamente los aportes de sus empleados al sistema de salud, riesgos profesionales, pensiones, aportes a las cajas de compensación familiar, instituto de bienestar familiar y servicio nacional de aprendizaje, y así como la cancelación de los sueldos, vacaciones, primas, cesantías e intereses y demás prestaciones a las que detuvieron (sic) derecho los trabajadores desde la fecha de ingreso a la actualidad y finalmente que la causación y los pagos de estas obligaciones están registrados en los libros de contabilidad debidamente inscritos en la Cámara de Comercio en la ciudad de Medellín. Por tal razón se encuentra a paz y salvo por dichos conceptos²⁶.

(ix).- Mediante comunicación de diciembre de 2004, la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., da a conocer a la empresa I.A. TEL S.A. sobre la existencia de *“(...) inconsistencias en el pago de los aportes realizados por la empresa I.A. TEL S.A. (...) correspondientes al POS de SUSALUD, durante 3 o más períodos²⁷”*.

(x).- El 12 de enero de 2005, la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Puerto Berrío, aprobó la liquidación de las deudas laborales de veintitrés (23) trabajadores de la empresa I.A. TEL S.A, la cual fue declarada *“[...] ajustada a la ley²⁸”*.

(xi).- El 14 de febrero de 2005, los trabajadores presentaron una reclamación en contra de EPM para el pago de las obligaciones laborales pendientes de pago.²⁹

(xii).- Mediante la **Resolución nro. 00101 del 17 de febrero de 2005**, EPM declaró la realización efectiva del riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales de veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. –relación que aparece detallada en el mismo acto- e hizo efectiva, parcialmente, la póliza única de seguro de cumplimiento 004779, por la suma de \$289.866.614,61³⁰.

²⁶ Folio 235 del cuaderno 1 del Tribunal.

²⁷ Folio 237 del cuaderno 1 del Tribunal.

²⁸ Folios 182 a 206 del cuaderno 1 del Tribunal.

²⁹ Folios 210 a 211 del cuaderno 1 del Tribunal.

³⁰ Folios 44 a 48 del cuaderno 1 del Tribunal.

(xiii).- Mediante **Resolución nro. 00333 del 29 de abril de 2005**, EPM resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior decisión, confirmándola, quedando agotada de esa manera la vía gubernativa.

(xiv).- En el proceso se recaudaron los testimonios de las siguientes personas: Clara Inés Castaño Arias³¹, Julio Cesar Londoño Suárez³², María Dinora Santamaría Acevedo³³ y la prueba trasladada de los testimonios practicados en el proceso radicado con el número de radicado: 2006- 01085-00³⁴.

VII.4.2.- Estudio de los motivos de impugnación

VIII.4.2.1- De la parte demandada

VIII.4.2.1.1- Los motivos de impugnación del recurso

(i).- En primer término, a modo de pregunta, EPM cuestiona la competencia del Tribunal Administrativo de Antioquia para anular la cláusula de un contrato suscrito entre “(...) *dos personas jurídicas que no son entidades públicas (como lo es el suscrito entre Seguros Alfa S.A. y I.A. S.A.)*”.

(ii).- EPM afirma que, contrario a lo sostenido por el *a quo*, sí tenía facultad para expedir las resoluciones acusadas, mediante las cuales se declaró el riesgo por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales a los veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. e hizo efectivo, de manera parcial, el amparo de la póliza de seguro, en la cuantía determinada en los actos acusados, pues esta facultad le fue atribuida en las condiciones generales de la póliza de seguro.

(iii).- Finalmente, señala que fue la compañía aseguradora quien “*redactó*” e “*incluyó*” la referida cláusula que otorgaba a la entidad pública demandada la facultad de declarar el riesgo mediante acto administrativo; luego, no podía ir en contra de sus actos, desconociendo aquello a lo que libremente se obligó, pues tal

³¹ Folios 526 a 529 del cuaderno 2 del Tribunal.

³² Folios 529 a 532 del cuaderno 2 del Tribunal.

³³ Folios 620 a 625 del cuaderno 2 del Tribunal.

³⁴ De los señores: Jorge Iván Jiménez Cerquera, Orlando Zuluaga Arcila, Juan Carlos Molina Molina, Jaime Alberto González, Lucía Victoria López y Manuel Quiñonez visibles a folios 637 a 677 del cuaderno 2 del Tribunal.

pretensión vulnera el principio de buena fe, la confianza legítima y la regla del *“venire contra factum proprium non valet”*.

VIII.4.2.1.2- Análisis de los motivos de impugnación propuestos por la entidad demandada

(i).- Análisis del primer motivo de impugnación: de la competencia del juez para declarar la nulidad de un contrato celebrado por dos particulares

En relación con el argumento planteado por la parte demandada, según el cual entiende que el Tribunal Administrativo de Antioquia carecía de competencia para declarar la nulidad de un contrato pues, este fue suscrito por dos particulares, es decir, entre IA TEL S.A. y Seguros Alfa S.A., esta Sala considera oportuno formular las siguientes precisiones:

En primer término, hay que poner de presente que, en relación con la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas, la Sala pone de presente que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo dispone que de oficio o a petición de parte el juez se encuentra habilitado para realizar la declaratoria de nulidad de un contrato o de una cláusula contractual, siempre *que “(...) esté plenamente demostrada en el proceso”* y, en todo caso, dicha manifestación *“(...) sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*.

Concordante con lo anterior, el artículo 1741 del Código Civil habilita al juez para declarar la nulidad absoluta el contrato que tenga *“un objeto o causa ilícita”* y la producida *“por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”* y los que celebren las personas *“absolutamente incapaces”*.

La Sección Tercera³⁵, sobre el particular ha señalado: *“(...) El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) señala que el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el*

³⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2011, Radicado No. 1994-00494-01 (15476), actor: sociedad Aseguradora de Fianzas S.A.-Confianza, demandado: Telecafé Ltda., Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato **o sobre alguna o algunas de sus cláusulas**. En concordancia con esta norma, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, prescribe que *‘[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...’*. Es conveniente resaltar que las previsiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con él cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.)³⁶.

Aunado a lo anterior, en esa providencia se consideró que **“el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma parcial del Contrato No. 01 de 1993.”**

³⁶ En la misma sentencia, también se dijo: “El pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas décima segunda -multas-, décima tercera –penal pecuniaria- y décima cuarta –caducidad administrativa- del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas, en tratándose de las multas y la cláusula penal pecuniaria, en el aparte relacionado con la facultad de imposición unilateral por la administración y en cuanto a la facultad de declaratoria de caducidad, se declarará totalmente nula”.

De conformidad con el anterior marco normativo que antecede y el precedente jurisprudencial citado, se considera que le asistió razón al *a quo* cuando resolvió declarar nula la cláusula 4.1. del contrato de seguro en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pues en el proceso que ocupa la atención de la Sala fueron vinculadas las sociedades Ingenieros Asociados (escidente) e IA. TEL SA (sociedad escindida), en su condición de partes contratistas en el contrato amparado por la póliza de seguro referido y, la referida cláusula del contrato de seguros fue invocada en la demanda como fuente de derechos y obligaciones para las partes.

Sumado a ello, la Sala encuentra que dicha cláusula contiene un objeto ilícito, pues la inclusión de una estipulación contractual, mediante la cual se autorizó a EPM a declarar el siniestro y a hacer efectiva la póliza, mediante un acto administrativo se realizó contra expresa prohibición constitucional y legal, (artículos 6 y 121 de la Constitución Política³⁷) dado que no era posible la incorporación de un poder exorbitante a favor de una empresa sujeta al régimen de derecho privado a quien la Ley 142 de 1994 no le otorgó la facultad para expedir esta clase de actos. No sobra advertir que el otorgamiento de dicha prerrogativa pública no podía quedar sometida a la simple autonomía de la voluntad de las partes, pues las normas de competencia son de orden público e imperativas, como de manera acertada lo sostuvo el Tribunal y como se analizará en la resolución del segundo argumento de alzada.

Por último, cabe destacar que si bien el contrato de seguro fue celebrado entre I.A. TEL S.A. y Seguros Alfa S.A., este se suscribió con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato estatal. De tal suerte que, resulta dable afirmar, el contrato de seguro tuvo su origen en un contrato estatal y, debe tenerse de presente que ambos participan de una única finalidad, esto es, la defensa del interés general.

De hecho, el argumento que plantea el recurrente, fue objeto de análisis por la Sección Tercera, en providencia de 30 de enero de 2008³⁸, en la cual, a modo de síntesis, se formularon las siguientes reflexiones que esta Sala comparte en esta

³⁷ “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

³⁸ Número de Radicado: 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867), Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

oportunidad, al señalarse: “(...) **cabe sostener que los contratos de seguros que se celebran para respaldar o garantizar el cumplimiento de contratos estatales también participan de la naturaleza jurídica de éstos**, de conformidad con las siguientes razones: A.-Porque los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, deben examinarse con la misma óptica conceptual con la que se ha diseñado el régimen legal especial de los contratos estatales que ellos garantizan, como quiera que ambos participan de una sola e idéntica finalidad, cual es la de servir a unos mismos intereses generales (...)”.

Precisamente, entre el contrato estatal y el contrato de seguro existe una relación de coligación o conexidad negocial, figura jurídica que ha sido definida como “(...) el fenómeno que se presenta cuando dos o más contratos autónomos, esto es, que tienen existencia propia y sus propios requisitos de validez y disciplina normativa, están vinculados en una relación de dependencia o interdependencia genética, funcional o teleológica, para la obtención de un resultado práctico, social o económico común. Así, los elementos característicos de la coligación o coligación negocial son, fundamentalmente, dos: (i) que exista una pluralidad de contratos y (ii) que entre esos contratos exista un nexo o vínculo por su función, es decir, que las prestaciones que surgen de uno y otro negocio estén interrelacionadas para alcanzar una finalidad específica o un interés único y común³⁹”.

En este contexto, la Sala estima que los argumentos de apelación no están llamados a prosperar.

(ii).- Análisis del segundo motivo de censura relacionado con la competencia de EPM para declarar el siniestro, a través de un acto administrativo

En relación con el segundo motivo de censura, la Sala entrará a analizar: a) el régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; b) de la facultad para que las empresas prestadoras de servicios

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de julio de 2016, número de radicado: 85001-23-31-000-2002-00362-01 (35763), actor: Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, **demandado:** ICAGEL LTDA. – GEL INGENIEROS CONSULTORES E.U., Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

públicos domiciliarios sometidas al régimen de derecho privado puedan declarar la ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo y, c) conclusiones

a) Régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios

Como premisa normativa, el artículo 365 de la Constitución Política señala que: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”*. A renglón seguido dispone que *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”*.

Para la Sala, de la citada disposición constitucional se desprenden varios contenidos: i) la prestación de los servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado, dada su importancia para la materialización de los mismos y su estrecha relación para la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas como la vida y la salud; ii) el Estado debe proporcionar las condiciones necesarias para garantizar la prestación eficiente de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, es decir, es un deber estatal y; iii) el legislador debe fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos, su cobertura, su financiación así como el régimen jurídico aplicable.

En cumplimiento del mandato del constituyente de 1991, se expidió la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*. En la citada norma, se plasmó la voluntad del legislador de someter al régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo en aquellos casos en que la Constitución o la misma Ley 142 así lo prevean como

ocurre, por ejemplo, cuando se incorporan cláusulas exorbitantes. Esto quiere decir que, en supuestos excepcionales, resulta aplicable el régimen contenido en el Estatuto General de la Contratación. En efecto, los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> **Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.**

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.” (Destacado fuera de texto).

Resulta importante destacar que la Corte Constitucional, en sentencia C-066 de 1997, resolvió declarar la exequibilidad del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 citado, al señalar que era constitucional la elección del legislador de someter al régimen jurídico de derecho privado los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pues: “[...] *simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la Ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior*”.

Sobre este tópico, la Sección Tercera⁴⁰ de esta Corporación ha señalado: “[...]. En este orden de ideas cabe anotar que **el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada**, pero, así mismo, es necesario concluir, tal como ya lo ha hecho el Consejo de Estado, que de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como “mixto”, pues está integrado tanto por derecho privado como por normas propias del derecho público [...]” (Destacado de la Sala)⁴¹.

Por lo anterior, resulta dable afirmar que el legislador quiso someter los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, salvo en aquellos casos en los cuales, de manera expresa, reservó su aplicación a las normas del Estatuto

⁴⁰ Providencia de 3 de diciembre de 2008, Número de Radicado: 11001-03-26-000-2007-00070-00 (34745), actor: Móvil Tech, demandado: Colombia Móvil, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Puede consultarse, entre otras: providencia de 19 de marzo de 2002, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-1442-01 (2614), actor: Sandra Milena Díaz Rubio, Magistrado Ponente: Dr. Allier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴¹ En más reciente oportunidad se dijo: “[...] En relación con el régimen jurídico aplicable se pone de presente que la Ley 689 de 2001 modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en orden a disponer la sujeción de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, salvo en relación con aquellos contratos en que fuera obligatoria la inclusión de las cláusulas (sic) exorbitantes cuyo control quedó sometido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]” Puede verse también la sentencia de 19 de noviembre de 2015, Número de Radicado: 05001-23-31-000-2006-02579-01(43324), Sección Tercera, Subsección B, actor: Compañía Mundial de Seguros S.A, demandado: Empresas Públicas de Medellín, Consejera Ponente: Doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

General de la Contratación⁴², lo cual fue considerado constitucional por la Corte Constitucional.

Conforme con lo anterior, una de las excepciones a la aplicación del derecho privado se relaciona, como se precisó líneas atrás, con la inclusión de prerrogativas públicas conferidas por el legislador a las empresas prestadoras de servicios públicos, la cuales se encuentran regidas por el Estatuto General de la Contratación.

Tal es el caso del poder excepcional relacionado con el tratamiento que se le puede dar a algunos bienes: remoción de obstáculos, promoción de procesos de expropiación, constitución de servidumbres consagrado en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994; también el establecido en el artículo 31 *ibídem* referido a la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, previa autorización general o particular de la Comisión de Regulación respectiva⁴³. Esto significa que la incorporación de cláusulas excepcionales puede ser obligatoria cuando las Comisiones de Regulación respectiva así lo dispongan o, también puede ocurrir que se incorporen por la Comisión de Regulación, previa solicitud por parte del prestador de servicios públicos domiciliarios⁴⁴. A la luz del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en los eventos en los que la inclusión resulte obligatoria *“(...) todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”*.⁴⁵

⁴² Por fuera de estos casos, se encuentran otros como el previsto en el artículo 39.1: contrato especial para el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones.

⁴³ El Concepto de Servicio Público en el derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Alberto Montaña Plata, página 223. En igual sentido, en providencia de 3 de diciembre de 2008, Número de Radicado: 11001-03-26-000-2007-00070-00, actor: Movil Tech, demandado: Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, se dijo: **“(...) En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, tal como ya lo ha hecho el Consejo de Estado, que de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como “mixto”, pues está integrado tanto por derecho privado como por normas propias del derecho público” (Destacado de la Sala).**

⁴⁴ En sentencia de 9 de septiembre de 2009, Número de Radicado: 19224, Magistrada Ponente: Doctora Myriam Guerrero de Escobar, se dijo: *“(...) la ley 142 de 1994, en su artículo 31 ha dispuesto que tales cláusulas excepcionales podrán ser obligatorias cuando las Comisiones de Regulación así lo dispongan y después de expedida la Ley 689 de 2001, también se estableció para aquellos casos en que previa solicitud del prestador del servicio público, la Comisión de Regulación respectiva lo autorizara. Quiere decir que la Ley faculta a las Comisiones de Regulación, en virtud de su función reguladora, para determinar en cuáles de los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos deberán ser pactadas cláusulas excepcionales”*.

⁴⁵ Al respecto, en sentencia de 19 de junio de 2019, número de radicado 398000, actor: Liberty Seguros, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, a propósito de esto dijo:

Cabe destacar que las cláusulas excepcionales enlistadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son: la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y caducidad⁴⁶.

A su vez, la jurisprudencia ha definido las cláusulas excepcionales como “(...) prerrogativas que la ley otorga a la administración para lograr que los contratos se ejecuten acorde con lo convenido, que no difiere de la realización del interés general que toda colaboración con el Estado conlleva. Así es factible declarar la caducidad, disponer la terminación, al igual que modificar o terminar unilateralmente la relación, cuando estas medidas resulten necesarias⁴⁷”.

El tratadista Juan Carlos Expósito, ha considerado que las cláusulas excepcionales son un mecanismo “(...) encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de las autoridades públicas. Estas potestades pueden ser ejercidas por la Administración como manifestación de su imperium o poder de Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estas prerrogativas solo podrán ser ejercidas en

“De manera que no resulta cierto, tal y como lo afirmó el Tribunal Administrativo de Casanare, que el contrato celebrado haya debido regirse por la Ley 80 de 1993. La afirmación del Tribunal resulta doblemente errada, pues, primero que todo, la naturaleza de los recursos no hace que un contrato estatal deba estar regido por las disposiciones del Estatuto Contractual, esto, pues, la categorización de estatal al contrato se lo otorga el que haya sido celebrado por una entidad estatal y no que el régimen aplicable sea el derecho público; tampoco es cierto que, al tratarse de un contrato de obra, de la mano del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la citada Resolución 293 de 2004, se convirtiera en un contrato regido por el Estatuto Contractual, pues, entre otras consideraciones, bastará con recordar que en los contratos en los que la inclusión de las cláusulas resultare obligatoria (o en los que se solicite su inclusión a la respectiva comisión de regulación), lo que ocurre, es que “todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”; esto es, el que la inclusión resulte forzosa, no convierte al contrato en una convención regida por el Estatuto Contractual, pues este solo rige lo relativo a las cláusulas. Por ello, no resulta de recibo el haberle dado la calificación de contrato estatal gobernado por el derecho público, a un contrato que, en realidad, desde la lectura adecuada de las normas especiales que lo norman, se rige por el derecho privado”.

⁴⁶ Se han clasificado cuatro (4) grupos de contratos estatales. En providencia de 1 de julio de 2015, a propósito de su distinción se dijo: “1) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; 2) contratos estatales en los que las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; 3) contratos estatales en los que se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y; 4) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados (...) [L]a Sala hace ahínco en que las facultades contempladas en el artículo 14 de la ley 80 de

⁴⁷ Sentencia de 21 de junio de 2018, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2002-00836-01 (33684), actor: Adiotrónica S.A. (hoy Avanzit S.A. Sucursal Colombia en liquidación), demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

*situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados en la misma. Se trata de cláusulas excepcionales al derecho común, típicamente administrativas (...)*⁴⁸.

Cabe destacar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado los poderes exorbitantes de las cláusulas excepcionales, al señalar: “(...) esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” —pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la Sentencia C-1436 de 2000—, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 ó 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo estatuto de contratación estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan

⁴⁸ Forma y contenido del contrato estatal, Juan Carlos Expósito Vélez, Universidad Externado de Colombia, página 178 a 179. Continúa señalando: “(...) Se caracterizan, desde el punto de vista del contenido del contrato, por ser una manifestación de cláusula natural o accidental respecto de lo consagrado en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Estas cláusulas se consideran naturales cuando son obligatorias su inclusión en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, los contratos de prestación de servicios, los de explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra, de modo de aun cuando no se pacten expresamente en el texto del contrato, las mismas se entienden incluidas, en cambio, en otros casos se les considera una cláusula accidental, siguiendo el precepto legal del inciso 2° de esta misma norma que establece una facultad potestativa para incluir estas cláusulas en los contratos de prestación de servicios y de suministro. Además de lo anterior, el párrafo del artículo 14 referido prohíbe pactar estas cláusulas en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación, arrendamiento, y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales que no correspondan a las señaladas en aquellos contratos en los que su inclusión es obligatoria o potestativa, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales”.

la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc⁴⁹”.

Ahora bien, la distinción clásica entre actos de poder y actos de servicio, en la disciplina administrativa, trajo como consecuencia la proliferación de legislaciones más dinámicas que dotaron de mayor fuerza las relaciones entre los sujetos de derecho encargados de la prestación de los servicios públicos. Desde dicha perspectiva, advertimos en el entramado de esta prestación, la participación de sujetos públicos y privados en el tráfico jurídico en un régimen en el que se reconocen las libertades económicas y, en donde el Estado mantiene su papel como garante de la defensa del interés general, de los fines esenciales del Estado y la protección y garantía de los derechos constitucionales.

El constituyente de 1991, no ajeno a ello, en el artículo 365 indicó que la prestación de los servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado, dada su importancia para la materialización de los fines del Estado Social del Derecho y, más específicamente, autorizó a los particulares a prestar servicios públicos.

Desde esta lógica, el tratadista Santofimio⁵⁰ indica: *“(...) los actores principales del nuevo sistema son sujetos privados o excepcionalmente entes públicos que funcionan como aquellos en el tráfico jurídico, sometidos necesariamente al derecho privado; y, además, en que, desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil; de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. Sin embargo, el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de funciones administrativas y de servicios públicos en relación con los cuales conserva titularidad, que por regla general deben regirse necesariamente por el derecho público administrativo”.*

El tratadista, advirtió que *“(...) debe observarse que la organización estatal en estos asuntos prestacionales ha sufrido también evidentes mudanzas frente a la*

⁴⁹ Sentencia de 10 de junio de 2009. Número de Radicado: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252), actor: Consorcio porvenir, demandado: INCODER, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁰ Fuente tomada de la sentencia de 6 de julio de 2015, Número de Radicado: 05001-23-31-000-2004-03817-01(40789), actor: Seguros del Estado S.A., demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P, Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los criterios y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos”

Justamente, no puede obviarse que la tendencia de la legislación de someter el régimen de los contratos de las empresas prestadores de servicios públicos al derecho privado permite materializar los principios esenciales de la Constitución Económica colombiana relativos a libertad de empresa, libre competencia, propiedad privada, entre otros, pues “(...) hacen parte de los imperativos que debe considerar la estructura pública”⁵¹, los cuales deben estar orientados a la defensa del interés general.

Según Santofimio,⁵² “(...) la insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “(...) Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política (...)”⁵³.

Así pues, no era otra la voluntad del legislador sino la de someter al régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo en aquellos casos en que la Constitución o

⁵¹ (1) Montaña A., "El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁵² Fuente tomada de la sentencia antes citada.

⁵³ Cita es original: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

la misma Ley 142 así lo prevean como ocurre, verbi gracia, cuando se incorporan cláusulas exorbitantes.

b) De la facultad de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios sometida al derecho privado para declarar unilateralmente la ocurrencia de siniestro mediante acto administrativo

Ahora, en relación con la competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos sometidas al derecho privado, la Sala considera desde ya anunciar que estas no pueden expedir actos administrativos encaminados a declarar el siniestro y a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por la clara razón de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo expresa el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y el legislador no atribuyó excepcionalmente el ejercicio de la prerrogativa pública consistente en declarar el siniestro a través de un acto administrativo, por lo que una primera conclusión se impone: **no existe una norma expresa que otorgue dicha prerrogativa de poder público.**

Dicho criterio fue acogido en providencia de 5 de julio de 2018⁵⁴, decisión que esta Sección prohíja en esta oportunidad, en la cual se formularon las siguientes reflexiones: “[...] *Se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa. Por tanto, en el análisis de los actos que se juzgan en este proceso no resulta viable identificar la competencia de la entidad contratante con fuente en el artículo 68 del CCA⁵⁵ o en la Ley 489 de 1998 que invocó EPM⁵⁶, en*

⁵⁴ Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02466-01(54688), actor: Compañía Agrícola de Seguros SA; demandado: Empresas Públicas de Medellín, Magistrada Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵⁵ Cita es original de la sentencia: “Artículo 68 C.C.A. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: “4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso. 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.

⁵⁶ Cita es original de la sentencia: “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

cuanto a la declaratoria del siniestro y el cobro de las pólizas de seguros mediante acto administrativo, por referirse al contrato de una empresa de servicios públicos domiciliarios sometido al régimen especial de la Ley 142 de 1994”.

Resulta importante destacar que, en decisión reciente de fecha 19 de julio de 2019, la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló, como regla jurídica, que una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado no tiene la facultad de declarar la realización del siniestro y, en esa medida, debe acudir al régimen jurídico que contempla el Código de Comercio y de manera especial, el artículo 1077 que señala que el asegurado debe demostrar a la aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Se transcriben los siguientes fundamentos jurídicos, por ser de relevancia para la Sala:

“131. Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Así mismo, tal y como lo indicó el demandante en su recurso de apelación, la entidad demandada “debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

132. En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios (...).” (Destacado de la Sala).

Resulta oportuno indicar que, si bien en los primeros estadios de la evolución jurisprudencial, la Sección Tercera reconoció que, a pesar de que las empresas encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, nada obstaba para que pudieran expedir actos administrativos, que declaran la ocurrencia del siniestro por tratarse de una facultad administrativa reconocida de manera amplia a las entidades estatales en los numerales 4° y 5° del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo⁵⁷. No obstante ello, la Sala

⁵⁷ Por ejemplo, en sentencia de 11 de diciembre de 2015, Radicación número: 25000-23-15-000-2002-01931-01(29471), actor: Seguros del Estado, S.A, demandado: CAPRECOM, Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. se dijo: “[...] 9. De lo expuesto se desprende que la facultad de

reitera que comparte la postura plasmada en las decisiones antes citadas, por las razones que se exponen a continuación:

Los numerales 4° y 5° del artículo 68 del CCA prevén: “(...) **Artículo 68. Definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo.** Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...) 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso. 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación” (Destacado de la Sala).

Si bien en principio, podría sostenerse, *prima facie*, que la declaratoria de siniestro es una facultad administrativa otorgada de manera amplia a las entidades públicas por ministerio de la ley, sin que importe el régimen jurídico aplicable para la relación contractual, resulta importante destacar que el artículo 68 del CCA se encuentra inserto en el “*Libro Primero*” que lleva por título “*Los procedimientos Administrativos*”. En este sentido, como lo afirma la sentencia de 19 de junio de 2019, ya citada, que esta Sección prohíja “(...) Precisamente, no se comprende

declaratoria de siniestro es una facultad administrativa otorgada en forma amplia a las entidades públicas, sin que el régimen jurídico de la relación contractual que se asegure afecte su aplicación, en tanto la ley no lo distingue así, razón por la cual al intérprete tampoco le es admisible hacerlo y, además, se derivan de la naturaleza jurídica pública de la entidad contratante y de los poderes de que la ley le otorga. Una conclusión se impone: las entidades estatales aún dentro de sus contratos de derecho privado ostentan la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro [...]” (Destacado nuestro). También puede consultarse la sentencia de 6 de julio de 2015, Número de Radicado: 05001-23-31-000-2004-03817-01(40789), actor: Seguros del Estado S.A, demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P, Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual se sostuvo: “(...) Ahora bien, pese a que la regla general es que en sus actos las empresas de prestación de servicios públicos se rigen por el derecho privado, por vía excepcionalísima [y según las circunstancias específicas de cada caso] pueden regirse por normas de derecho público, como cuando ejercen funciones administrativas atribuidas en cumplimiento de los fines estatales [artículo 2 de la Carta Política] y encaminadas a la materialización efectiva de los servicios públicos, y aquellas que por ministerio de la ley sean radicadas en las mismas. Luego, la Sala precisa que el ejercicio de funciones administrativas en la que se pueda encuadrar una decisión de una empresa de prestación de servicios públicos, como puede ser la declaratoria del siniestro [como ocurre en el caso en concreto] se hace por ministerio de la ley y con la finalidad de preservar la materialización efectiva del servicio público que pueda verse en cuestión, legitimándose y ajustándose como una potestad que cae bajo la cobertura de las normas de derecho público, en concreto del Código Contencioso Administrativo al momento del examen de su correspondencia con el principio de legalidad y las garantías que para su expedición está llamado a respetar quien lo produce respecto de su destinatario”. También puede consultarse otras providencias como la sentencia de 14 de abril de 2005, radicación: 13599. Actor: INGESA Ingenieros Civiles y Arquitectos, demandado: Fondo Rotatorio Vial Distrital.

bien porqué, cuando la jurisprudencia ha dicho que deben aplicar las normas procesales que le son propias (CCA y CPACA respectivamente), cuando juzga las actuaciones de entidades estatales regidas por el derecho privado, en especial cuando conoce de los asuntos en los que está involucrada una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, se olvida la connotación dual que tiene una norma como el Decreto 1 de 1984 (al igual que la Ley 1437 de 2011), cuya primera parte desarrolla los procedimientos administrativos, y la segunda, el control jurisdiccional de la actividad administrativa. 13. De esta manera, lo procedente es que la jurisdicción de lo contencioso administrativo acuda a las normas propias sobre el control de la actividad administrativa para el juicio de las actuaciones, incluso a las que la ley les ha dado un régimen privado, y no que ello se haga extensible al resto de disposiciones públicas que contiene el CCA en su primera parte, que rige los procedimientos administrativos”.

Según lo anotado, se advierte que fue clara la intención del legislador plasmada en la Ley 142 de 1994, de someter las actuaciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, en este caso, el derecho comercial. En este orden de ideas, una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado debe realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos y de manera particular, acudir a la regulación contenida en el Código de Comercio del derecho de los seguros, particularmente, el artículo 1077 *ibídem* que señala que le corresponde al asegurado “(...) demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”.

Dicho en otros términos y para el caso concreto, EPM tenía la obligación de requerir al asegurador con el fin de demostrar la ocurrencia del siniestro y de su cuantía y no expidiendo un acto administrativo, pues se insiste, dicha prerrogativa pública no fue reconocida por el legislador a las empresas públicas encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios sometidas al régimen de derecho privado y, sumado a lo anterior, el artículo 68 del CCA no constituye el fundamento legal para reconocer dicha prerrogativa pública, por las razones precitadas.

c) Conclusiones

EPM, fue creada mediante el **Acuerdo nro. 58 de 6 de agosto de 1955** *“Por medio del cual se organiza el Establecimiento Público Autónomo encargado de la administración de los servicios públicos de Energía Eléctrica, Acueducto,*

Alcantarillado y Teléfonos”, inicialmente, como un Establecimiento Público Autónomo, encargado de la dirección, administración y prestación de los servicios municipales de energía eléctrica, teléfonos, acueducto y alcantarillado y, luego transformada su naturaleza, en una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, a través del Acuerdo nro. 069 de 10 de diciembre de 1997, sometida al derecho privado⁵⁸ (artículo 2º) y que tiene como objeto social “(...) la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. También podrá prestar el servicio público domiciliario de aseo y las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras⁵⁹”.

Descendiendo al caso sub examine, se evidencia que el contrato estatal nro. 030114568 que fue amparado por la póliza de seguro no consagró la estipulación de cláusulas exorbitantes, por lo que no se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 explicado en el acápite ii) literal a) de esta providencia, para la aplicación de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, se mantiene la regla general de que se trata de un contrato estatal regido por el derecho privado.

Cobra relevancia en este punto señalar que la naturaleza del contrato estatal no depende del régimen jurídico aplicable, puesto que la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio subjetivo u orgánico para definir cuándo se está en presencia de un contrato estatal. Dicho criterio ha sido sostenido de manera uniforme por esta Corporación, al indicarse que: ***“(...) la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de***

⁵⁸ Artículo 2º.

⁵⁹ Artículo 4º.

concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato⁶⁰ (Destacado es nuestro).

Así las cosas, frente a la pregunta en cuanto a si EPM tenía facultad para declarar la ocurrencia del siniestro, a través de un acto administrativo, la respuesta es negativa, por la clara razón de que, tal y como se indicó, al no configurarse el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para la aplicación de la Ley 80 de 1993, se mantiene la regla general de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, por lo que en aplicación de las reglas del Código de Comercio en la disciplina relativa al contrato de seguros y la jurisprudencia de la Sección Tercera, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de sus perjuicios (artículo 1077 *ibídem*). Sumado a ello, el artículo 68 del CCA, a juicio de la Sala, no constituye el fundamento normativo para reconocer dicha prerrogativa encaminada a materializar el riesgo de incumplimiento y hacer efectiva la póliza de seguro, por las razones precitadas.

VIII.4.2.1.2.3.- Del presunto desconocimiento del principio de buena fe, la confianza legítima y la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”

Ahora, EPM aduce que Seguros Alfa S.A. desconoció el principio de buena fe, la confianza legítima pues la aseguradora fue quien “*redactó*” e “*incluyó*” la referida cláusula que otorgaba a la entidad pública demandada la facultad de declarar el riesgo mediante acto administrativo; luego, no podía ir en contra de sus actos, desconociendo aquello a lo que libremente se obligó, pues tal pretensión desconoce la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”.

Sobre el particular, la Sala considera oportuno realizar las siguientes consideraciones:

⁶⁰ Sentencia de 13 de febrero de 2013, número de radicado: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996), actor: Carlos Arturo Campo, demandado: EMCALI EICE, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Como antes se dijo, en el acápite de pruebas quedó demostrado que, en efecto, en las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento se incorporó el amparo para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Y se señaló, además, que el siniestro se entendería causado con el acto administrativo que declarara la realización del riesgo amparado, por causas imputables al contratista.

Ahora bien, la regla del *“venire contra factum proprium non valet”* o *“teoría de los actos propios”*, cimentada a partir de los principios generales de la buena fe y de la confianza legítima, prohíbe a una parte ir en contra de sus propios actos. Dicho principio busca proteger la confianza depositada en los otros con el obrar por lo que la parte de una relación contractual debe asumir las consecuencias jurídicas vinculantes que se derivan de sus propios actos, sin que resulte posible desconocer los efectos jurídicos que se desprenden de una conducta precedente⁶¹.

Esta Corporación ha precisado el alcance de dicha regla de la siguiente manera: *“(…) nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo ‘adversus factum suum quis venire non potest’, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, ‘venire contra factum proprium non valet’. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio*

⁶¹ Puede consultarse la sentencia T- 618 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez, en la cual se dijo: “(…) Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho (...)En la doctrina y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del acto propio, es así como la Corte Constitucional en la T- 475/92- dijo: “La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (venire contra factum proprium), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias.”(...)Miguel S. Marienhoff dice que: “El acto que creó derechos, si es ‘regular’ no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de ‘ilegitimidad’. Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: “Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende” El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia”

prosperar. (...) En suma, la regla ´venire contra factum proprium non valet´ tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la C.P⁶²”.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha entendido que dicho principio encuentra sus límites, lo cual ocurre por ejemplo, cuando el acto consentido es “ilegal”, pues ello supondría “(...) **perdonar o convalidar, sencillamente porque el interesado en alegarlo participó en la producción del acto enjuiciado. De admitirse esto, es decir, de conservar la validez del acto por el prurito de hacer prevalecer el principio que prohíbe ir contra los actos propios, se integrarían al ordenamiento jurídico una buena cantidad de actos irregulares, en desmedro del interés general y del principio de legalidad.** En realidad, esta teoría tiene asidero de manera principal tratándose de la expedición de actos lícitos, pero después de hacerlo, la parte afectada por él se interesa en discutir su alcance o vinculatoriedad, para desconocerlo en un caso concreto. Sin embargo, en este escenario, la teoría aplica para obligar a acatar el acto a quien con su comportamiento tolera, admite, consciente o de alguna manera conviene cierta regla, pacto o consecuencia lícita, prohibiéndole que la discuta luego, con fines de desatenderla⁶³”. (Destacado de la Sala).

Así las cosas, la regla del “*venire contra factum proprium non valet*” no puede ser invocada por EPM para justificar la incorporación de una cláusula de un contrato con violación de normas de orden público. Ello, supondría reconocer una especie de purga o convalidación a la actuación irregular de la gestión contractual, en desmedro de principios como el de la legalidad, de los principios que irradian la función administrativa (artículos 209 de la Constitución Política, 3° del CCA y 3° de la Ley 489 de 1998) y de los fines esenciales del Estado.

⁶² Sentencia de 9 de mayo de 2011, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-02021-01 (33913), Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz, Sección Tercera, Subsección

⁶³ Sentencia de 26 de julio de 2011, Número de Radicado: 25000-23-26-000-1997-03809-01 (17661), actor: Sociedad Unisys de Colombia Ltda, demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala comparte lo expuesto el *a quo* al considerar que los actos administrativos demandados son nulos pues, como se indicó precedentemente, EPM no tenía facultad para declarar la ocurrencia del riesgo por el incumplimiento en el pago de las obligaciones de los veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. y hacer efectiva parcialmente la póliza de seguro, a través de un acto administrativo pues, como se indicó anteriormente, la Ley 142 de 1994 no consagró dicha facultad, ni tampoco el artículo 68 que enlista los actos que prestan mérito ejecutivo puede servir de fundamento legal para reconocer dicha prerrogativa pública a favor de EPM.

VIII.4.2.2- De la parte demandante

VIII.4.2.2.1- El motivo de impugnación propuesto en el recurso

Como se indicó anteriormente, Seguros Alfa S.A. solicitó modificar la sentencia de primera instancia, porque a su juicio, el *a quo* omitió pronunciarse sobre la pretensión encaminada al pago de los intereses legales comerciales causados desde el momento del pago hasta la fecha de la restitución.

VIII.4.2.2.2- Análisis del argumento único de apelación propuesto por la parte demandante

Sea lo primero indicar que, la demanda que originó el presente proceso fue interpuesta por Seguros Alfa S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con miras a que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

*“(...) Tercera: También como consecuencia de la declaración de nulidad, y como restablecimiento del derecho, y en caso de que Seguros ALFA S.A. se viere obligada a apagar a Empresas Públicas de Medellín las obligaciones que le impusieron las mencionadas Resoluciones, ordénese en la sentencia a la entidad demandada la restitución a la aseguradora demandante de la totalidad de las sumas pagadas **por ella, con la correspondiente corrección monetaria y los respectivos intereses legales comerciales que se causen desde que Seguros Alfa S.A. hubiere tenido que hacer el pago, hasta que EPM le restituya le suma correspondiente.**”* (Se destaca)

Por su parte, el *a quo* dispuso la siguiente orden en el numeral 2° de la sentencia de primera instancia, que es del siguiente tenor:

*“(....) SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior DECLARAR que SEGUROS ALFA S.A. no está obligada a efectuar pago alguno a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en virtud de las Resoluciones objeto de este proceso, y de haber hecho algún pago estos dineros les serán restituidos, **actualizados a la fecha de devolución.**”* (Destacado de la Sala)

Cabe poner de presente que el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo señala que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias debe efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal y el ajuste de dichas condenas deberá determinarse, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor -IPC-. Por ser de relevancia para resolver el recurso de marras, se transcribe en su literalidad:

*“ARTÍCULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y **cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.**”* (Destacado fuera de texto).

Por su parte, esta Sección⁶⁴ ha señalado que la indexación persigue como fin mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda, como consecuencia de su devaluación en nuestro país. Y, también se ha reconocido que no resulta posible la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o la indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva consigo la corrección monetaria⁶⁵.

Por tal virtud, no hay lugar a acceder a la pretensión formulada por Seguros Alfa S.A. en la medida que el restablecimiento del derecho ordenado a su favor se encuentra en armonía y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo que señala que la actualización de las sumas

⁶⁴ Sentencia de 15 de agosto de 2019, Número de Radicado: 2001-23-39-003-2014-00294-01, actor: Clara Patricia Gaitán Mesa, demandado: Municipio de Valledupar y Emdupar S.A. E.S.P, Magistrado Ponente: Hernando Sánchez Sánchez. En la citada sentencia, se dijo de manera especial que la indexación persigue como objetivos “(i) mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda, es decir, traerlo a valor presente y no incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas; ii) sobre los mecanismos de aplicación de la indexación, el legislador ha autorizado la aplicación de mecanismos de reajuste o actualización monetaria con el propósito de conservar el poder adquisitivo de los valores, como es el caso del artículo 187 de la Ley 1437, según el cual, las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor (...)”.

⁶⁵ Puede consultarse en este sentido, la providencia de la Sección Tercera de 24 de julio de 2004, Número de Radicado: 08001-23-31-000-2000-2482-01 (24935), actor: sociedad Ingos Ltda., Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

de dinero deberá realizarse tomando como base el Índice de Precios al Consumidor -IPC- y, de acuerdo con la jurisprudencia prolija de esta Corporación, no es posible la concurrencia de los intereses comerciales con la indexación monetaria, pues la tasa de interés comercial lleva incita la corrección monetaria.

Así las cosas y por todo lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, en tanto que le asistió razón al *a quo* al declarar, de manera oficiosa, la nulidad de la cláusula del contrato de seguro con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y, en consecuencia, de las resoluciones acusadas, pues de conformidad con el análisis precedente resulta evidente que EPM no tenía competencia para declarar la ocurrencia del riesgo por el incumplimiento en el pago de las obligaciones de los veintitrés (23) trabajadores de la sociedad I.A. TEL S.A. y hacer efectiva, parcialmente, la póliza de seguro a través de un acto administrativo.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 27 de junio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia, de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON
Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Salva Voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P (5)