

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CRITERIO ORGÁNICO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PÚBLICA

[C]abe señalar que, si bien al momento de presentación de la demanda instaurada por la Aseguradora no existía un criterio uniforme en relación con la jurisdicción competente para conocer de los litigios originados en la actividad contractual y extracontractual de las Empresas de Servicios Públicos, lo cierto es que en la actualidad el tema es pacífico y se ha definido en razón del criterio orgánico que determina la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en consideración de la naturaleza de las entidades públicas y no del régimen jurídico aplicable a sus actos y contratos.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la jurisdicción competente para conocer de las controversias de las empresas de servicios públicos, ver: Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación el 8 de febrero de 2007, exp. 30903. Subsección A, sentencias del 10 de febrero de 2016 Exp. 38696, 20 de febrero de 2020 Exp. 43766; Subsección B: sentencia del 30 de mayo de 2018 Exp. 39498; y, Subsección C, sentencias del 20 de febrero de 2017 Exp. 56562 y 8 de junio de 2018 Exp. 38120.

LEY PROCESAL / APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Se advierte que las normas procesales a las que se hará referencia en este asunto son las contenidas en el Código Contencioso Administrativo, aplicables al caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la demanda se instauró antes de su entrada en vigencia, y las normas del Código de Procedimiento Civil, aplicables al caso, de conformidad con las reglas de tránsito de legislación previstas en el artículo 625 del Código General del Proceso, especialmente la contenida en el literal c) del numeral 1, puesto que el proceso ordinario entró a despacho para fallo en segunda instancia el 23 de enero de 2013, esto es, antes de la fecha en la que, según la posición unificada de la Sección Tercera de esta Corporación, entró a regir ese Código en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 308 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 625

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Consejo de Estado, auto del 25 de junio de 2014, Exp. 49299

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Causa petendi – variación en segunda instancia De conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia debe guardar coherencia con “los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades” contempladas en ese Código, así como con las excepciones probadas que hubieren sido alegadas, si así lo impone la ley. Según el inciso segundo de ese mismo artículo, nadie puede ser condenado por objeto o causa distinta a la alegada en la demanda. El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia que rige la función del juez de proferir sentencias, al fijar el marco de su competencia a partir de los hechos y las pretensiones alegadas en la demanda, complementados con los argumentos de defensa que la contraparte plantee frente a ellos, con el objeto de impedir que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el curso del proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio; por ello, se erige como una garantía del derecho fundamental al debido proceso, pues el pronunciamiento judicial únicamente puede recaer sobre lo alegado, pedido y excepcionado oportunamente. Por lo anterior, no le es dable al juez ni a las partes modificar la causa petendi mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición, momentos que la ley dispuso para que se precise la extensión, contenido y alcance de la controversia que se propone y frente a los cuales se garantiza la oportunidad de la contraparte para pronunciarse al respecto. Surge de lo anterior, que los elementos referidos a los hechos y las pretensiones de la demanda permiten delimitar el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento y, por eso, no pueden ser modificados o adicionados por fuera de las oportunidades legalmente previstas para ese propósito. Ahora bien, revisado el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia del 25 de abril de 2012 y contrastado con el escrito de la demanda, observa la Sala que, en lo que concierne a los cargos de “LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD” y “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA”, en lo que enseguida se precisará, se varió la causa petendi con la que se dio inicio al proceso, razón por la cual la Sala no se pronunciará al respecto, pues hacerlo implicaría desconocer el principio de congruencia que rige la labor del juez, sobrepasar los límites de la competencia fijada en función de las razones de hecho y de derecho expresadas en el libelo introductorio y vulnerar el derecho de defensa y contradicción de la contraparte.

CARGA ARGUMENTATIVA DE LA IMPUGNACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RECURSO DE APELACIÓN

[D]iáfano es que la carga de sustentación que corresponde cumplir a la parte recurrente no se satisface con la simple manifestación de disenso frente a la providencia recurrida, tampoco con la solicitud de que se revoque para que, en su lugar, se acceda a los intereses de la parte inconforme o con la mera reiteración de las razones expuestas en el curso de la primera instancia, bien sea en la demanda o en la contestación. No, lo que la ley impone es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en aquello que se considere desfavorable, no solo porque la decisión sea contraria a los intereses de quien la impugna, sino porque exista en realidad, a su juicio, una razón por la que piense que lo fallado en primera instancia no corresponde, en derecho, a la decisión acertada, lo cual, por tanto, delimita el marco al que debe sujetarse el juez al revisar la sentencia recurrida.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 212 / LEY 1395 DE 2010 - ARTÍCULO 37 / Ley 1437 de 2011 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 350

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Suprema de Justicia, providencia del 30 de agosto de 1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. Tomado Consejo de Estado, auto del 17 de marzo de 1995, Exp. 3250. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de julio de 2015, Exp. 25000 23 24 000 2004 00228 -01 Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E)

LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994 / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / ENERGÍA ELÉCTRICA / RÉGIMEN ESPECIAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EPM / CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / INDEMNIZACIÓN EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

[L]a Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos domiciliarios, es una normativa de carácter especial y, por tanto, su aplicación es preferente respecto de otras leyes y su campo se extiende al régimen de los actos y contratos de las empresas que pueden prestar servicios públicos. En ese mismo sentido, es pertinente también precisar que el régimen de derecho común que como regla general adopta la Ley 142 de 1994 para los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esa ley no es un régimen exceptuado al de la Ley 80 de 1993, sino uno especial y principal, derivado de la competencia otorgada al legislador en el artículo 365 constitucional, que se define por el objeto sobre el cual recae y no por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico. (...) Adicionalmente, en consideración a que el objeto del contrato (...), que fue amparado por la póliza (...), consistió en la transformación de una obra destinada a la generación del servicio público de energía eléctrica, resulta pertinente mencionar que en el contexto previamente descrito y en desarrollo del artículo 365 constitucional, el legislador también expidió la Ley 143

de 1994, la cual, entre otras cosas, regula específicamente el régimen de generación, interconexión, transmisión y comercialización de electricidad en el territorio nacional, norma que, al igual que la Ley 142 de 1993, prevé la posibilidad de la participación en las actividades del sector de diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, en un contexto de libre competencia y, en ese sentido, dispone que el régimen de contratación aplicable a las “empresas públicas” que presten el servicio de energía es el derecho privado, salvo cuando las Comisiones de Regulación de Energía y Gas impongan forzosamente la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común, caso en el cual “todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Se agrega que, si bien la Ley 143 de 1994 es la norma especial en lo que concierne a las actividades de generación, interconexión, transmisión y comercialización de electricidad en el territorio nacional, no excluye, salvo en lo que le sea contrario, la aplicación de la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 1 señala expresamente que su campo de aplicación cubre al servicio público domiciliario de electricidad, así como a la actividad de las personas que lo presten. Por todo lo anterior, concluye la Sala que, dado que la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado de servicios públicos, sus actos y contratos están regulados por la Ley 142 de 1994 y, además, en lo que concierne a las actividades referidas, vinculadas al servicio de energía eléctrica, sus contratos están regidos principalmente por la Ley 143 de 1994 y, en lo que no se oponga, por la 142, salvo cuando se configure alguna de las excepciones previstas en esas mismas leyes o cuando la Constitución así lo disponga. (...) Ahora bien, descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que en el contrato (...) que fue amparado por la póliza (...) no se incluyeron cláusulas excepcionales y, por tanto, concluye que se rigió exclusivamente por el derecho común y que la entidad pública demandada, en el marco de este negocio jurídico, debía actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo. A la misma conclusión se arriba en relación con el contrato de seguro en el que era asegurada EPM, (...) para garantizar, entre otros riesgos, el de incumplimiento del contrato (...) pues no existe ni en la Constitución ni en la Ley 142 de 1994, excepción al artículo 32 de esta última normativa que faculte a las empresas de servicios públicos para imponer, con la fuerza ejecutiva y ejecutoria propias de un acto administrativo, la decisión unilateral de hacer efectiva la póliza de seguro en contra de la Aseguradora por la vía administrativa, lo que impone que, para tales efectos, debía actuar bajo las reglas dispuestas para ello en el Código de Comercio, en concordancia con las contenidas en las condiciones generales de la póliza (...).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 33 / LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Constitucional Sentencia C-066 de 1997. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1 de julio de 2015 Exp. 37197 y del 20 de febrero de 2017 Exp. 56562. Subsección A sentencia del 5 de julio de 2018 Exp. 54688

CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EPM / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL DE LAS NORMAS / PREVALENCIA DE LA NORMA SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / ASEGURADO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

[L]as partes estipularon la forma como se haría efectiva la garantía ante la Aseguradora, consistente, básicamente, en la obligación de EPM de expedir un “acto administrativo” debidamente motivado y ejecutoriado que declarara la realización del riesgo amparado y la presentación de ese documento ante la Compañía mediante una comunicación acompañada de tal acto. (...) Es cierto, como ya se vio, que EPM carecía de competencia legal para expedir, como actos administrativos, esto es, en ejercicio de prerrogativas propias de la administración, las resoluciones a las que se refiere la Aseguradora y también lo es que una estipulación convencional derivada de la autonomía de la libertad de los contratantes de seguro no podría entenderse como atribución de ese tipo de prerrogativas públicas, puesto que, según lo dispuesto en el artículos 6 y 121 constitucionales, esas solo pueden provenir de la Constitución o la Ley; sin embargo, advierte la Sala que el entendimiento que la demandante pretende darle a las condiciones generales de la póliza que ella misma redactó es inadmisibles, se basa en un velado juicio de invalidez de las condiciones que ella misma predispuso en la condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento, pues llevaría a concluir que, en realidad, al expedirla no asumió ninguna obligación, en tanto que el cumplimiento de la condición que ella misma impuso para demostrar la ocurrencia del siniestro y, por ello, para proceder al pago, sería moralmente imposible de cumplir, por contravenir el orden público. Al respecto, hay que decir que lo previsto en la póliza en relación con la expedición de un acto administrativo declarativo no puede interpretarse como que las partes conscientemente hubieran convenido una condición que desde la óptica jurídica resulta de imposible cumplimiento, puesto que, si bien fácticamente habría sido posible que ese acto se produjera, lo cierto es que jurídicamente ni siquiera existiría un acto administrativo, lo cual iría abiertamente en contra del efecto útil de lo pactado. (...) Se concluye, entonces, que, pese a su denominación y a la forma que adoptaron, las resoluciones demandadas no constituyen verdaderos actos administrativos, pues conforme a la autonomía de la voluntad, se trataba mutatis mutandis, de la expedición un acto que estaba a cargo de una entidad pública, en relación con el cual abandonaba la categoría de “administrativo”, conservando el elemento subjetivo que era indicativo de la entidad que estaba en capacidad de producirlo. De manera que su expedición no obedeció al ejercicio de poderes o prerrogativas propias de la administración pública, de las cuales, según lo analizado en el acápite anterior, EPM carecía, sino que se profirieron para dar cumplimiento a los trámites que, en calidad de asegurada y beneficiaria de la póliza (...), le eran exigibles para obtener el pago del siniestro en los términos dispuestos en las condiciones generales del contrato de seguro diseñados por la propia demandante. (...) El entendimiento que la Sala estima debe dársele a la demanda en este caso hace gala del imperativo constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (artículo 228 de la Constitución Política de 1991), pues no concebirlo de esa manera daría lugar, en forma absolutamente injustificada y con sustento en un aspecto que en el presente caso se ha mostrado meramente formal, a denegar justicia, a pesar de que se cuenta con todos los elementos

necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo, lo que, además, demuestra que esta lectura de la demanda responde al deber del juez darle un sentido útil y evitar sentencias inhibitorias. (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 228

BUENA FE / BUENA FE CONTRACTUAL / MULTA AL CONTRATISTA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / EPM

En relación con la alegada inexistencia de acto administrativo declarativo de multas y cláusula penal en contra del contratista, la Sala reitera lo dicho en el acápite 4.3.4 de esta sentencia y llama la atención sobre el principio de buena fe que debe guiar a las partes del contrato en todas sus actuaciones, pues, insiste, es inaudito que, para eludir las obligaciones que nacieron de un contrato al que concurrió voluntariamente, la demandante alegue, de una parte, que no está obligada al pago de la suma que aseguró, porque la declaración de ocurrencia del siniestro quedó contenida en un “acto administrativo” que la entidad pública no podía expedir y, a la vez, aduzca, con el mismo objetivo, pero de manera absolutamente contradictoria, que como no se expidió un acto de esa misma naturaleza imponiendo multas y cláusula penal en contra de la contratista, entonces, tampoco está obligada a pagar. Con todo, encuentra la Sala que, en ejercicio de lo convencionalmente pactado en el contrato (...), EPM hizo exigible, de manera unilateral y sin necesidad de intervención judicial, las multas y la cláusula penal que se causaron en los términos que fueron pactados en el contrato, (...). Así las cosas, como para demostrar la ocurrencia del siniestro en las condiciones generales de la póliza no se dispuso que debiera hacerse mediante sentencia judicial, la Sala no concuerda con la parte recurrente en cuanto a que EPM no podía hacer efectiva unilateralmente las multas y la cláusula penal y tampoco en cuanto afirma que se violó su derecho al debido proceso por no haberse agotado esa instancia judicial, pues, como ya se vio, frente a la manifestación debidamente motivada de la Asegurada, pudo ejercerlo en los términos que fueron diseñados por ella misma, lo que la condujo a que, ahora, también ejerza sus derechos en sede judicial. (...) Con todo, es oportuno mencionar que, en ejercicio de la autonomía negocial, las partes están facultadas para determinar las condiciones que regirán su relación contractual y en desarrollo de este derecho, siempre que no sobrepasen los límites del orden público, pueden pactar que una de ellas exija a la otra, sin necesidad de acudir al juez, el pago de las multas y la cláusula penal pactada que se hubieren causado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la diferencia entre las obligaciones del contratista y de la compañía aseguradora, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. 43324. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de febrero de 2017, exp. 56562). En este mismo sentido sentencia del 24 de agosto de 2016 Exp. 41783 consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / RESOLUCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CONTRATO LLAVE EN MANO

La Sala coincide con el Tribunal en cuanto a que la demandada sí cumplió con la carga de motivar la declaración de ocurrencia del siniestro, pues, después de señalar que el contrato se celebró en la modalidad llave en mano y de transcribir literalmente en qué consistió el objeto pactado, el que comprendió, en términos generales, el desarrollo de todas las obras y actividades necesarias para la conversión a ciclo combinado de la planta termoeléctrica La Sierra y su puesta en operación comercial, informó que el plazo acordado para su ejecución venció el 10 de diciembre de 2001, sin que a esa fecha la planta hubiera entrado aun en operación comercial, lo cual, al margen de lo que hiciera falta para lograr el objeto convenido, ponía en evidencia el incumplimiento en el que incurrió la unión temporal respecto de la obligación que asumió en el sentido de culminar lo que le fue encomendado realizar en el tiempo estipulado. (...) Considera la Sala que el hecho de que en el texto de las resoluciones no se hubiera transcrito todo el contenido de las comunicaciones a las que se refieren los actos, no significa que la resolución carezca de motivación y tampoco que se hubiera violado el debido proceso a la Aseguradora, puesto que, como quedó consignado en los actos y está probado en el proceso, ella conoció oportunamente su contenido, en el que se explicó con suficiencia por qué se afirmaba que el incumplimiento se debió a causas imputables a la contratista.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / DICTAMEN PERICIAL / EPM / PERJUICIOS / CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / DESCUENTO AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / MODIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / DEVOLUCIÓN DE DINERO

[E]l reparo de la demandante no se dirige a refutar las conclusiones del dictamen pericial, el cual, valga mencionar, en su oportunidad ninguna de las partes objetó, sino que se endereza a cuestionar la conclusión a la que, con base en esa prueba, arribó el Tribunal respecto del valor de los perjuicios causados a EPM, lo que delimita, entonces, en este punto, el objeto de la apelación; no obstante, como el mérito demostrativo que el Tribunal de primera instancia le pudo haber dado a la pericia no ata al juez de la segunda, es necesario decir, porque así lo encuentra la Sala, que el dictamen cumple con los requisitos del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. (...) Como en este proceso se acreditó que el valor de los perjuicios ascendió a US\$7.794.824,42 y no a US\$9.310.519,93, la diferencia entre estas cifras, esto es, US\$1.515.695,15, debe restarse al valor que se imputa al amparo de cumplimiento cubierto por la póliza 916942, lo que arroja un total de US\$3.492.599,63. Así las cosas, concluye la Sala que, en lo que a este aspecto concierne, le asiste razón a la demandante y, por tanto, así se declarará, lo que implica modificar en este punto la sentencia recurrida, para señalar que el valor al que está obligada la compañía aseguradora a responder con cargo a la póliza 916942 es de US\$3.492.599,63. Como consecuencia de lo anterior y en consideración a que la parte actora solicitó que se ordene a EPM restituir los valores que hubiere pagado o llegare a pagar en virtud de lo consignado en las Resoluciones (...), la Sala ordenará que, en caso de haber recibido el pago, el cual debió realizarse en los términos del artículo 874 del Código de Comercio, la demandada deberá restituir lo recibido en exceso, debidamente actualizado.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 874 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 233

NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto de las consejeras María Adriana Marín y Marta Nubia Velásquez Rico

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-2003-00985-01(44707)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.

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

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Asunto: SENTENCIA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las sociedades General Electric Company, General Electric International Inc. Sucursal Colombia y Parsons Group International Ltd.¹ en contra de la sentencia proferida el 25 de abril de 2012 por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y se negaron las pretensiones de la demanda.

En este caso se debe determinar si la Compañía de Fianzas S.A. –CONFIANZA S.A.- está obligada a pagar a favor de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. el valor que esta última declaró en las Resoluciones 263606 y 280201 de 2002, con cargo a la póliza 916942, expedida por la primera para amparar el cumplimiento del contrato 3303775; para ello, se debe determinar si para obtener el pago la entidad pública cumplió con las condiciones generales de la póliza y, de manera concordante, con la ley aplicable al caso. Si es procedente, se deberá establecer

¹ Vinculadas al proceso en calidad de terceros interesados, autos del 10 de abril de 2003 y 17 de enero de 2004 (folios 244, 245 y 265 del cuaderno 1).

si el valor por el que EPM exigió el pago es el que corresponde asumir a la Aseguradora.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1.1. Corresponde a la proferida el 25 de abril de 2012, mediante la cual la Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Antioquia declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda.

1.2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 13 de marzo de 2003² por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., CONFIANZA S.A. –en adelante la Aseguradora-, contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. –en adelante EPM-, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos son los que se reseñan a continuación:

1.2.1. PRETENSIONES

“PRIMERA: *Se declare la nulidad de la Resolución No. 263603 de agosto 26 de 2002, emanada del Gerente General de Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ‘Por medio de la cual se declara la realización de un riesgo y se hace efectiva parcialmente la cláusula penal pecuniaria’...*

“SEGUNDA: *Se declare la nulidad de la Resolución No. 280201 del 12 de noviembre de 2002, emanada también de Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., que resolvió el recurso interpuesto contra la Resolución No. 263603 del 26 de agosto de 2002, anteriormente nombrada, confirmándola en todas sus partes.*

“TERCERA: *Como consecuencia de la nulidad de los actos enunciados en las pretensiones primera y segunda, se declare, a título de restablecimiento del derecho, que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. no está obligada a cumplir con lo ordenado por el artículo segundo de la Resolución No. 263603 de 26 de agosto de 2002 citada, confirmada por la Resolución No. 280201 del 12 de noviembre de 2002.*

“CUARTA: *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, a título de restablecimiento del derecho, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. en virtud de lo dispuesto por los referidos autos.*

“QUINTA: *Se ordene dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

“SEXTA: *Se ordene a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a pagar en favor de Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. las expensas y costas del proceso”.*

1.2.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante narró los que la Sala se permite resumir, así:

² Folio 214 del cuaderno 1.

1.2.2.1. El 19 de febrero de 1999, EPM y la Unión Temporal General Electric Company y Parsons Group International Ltd. celebraron el contrato 3303775, cuyo objeto consistió en el *“diseño, fabricación, pruebas en fábrica, embalaje, transporte, nacionalización, suministro, montaje pruebas en sitio, puesta en operación comercial, construcción de obras, prestación de servicios, gestión ambiental, obtención de permisos relacionados con la construcción, las obras complementarias que Las Empresas le ordene y la totalidad de bienes y obras civiles, gestiones y servicios requeridos para la conversión a ciclo combinado de la existente Central Termoeléctrica La Sierra...”*. El plazo se pactó, inicialmente, en 23 meses, los cuales empezaron a correr a partir del 22 de diciembre de 1998, cuando EPM dio orden anticipada de iniciación; sin embargo, dado que, mediante actas de modificación 1 y 2 (sic) ese término se amplió en 18 días, el contrato finalizó el 10 de diciembre de 2000.

1.2.2.2. El 10 de febrero de 1999, la Aseguradora expidió la garantía única de cumplimiento 916942 a favor de entidades públicas, cuya vigencia se estipuló desde el 22 de diciembre de 1998 hasta el 14 de diciembre de 2003 y su objeto consistió en garantizar el cumplimiento general de las obligaciones surgidas en el contrato 3303775 y otorgó, entre otros amparos, el de cumplimiento, vigente desde el 22 de diciembre de 1998 y hasta el 11 de junio de 2001, por un valor de US\$24.887.763.

1.2.2.3. El 26 de agosto de 2002, EPM expidió la Resolución 263603, por medio de la cual declaró *“la realización del riesgo de incumplimiento”*, con fundamento en que la unión temporal no ejecutó el contrato en el plazo pactado; además, hizo efectiva parcialmente la póliza de seguro de cumplimiento 916942 por la suma de US\$5.008.295,14, *“sin perjuicio de que posteriormente se haga efectiva la garantía por el resto de la suma asegurada”*.

1.2.2.4. La contratista y la Aseguradora interpusieron recurso de reposición en contra del mencionado acto, los cuales fueron resueltos desfavorablemente a través de la Resolución 280201 del 12 de noviembre de 2002, en la que, además, se explicó el valor por el que se hizo efectiva la garantía de cumplimiento, así: *i)* el valor correspondiente a la imposición de dos multas que juntas ascendieron a la suma de US\$2.381.545,21; *ii)* la liquidación unilateral de perjuicios realizada por E.P.M. en cuantía de US\$9.310.519,33; y, *iii)* la compensación de las sumas retenidas al contratista en cuantía de US\$6.683.770.

1.2.2.5. En lo que respecta a las multas, señaló que la primera le fue informada a la contratista mediante comunicación 924830 del 12 de enero de 2001 y a la Aseguradora a través de comunicación CC-135-No.9279901. Dijo que la unión temporal se pronunció para manifestar que la multa carecía de sustento, y que, a pesar de que a la Aseguradora únicamente se le informó que no se había cumplido el plazo del contrato, sin especificar el valor de la multa, también lo hizo para coadyuvar las razones de la contratista y para señalar que no se había dado cumplimiento a la demostración del siniestro y no se entendía formalizada la reclamación por parte de EPM. Indicó que, mediante comunicación CC-1264 del

17 de mayo de 2001, la entidad pública informó a la unión temporal la ratificación de la imposición de la sanción pecuniaria.

En cuanto a la segunda multa, refirió que le fue informada a la unión temporal a través de comunicación CC-1239-No. 929833 del 16 de febrero de 2001, de la que se remitió copia a la Aseguradora, que fue ratificada a través de comunicación CC-1263 del 17 de mayo de 2001 y, posteriormente, mediante comunicación CC-1266 del 22 de mayo de 2001.

1.2.2.6. Expresó que mediante comunicación CC-1628 No. 949107 del 30 de mayo de 2001, EPM se dirigió a la contratista para informarle que, según la información suministrada por el Sistema de Intercambios Comerciales (SIC), los perjuicios causados por el cargo de capacidad dejada de percibir ascendieron a US\$9.737.204,66.

1.2.2.7. Indicó que entre la fecha de terminación del contrato -10 de diciembre de 2000- y la fecha en que se declaró en operación la planta termoeléctrica La Sierra -27 de enero de 2001- transcurrieron 47 días; sin embargo, las multas se impusieron por un tiempo superior, pues se extendieron hasta el 12 de febrero de 2001.

1.2.2.8. Agregó que, en respuesta a comunicación CC-1263 del 17 de mayo de 2001 de EPM, el 12 de junio de 2001 la Aseguradora le informó que, en caso de solicitar afectación a la póliza de cumplimiento 916942, debía proceder en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio; sin embargo, el 26 de agosto de 2002, la entidad pública expidió la ya referida Resolución 263603, en la cual se limitó a expresar que hubo un retraso, pero no mencionó sus causas o a quién era imputable y no estableció si la obra fue terminada pero no entregada, o qué era lo que faltaba para su finalización, lo cual tampoco se consignó en la Resolución 280201 que la confirmó.

1.2.3. Como fundamento de derecho de sus pretensiones, la parte actora expresó, en suma, los siguientes:

1.2.3.1. Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad "*por falta de competencia del funcionario*" que los expidió y por violación de los artículos 4, 6 y 121 constitucionales; 8, parágrafo, y 128 de la Ley 143 de 1994; 31, 32 y 36.5 de la Ley 142 de 1994; 3, 84 y 132 del Decreto 01 de 1984; y, 1072, 1053 y 1080 del Código de Comercio.

Con fundamento en los artículos 8 –parágrafo-, 83 y 128 de la Ley 143 de 1994 y 31, 32 y 36.5 de la Ley 142 de 1994, señaló que, salvo expresas excepciones previstas en la ley, los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho privado, por lo cual, como en el contrato 3303775 no se configuró ninguna de tales excepciones, concluyó que EPM debía obrar sometida a las normas del derecho privado, por lo que violó las mencionadas normas, así como los artículos 1072, 1053 y 1077 del Código de Comercio.

Agregó que el Gerente de EPM no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados y, por tanto, afirmó que se violaron los artículos 6, 121 y 122 constitucionales, en tanto la administración pública debe actuar de conformidad con el principio de legalidad y, por ello, en casos como el que ahora se debate, la facultad para obrar únicamente puede ejercerse en los contratos en los que la ley específicamente lo autoriza.

- Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad “*por incompetencia del funcionario derivada de la oportunidad para imponer multas*”

1.2.3.2. Mencionó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debido a que las multas tienen una finalidad conminatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales, la oportunidad para imponerlas vence con la finalización del plazo de ejecución del contrato; de donde coligió que la pretendida imposición de multas a través de las resoluciones acusadas no consulta la razón de ser de esa figura del derecho, puesto que cuando tales actos se proferieron e, incluso, cuando se expidieron las cartas informativas que hicieron alusión a ellas, el plazo pactado para la ejecución del contrato ya había vencido. Advirtió que, en todo caso, las multas nunca fueron impuestas, porque no se expidieron los actos administrativos respectivos y aseveró que “*mal puede cobrarse lo que no se impuso antes*”.

Agregó que, según la jurisprudencia de esta Corporación, una vez finalizado el contrato, la imposición de multas es improcedente, en tanto no es acumulable con la cláusula penal pecuniaria, pues, en ese caso, “*la prestación contractual se ha convertido en la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria*”³.

1.2.3.3. En tercer lugar, indicó que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación

Señaló que en la Resolución 263603 no se “*sustentó de manera seria*” la decisión que se adoptó y, por tanto, su motivación es insuficiente, toda vez que no se hizo alusión a las causas del incumplimiento, sino que se limitó a señalar que la operación comercial de la planta termoeléctrica La Sierra debió iniciar el 10 de diciembre de 2000, sin indicar las razones por las cuales ello no ocurrió, y a expresar que las multas habían sido controvertidas por la contratista y por la Aseguradora, pero sin mencionar las razones en las que se habrían sustentado tales sanciones, lo cual dificulta el ejercicio del derecho de defensa.

Añadió que la mencionada resolución se refirió a multas “*efectuadas*” en enero y febrero de 2001, las cuales, aproximadamente, año y medio después se pretendieron hacer efectivas y advirtió que existe una contradicción entre lo que se manifestó en la comunicación CC-1265 No. 947784 del 22 de mayo de 2001, en el sentido que las multas no se impondrían por resolución motivada y lo expresado al respecto en los actos demandados.

³ Cita original de la demanda: “*Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 13 de 1987, Exp. 4145(38) ...*”.

Aseveró que la contratista no tuvo responsabilidad en el retardo de la iniciación de la operación comercial de la planta, pues, según afirmó, se debió, entre otras razones que no mencionó, a un paro en el Magdalena medio y a la rotura de las tuberías del condensador, riesgo este último que no estaba amparado por la póliza de cumplimiento, sino por la de todo riesgo montajes.

Adicionalmente, dijo que hay falsa motivación, porque, según el anexo de la Resolución 280201, la planta termoeléctrica La Sierra entró en operación el 27 de enero de 2001; sin embargo, en la Resolución 263603, EPM actualizó el valor de la multa por el período comprendido entre el 6 de enero y el 12 de febrero de ese mismo año, es decir, hasta una fecha posterior a la declaratoria de operación comercial; además que, según ese mismo anexo, la capacidad remunerable teórica calculada por la entidad pública es inferior, de acuerdo con su propio análisis, a la que surge del Sistema de Intercambios Comerciales SIC y, a pesar de ello, optó por la última e hizo más gravosa la situación de la contratista y de la Aseguradora.

1.2.3.4. En cuarto lugar, afirmó que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por violación de los artículos 1077, 1053 y 1080 del Código de Comercio.

Expresó que EPM no demostró la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio, puesto que se limitó a hacer referencia a unas comunicaciones sobre multas y a señalar el sistema por el cual se habían calculado los perjuicios, el cual no fue convenido por las partes para liquidarlos, ni era conocido por la contratista o por la Aseguradora y, como de él solo dio cuenta la Resolución 280201, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 263603, no tuvo oportunidad de controvertirlo; además, en comunicación CC-1268 del 30 de mayo de 2001, la entidad pública liquidó perjuicios distintos a los finalmente contenidos en los actos administrativos demandados.

Dijo que los criterios utilizados para estimar las pérdidas se apartaron sustancialmente de lo estipulado en los numerales 7 y 8 de la cláusula quinta del contrato frente a retrasos en la entrega de obras como eventos amparados en la póliza de transporte y respecto de retrasos en la entrega de obras como consecuencia de un evento amparado en la póliza todo riesgo montajes, respectivamente. Precisó que la última no fue expedida por la Aseguradora demandante.

1.2.3.5. Menciona la demanda que los actos administrativos están viciados de nulidad por violación de los artículos 867 y 1956 del Código de Comercio

Después de referirse al contenido de los mencionados artículos, indicó que la suma que EPM pretende hacer efectiva, antes de deducciones, asciende al 94% del valor total de la cláusula penal pecuniaria, lo cual, a su juicio, es desproporcionado y “*manifiestamente excesivo e inequitativo*”, en tanto el plazo

del contrato finalizó el 10 de diciembre de 2000 y la planta entró en operación el 27 de enero de 2001.

1.2.3.6. Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por desviación de poder

En este punto, la parte demandante afirmó que EPM desconoció la finalidad con la que se deben imponer las multas, dado que cuando lo hizo el plazo del contrato ya había vencido y, además, se apartó de los fines de la contratación estatal, toda vez que sus actuaciones estuvieron precedidas de “*una intención torcida*” de causar daño a la contratista, lo cual sustentó en que la estimación de los perjuicios no se hizo con criterios similares a los expuestos en el numeral 7 de la cláusula quinta del contrato y los que se utilizaron se apartaron sustancialmente de lo estipulado en el numeral 8 de esa misma cláusula.

1.2.3.9. Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por violación del artículo 1088 del Código de Comercio

Aseveró la demandante que, con la expedición de los actos demandados, EPM vulneró el mencionado artículo, porque los perjuicios que liquidó no responden al concepto de daño emergente y, por ello, no estaban cubiertos por la póliza de cumplimiento que se afectó, pues no fueron objeto de acuerdo expreso; además de que eran otras pólizas las que estaban llamadas a cubrir el perjuicio⁴.

De manera subsidiaria, la Aseguradora alegó la violación de algunos artículos de la Ley 80 de 1993; sin embargo, la Sala no se referirá a ellos, porque, además de que en la demanda señaló que al contrato no le eran aplicables las disposiciones contenidas en esa ley, en el recurso de apelación no reiteró esos argumentos subsidiarios relacionados con la aplicación de esa ley y, en cambio, insistió en que el contrato se rigió íntegramente por las normas del derecho privado.

1.3. En su determinación, el Tribunal recogió la postura de la parte demandada, cuyos planteamientos y argumentos de defensa fueron, en síntesis, los siguientes:

EPM dijo que, por causas imputables a la contratista, no se cumplió el plazo estipulado en el contrato para que entrara en operación la planta termoeléctrica La Sierra en su ciclo combinado, lo cual dio lugar, según lo establecido en el numeral 3.1.3.2 del pliego de condiciones, a imponer la multa, desde la fecha del incumplimiento hasta el 22 de febrero de 2001, cuando se cumplió el hito contractual de inicio de operación comercial de ciclo combinado.

Al respecto, expresó que el incumplimiento obedeció a la rotura de las tuberías del condensador, lo cual, dijo, no puede calificarse como un hecho imprevisible e irresistible y, por ello, tampoco puede entenderse que el daño que causó hubiera sido de esa misma naturaleza. Agregó que, como el contrato se celebró bajo la modalidad llave en mano, la obligación principal pactada era de resultado y la

⁴ La demanda obra de folios 172 a 214 del cuaderno 1.

responsabilidad del proyecto recayó sobre la contratista, pues asumió todas las obligaciones, desde el diseño hasta la entrega del proyecto debidamente terminado, razón por la cual solo podía eximir su responsabilidad demostrando la inexistencia de nexo causal entre su conducta y la inejecución o la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor; además de que, según aseveró, la responsabilidad es objetiva, pues se da por el solo incumplimiento de la obligación, sin que tenga incidencia la graduación de la culpa de la unión temporal.

La demandada afirmó también que, si no se hubiera presentado el problema del condensador, habría sido factible que a 10 de diciembre de 2000 la planta hubiese estado en condiciones similares a las del 26 de enero de 2001, cuando fue posible declararla ante el sistema nacional, pero que, aun así, la contratista no habría cumplido con el plazo pactado, lo cual infiere porque el condensador falló el 4 de diciembre de 2000, es decir, a 6 días de la finalización del contrato y, aunque el defecto se corrigió el 26 de enero de 2001, la obligación principal pactada –la de operación comercial de la planta en ciclo combinado- se cumplió un mes después.

Al respecto, advirtió que se debe diferenciar entre el inicio de operación comercial del sistema de energía y el inicio de la operación comercial de la planta, lo cual fue aclarado en el numeral 3.44 del pliego de condiciones, en el sentido de que lo primero se cumpliría después de la recepción preliminar de los equipos y montajes, y en cuanto fuera posible la sincronización con el sistema interconectado nacional cumpliendo las regulaciones, procedimientos, criterios y normas establecidas en el reglamento de operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mientras que lo segundo se cumpliría, además de lo anterior y de otras cosas, cuando se logran los valores garantizados de potencia neta y consumo térmico específico neto o se decidiera el pago de las sumas estipuladas en el numeral 3.14 del mismo pliego.

En adición a lo anterior, manifestó que EPM procuró por todos los medios que las pérdidas generadas fueran mínimas, al punto que, accediendo a una petición de la contratista encaminada a que no siguieran aumentando los perjuicios derivados de la pérdida de los cargos por capacidad, tomó la decisión de ingresar la central al sistema eléctrico combinado el 27 de enero de 2001, a sabiendas de que a esa fecha no estaba en capacidad de producir toda la potencia contratada.

De otra parte, aseveró que EPM sí tiene competencia para reclamar la realización del riesgo asegurado a través de acto administrativo, en tanto su Gerente General, como representante legal de una entidad estatal, en ejercicio de sus funciones, está facultado para expedirlos y, si bien la empresa está sometida al régimen de derecho privado, eso no anula su naturaleza jurídica y, por tanto, como entidad pública expresa su voluntad a través de actos administrativos.

Añadió que en las condiciones generales de la póliza se estableció que para declarar la realización del riesgo amparado se debía expedir un acto administrativo, por lo cual, en línea con la teoría de los actos propios, no le es dado ahora a la Aseguradora refutar su expedición, con el objeto de no proceder a cumplir la obligación que asumió en los referidos términos.

Igualmente, señaló que la multa por incumplimiento del plazo contractual fue expresamente pactada, pues quedó contenida en el numeral 3.13.2 del pliego de condiciones; por ello, aseveró, al hacer efectivo el valor de la multa y la cláusula penal a través de una resolución, EPM está dando cumplimiento a lo acordado, no solo en el contrato 3303775, sino también en las condiciones generales de la póliza de cumplimiento expedida por la Aseguradora para ampararlo, de donde concluyó que *“discutir ahora si la decisión de un funcionario público, actuando en calidad de representante legal de una entidad pública, en un contrato sometido a derecho privado, denominada ‘resolución motivada’ tiene el carácter de acto administrativo o documento privado, si la calidad del acto emana del aspecto material del mismo o de su forma únicamente, es un sofisma que no puede ser aceptado como pretexto para negar la validez de dicho acto”*, al punto que si la entidad pública hubiese presentado la reclamación, como inicialmente lo hizo, se habría apartado de las condiciones generales de la póliza y habría dado pie para que la Aseguradora objetara el pago, con fundamento en que aquellas no se cumplieron.

Adujo también que las multas se pactaron como un mecanismo de apremio para evitar el inicio de una acción judicial y que la Aseguradora no puede alegar la carencia de facultad de EPM para deducir las pactadas, en tanto no tiene legitimación para cuestionar las cláusulas estipuladas por las partes y, por ello, su derecho se limita a demostrar el cumplimiento del contrato por parte de la unión temporal contratista.

Al referirse al cargo de falsa motivación, precisó que lo que alega la parte actora es en realidad la ausencia o insuficiencia de motivación y dijo que no está llamado a prosperar, porque en la parte considerativa de la Resolución 263603 se indicó expresamente que la multa se aplicó debido al incumplimiento del plazo pactado para la ejecución del contrato, que se calculó por 26 días de retraso contados hasta el 5 de enero de 2001, por un valor de US\$967.502,74, pero que, por persistir el incumplimiento, debió actualizarse desde el 6 de enero hasta el 12 de febrero, lo que arrojó un valor de US\$1.414.042,47; que también se hizo alusión al valor de los perjuicios causados, así como a que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.17 del pliego de condiciones, se hacía efectiva la garantía por un valor de \$US5.008.295,14, resultado de sumar el valor de las multas y los perjuicios causados y no compensados con los valores retenidos al contratista.

En cuanto a la demostración del riesgo asegurado, expresó la demandada que mantuvo informada a la Aseguradora acerca del incumplimiento en el que había incurrido la contratista, así como acerca de la decisión de imponer las multas respectivas por el retardo en la iniciación de la operación comercial de la planta en ciclo combinado; además, destacó que en el numeral 3.13 del pliego de condiciones se señaló que *“las causales de multas lo son también de incumplimiento”* y que en el numeral 3.13.2 de ese mismo documento se estipuló que *“la multa por incumplimiento del plazo se causa por el simple atraso sin que las Empresas tenga que demostrarlo...”*, de donde dedujo que EPM no estaba obligada a demostrar el incumplimiento, pues para ello bastaba el simple retraso.

Frente a la demostración de la cuantía, señaló que el valor de los perjuicios fue indicado en los numerales 11 y siguientes de la parte resolutive de la Resolución 263603, los referenció en la contestación y anexó un cuadro explicativo.

EPM afirmó que dio cumplimiento a lo previsto en la cláusula 9 de las condiciones generales de la póliza, así como a lo señalado en el numeral 3.13 del pliego de condiciones, toda vez que las sumas retenidas al contratista se compensaron parcialmente con el monto de los perjuicios causados a la entidad pública con ocasión del incumplimiento del plazo pactado.

En relación con la alegada violación del artículo 1088 de Código de Comercio, la entidad pública arguyó que, según lo previsto en el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante y únicamente puede ser limitada al primer concepto por expresa disposición legal y señaló que, en todo caso, como ni en el contrato 3303775 ni en las condiciones generales de la póliza se estableció restricción alguna al respecto, es viable la reclamación de la indemnización total de los perjuicios causados y agregó que la cláusula penal pecuniaria es una estimación anticipada de perjuicios y, por tanto, no requiere demostración.

Mencionó que, si bien es cierto se tomó un seguro todo riesgo montajes, que cubre, entre otros, el riesgo de pérdida de capacidad remunerable teórica, causada por el retraso en la entrega de la obra, no se afectó esa póliza, porque la causa de la falla no estuvo relacionada con un problema de montaje, sino de diseños, tanto que se solucionó con un cambio del diseño original y la interventoría certificó que el encargado siguió todos los procedimientos para el montaje.

Por último, la demandada, con base en las anteriores razones de defensa, propuso las excepciones que denominó "*Incumplimiento del contratista*", "*Competencia de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., para el cobro de las multas y de los perjuicios*", "*Competencia de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., para emitir las Resoluciones que declararon el riesgo de incumplimiento*" y falta de jurisdicción⁵.

1.4. Las sociedades General Electric Company, General Electric International Inc. Sucursal Colombia⁶ y Parsons Group International Ltd. fueron vinculadas al proceso en calidad de terceros interesados, por haber conformado la Unión Temporal contratista⁷. En el término de fijación en lista se pronunciaron para manifestar que coadyuvan las pretensiones de la demanda, con fundamento en los mismos argumentos expresados por la Aseguradora y, además, en que el retraso en la entrada en operación de la planta termoeléctrica se dio por causas imprevisibles, incluso, para el fabricante del condensador, porque el problema con los tubos de ese componente no se había presentado en equipos de las mismas

⁵ La contestación de la demanda obra de folios 282 a 328 del cuaderno 1.

⁶ Cesionaria de la participación de General Electric Company en la unión temporal (folios 45 a 48 del cuaderno 3).

⁷ En la demanda, la Aseguradora solicitó la vinculación de las tres sociedades en calidad de litisconsortes (folio 213 del cuaderno 1), el Tribunal las vinculó al proceso en calidad de terceros interesados (autos del 10 de abril de 2003 y 17 de enero de 2004, folios 244, 245 y 265 del cuaderno 1).

características diseñados e instalados por él; añadieron que la unión temporal contratista actuó con la diligencia y el cuidado que le eran exigibles y tomó las medidas necesarias para poner en funcionamiento la planta.

Así mismo, agregaron que en el contrato 3303775 las partes no acordaron un régimen de responsabilidad objetiva; que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma que disponga que en las obligaciones de resultado la responsabilidad sea de ese tipo y que, según lo dispuesto en el numeral 3.19 del pliego de condiciones, las circunstancias que no sean de ocurrencia común en la construcción de la obra deben ser consideradas como provenientes de fuerza mayor⁸.

1.5 Fundamentos de la sentencia recurrida

Primero, el Tribunal Administrativo de Antioquia definió que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer del asunto y estableció que, si bien al contrato 3303775 le son aplicables las disposiciones de los contratos celebrados entre particulares, no se trata, en estricto sentido, de un contrato de derecho privado, pues al ser celebrado por una entidad pública comporta también la aplicación de reglas propias del derecho público relativas a la competencia y a la formación de la voluntad de la administración pública, contenidas en el Código Contencioso Administrativo; posteriormente, con base en las disertaciones que se relacionan de manera sucinta a continuación, concluyó que EPM estaba facultada para declarar, a través de acto administrativo, el incumplimiento del referido contrato y, por tanto, para hacer exigible la cláusula penal.

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal señaló que, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, la administración pública tiene facultad para declarar, a través de acto administrativo, la ocurrencia del riesgo amparado y de cuantificar el perjuicio.

Señaló que, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en relación con la facultad de las entidades públicas para imponer multas, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, se inclina por la línea que acepta la existencia de esa facultad con base en las potestades de autotutela de la administración y el carácter ejecutivo que, como regla general, otorga el artículo 64 del Decreto 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En ese sentido, expresó que, según lo había manifestado previamente el Tribunal Administrativo de Antioquia, la imposición unilateral de multas es un acto administrativo que exterioriza el ejercicio de autotutela y comporta *“el ejercicio de una facultad excepcional, de la que la administración puede valerse en cualquier tipo contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que remite a la parte primera del Código Contencioso Administrativo, dentro*

⁸ Folios 343 a 363 y 370 a 390 del cuaderno 1.

de las cuales se encuentra precisamente la potestad de dictar decisiones ejecutivas y ejecutorias, esto es, actos administrativos”.

Con base en lo anterior, concluyó que, a pesar de que EPM es una empresa de servicios públicos domiciliarios, eso no le impide imponer multas y exigir el pago de la cláusula penal pecuniaria, siempre y cuando no exceda el valor asegurado; al tiempo que destacó que la facultad para retener el valor de la indemnización de perjuicios directamente de la garantía de cumplimiento del contrato, se definió en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, pues en ella se dispuso que ese amparo comprende el pago de las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva.

Agregó que la variación jurisprudencial presentada en relación con la imposición de las multas por parte de las entidades estatales debe resolverse según el principio de confianza legítima, relacionado, a su vez, con los principios de buena fe, seguridad jurídica y coherencia de las decisiones judiciales, dado que, para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados, la administración acogió la regla jurisprudencial vigente en ese momento.

Establecido lo anterior, el Tribunal procedió a analizar los actos administrativos demandados. Destacó que en la Resolución 263603, EPM consignó lo relativo al vencimiento del plazo contractual sin que se cumpliera el objeto pactado, a las comunicaciones remitidas tanto al contratista como a la Aseguradora respecto de ese hecho y de la imposición de multas y su valor, a esta última, con el fin de hacer efectiva la póliza de cumplimiento 916942, a los argumentos expuestos por ellas al respecto y a la determinación de la entidad pública de mantener la decisión de cobrarlas; además, citó las partes de la 263603 que hizo alusión a los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y en las que se señaló que se calculaban de conformidad con el Sistema de Intercambios Comerciales –SIC- y, con base en todo ello concluyó que en el acto administrativo sí se dio cuenta de los motivos por los cuales se hizo efectiva parcialmente la póliza de cumplimiento por valor de US\$5.008.295,14.

Más adelante, en la misma providencia y con base en varios de los testimonios rendidos en el proceso, el Tribunal encontró acreditado que la Unión Temporal contratista incumplió el contrato, porque no lo ejecutó en el plazo pactado y, aunque la planta termoeléctrica La Sierra se declaró en operación en el sistema de energía en el mes de enero de 2001, para ese momento no tenía la capacidad ni la eficiencia térmica contratada, pues la obra se entregó a satisfacción el 22 de febrero de 2001. Agregó que el incumplimiento obedeció a causas imputables exclusivamente al contratista, en tanto el equipo debía funcionar correctamente sin causar traumatismo alguno, lo cual no sucedió.

Destacó que el incumplimiento del plazo acordado como una causal para imponer multas al contratista se previó en el numeral 3.13.2 del pliego de condiciones, evento que quedó cobijado por la póliza de cumplimiento 916942 expedida por la Aseguradora, por lo cual no es procedente que, después de ocurrido el siniestro, la compañía se excuse en que la multa se impuso vencido el plazo contractual;

además de que la declaratoria del siniestro se hizo dentro del término de vigencia de la referida póliza.

Agregó que en el numeral 3.17 del pliego de condiciones se convino, a título de cláusula penal pecuniaria en caso de declararse el incumplimiento del contrato o su terminación anticipada por causas imputables a la contratista, el 10% del valor total del contrato como pago parcial, pero definitivo de los perjuicios causados EPM, por lo cual, como las partes no distinguieron entre daño emergente y lucro cesante, se entiende que la indemnización anticipada de perjuicios comprendió ambos conceptos.

Finalmente, consideró el Tribunal que a la Resolución 280201 se anexó un documento explicativo sobre la estimación de los perjuicios derivados del retraso en la entrada en funcionamiento de la planta termoeléctrica La Sierra y que, según el dictamen pericial rendido en el proceso, esa estimación fue correcta⁹.

II. LOS RECURSOS INTERPUESTOS

La parte demandante y General Electric Company, General Electric International Inc. Sucursal Colombia y Parsons Group International Ltd., presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia del 25 de abril de 2012 con el objeto de que se revoque en su integridad la providencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su oposición expresaron lo que la Sala se permite resumir a continuación:

2.1. La Aseguradora

- Señaló que, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, al contrato le son aplicables íntegramente las normas del derecho privado y, por tanto, EPM carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados, básicamente, por las mismas razones expresadas en la demanda.

Precisó que *i)* no está en discusión que el contrato 3303775 garantizado por la Aseguradora se rigió por las normas del derecho privado, *ii)* que la jurisdicción competente para conocer del asunto es la contencioso administrativa y *iii)* que no cuestiona si la demandada puede o no expedir actos administrativos, pues la Ley 142 de 1994 la faculta para ello en casos especiales, sino que lo que discute es si podía expedir los que fueron demandados en este proceso, para lo cual, afirmó, carece de habilitación, pues, al tratarse de un contrato regido por el derecho privado, no podía actuar investida de prerrogativas que la ley no le ha conferido, sino que debía hacerlo en igualdad de condiciones con los particulares, en tanto las decisiones que adoptó a través de las resoluciones cuestionadas no están entre aquellas que legalmente puede proferir de manera directa y unilateral. Agregó que, según la jurisprudencia de esta Corporación, en los contratos de derecho privado es el juez quien debe definir la responsabilidad frente al

⁹ La sentencia obra a folios 151 a 181 del cuaderno principal.

incumplimiento contractual, imponer multas y declarar incumplimiento con fines de hacer efectiva la cláusula penal y no las partes unilateralmente, lo mismo que se predica respecto de la declaratoria de ocurrencia del siniestro. Como sustento de este argumento, citó las sentencias proferidas por esta Corporación el 21 de octubre de 1994 (exp. 9288), 19 de agosto de 2004 (exp. 12342) y 23 de septiembre de 2009 (exp. 24639).

Con base en lo anterior, agregó que la contratista tenía derecho a que fuera el juez quien definiera su comportamiento contractual y que, por esa misma razón, tratándose de un seguro de cumplimiento “*entre particulares*”, que garantiza un contrato “*entre particulares*”¹⁰, era también el juez quien debía pronunciarse respecto de las objeciones de la Aseguradora frente a la reclamación.

Mencionó que al contestar la demanda EPM aceptó que consultó a la Aseguradora acerca de cómo proceder y repitió que la demandante le señaló que debía hacerlo a través de reclamación, como lo dispone el artículo 1077 del Código de Comercio, pero no la presentó, pues las comunicaciones remitidas por la entidad pública respecto del incumplimiento y la imposición de multas no responden al concepto de reclamación previsto en las normas que rigen el contrato de seguro; en cambio, expidió las resoluciones demandadas, con lo cual pretermitió las reglas del derecho privado aplicables al caso, especialmente, las leyes 142, 143 de 1994 y 689 de 2001, así como los artículos del Código de Comercio que regulan lo relativo a la demostración del siniestro y su cuantía.

Insistió en que el Gerente de EPM carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados y, por tanto, que se violaron los artículos 6, 121 y 122 constitucionales.

Aseveró que no es de recibo la tesis planteada por la demandada, según la cual “*el contrato de seguro de cumplimiento alude al hecho de que se expida una resolución que declare el riesgo, este hecho le atribuye competencia al Gerente General de EPM para expedir los actos acusados*”, pues la competencia debe provenir de la Constitución o de la Ley, pero no de un contrato y que, por ello, la actuación de la entidad pública configura una “*verdadera vía de hecho*”, por defecto orgánico.

Señaló, además, que, al liquidar unilateralmente la cuantía del perjuicio, EPM violó los artículos 1077, 1080 y 1088 del Código de Comercio, pues ninguna cláusula contractual le permite hacerlo.

- En segundo lugar, adujo que se vulneró el derecho fundamental de igualdad, porque frente a la contratista EPM no expidió acto administrativo para declarar multas y tampoco para hacer efectiva la cláusula penal, pero sí lo hizo frente a la Aseguradora para declarar la ocurrencia del riesgo, es decir, el incumplimiento.

¹⁰ Se refiere a que EPM debía actuar como un particular.

En ese mismo sentido, señaló que la demandada resolvió hacer efectiva parcialmente la cláusula penal contra la Aseguradora, sin antes haberla cobrado al contratista, lo cual, afirmó, es abiertamente inadmisibles, pues la primera no puede estar obligada a aquello que la contratista no lo está, además de que, si la demandante llegara a pagar, eventualmente podría alegarse que no tiene derecho sobre el cual subrogarse frente a la contratista, pues EPM no le exigió responsabilidad alguna, a pesar de ser el presupuesto de la configuración del siniestro.

- Reiterando los argumentos expuestos en la demanda, se refirió a la incompetencia temporal del Gerente General de EPM para imponer las multas, así como a la imposibilidad de acumular multas con cláusula penal pecuniaria.

- Nulidad por falsa motivación

Insistió la apelante en que la capacidad remunerable teórica calculada por EPM es inferior a la que calcula el Sistema de Intercambios Comerciales, a pesar de lo cual la entidad pública optó por la más gravosa para la contratista. Al respecto, destacó que, según lo dictaminado por el perito, entre uno y otro cálculo existen diferencias, debido a que *“la disponibilidad comercial promedio en el mes de diciembre de 2000 con la que EPM realiza los cálculos es diferente a la disponibilidad comercial promedio que se encuentra en los archivos emitidos por la SIC”*.

Agregó que, al comparar el resultado derivado de las cuentas de EPM frente al que se derivaría de la liquidación realizada por el perito, se obtiene una diferencia de US\$1.515.695,51, en tanto que en el dictamen se liquidó una pérdida para la entidad pública de US\$7.794.824,42, por tanto, al restar el valor de la suma compensada y retenida al contratista, se obtiene un resultado de US\$ 1.111.054,42, que se incrementa a US\$3.492.599,63, al sumar la cifra correspondiente a multas, frente a US\$5.008.295,14 que fue el valor calculado por la entidad.

Además de lo anterior, el recurso reitera lo señalado en la demanda en relación con la insuficiente motivación del acto.

- Violación del debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa

La parte apelante consideró vulnerados los derechos enunciados, por haberse impuesto unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria y, además, porque la última no estuvo precedida de audiencia del afectado y solo fue impuesta a la Aseguradora, lo cual sustentó en el artículo 29 constitucional, en algunos pronunciamientos de esta Corporación y en otros de la Corte Constitucional.

- Violación de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. La parte apelante reiteró lo mencionado al respecto en la demanda y agregó lo dicho en el recurso frente a la diferencia entre el valor de los perjuicios calculados por

EPM y los que resultan a partir de las conclusiones a las que arribó el perito en el dictamen pericial¹¹.

2.2. Las sociedades vinculadas en calidad de terceros

En su recurso las sociedades indicadas señalaron que el Tribunal omitió el juicio de competencia que le fue planteado, pues se limitó “a la discusión sobre la posibilidad o no de que EPM hiciera efectiva la póliza, así como al incumplimiento del contrato”.

Expresaron que el Código Contencioso Administrativo no atribuye competencias a las entidades públicas, sino que regula procedimientos administrativos y judiciales, por lo cual no debe malinterpretarse su contenido para hacer derivar de allí facultades que no prevé frente a EPM y, en general, frente a ninguna entidad pública.

Agregaron que, en virtud de la motivación que deben contener los actos administrativos, EPM debía demostrar su competencia para expedir los demandados, pero que no lo hizo, porque no existe norma jurídica que la habilitara para el efecto.

Señalaron también que, según el testimonio rendido por un funcionario de EPM, el condensador de la planta debía funcionar con o sin los 1500 tubos adicionales y, como los que se rompieron no superaron los 30, el testigo, según dijeron las apelantes, admitió que la planta sí estaba en condiciones de entrar a operar y que, por eso, no se justificaba la declaratoria de ocurrencia del siniestro amparado por la póliza contratada con la Aseguradora.

En lo demás, reiteraron los argumentos de su intervención en primera instancia¹².

2.3. De manera oportuna la parte demandante¹³, la demandada¹⁴ y los terceros intervinientes¹⁵ presentaron alegatos de conclusión, todos para insistir en los argumentos que presentaron en defensa de sus intereses en el curso del presente proceso. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Jurisdicción y competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda -13 de marzo de 2003-, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las

¹¹ Folios 185 a 214 del cuaderno principal.

¹² Folios 215 a 225 del cuaderno principal.

¹³ Folios 300 a 337 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 256 a 299 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 338 a 359 del cuaderno principal.

*entidades públicas*¹⁶, por lo cual esta Jurisdicción Especializada es la competente para conocer de la presente controversia, teniendo en cuenta que el litigio se origina en unos actos expedidos por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.¹⁷, empresa industrial y comercial del orden municipal¹⁸.

Al respecto, cabe señalar que, si bien al momento de presentación de la demanda instaurada por la Aseguradora no existía un criterio uniforme en relación con la jurisdicción competente para conocer de los litigios originados en la actividad contractual y extracontractual de las Empresas de Servicios Públicos¹⁹, lo cierto es que en la actualidad el tema es pacífico y se ha definido en razón del criterio orgánico que determina la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en consideración de la naturaleza de las entidades públicas y no del régimen jurídico aplicable a sus actos y contratos²⁰.

Además, la Sala es competente para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la pretensión de mayor contenido económico de la demanda se estimó en la suma de US\$5.008.295,14²¹, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$166.000.000)²² exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

3.2. Cuestiones previas

Antes de determinar los asuntos que constituyen el objeto de la litis en esta instancia y de abordar su estudio, la Sala estima necesario referirse a dos cuestiones previas relacionadas con el alcance de la apelación; la primera, frente a la *causa petendi* planteada desde la primera instancia, y la segunda frente al deber de sustentación.

Se advierte que las normas procesales a las que se hará referencia en este asunto son las contenidas en el Código Contencioso Administrativo, aplicables al caso de

¹⁶ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.*

¹⁷ Acuerdo municipal 12 del 28 de mayo de 1996, por medio del cual se adoptan los estatutos de la empresa industrial y comercial del Estado Empresas Públicas de Medellín EPM (folios 442 y 443 del cuaderno 1).

¹⁸ Artículo 68, parágrafo 1 de la Ley 489 de 1998.

¹⁹ El recuento sobre esta materia se puede consultar en providencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación el 8 de febrero de 2007, exp. 30903.

²⁰ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera de esta Corporación, proferidas en procesos que se originaron en demandadas que, como la que ahora ocupa la atención de la Sala, se presentaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006: Subsección A, sentencias del 10 de febrero de 2016 (exp. 38696), 20 de febrero de 2020 (43766); Subsección B: sentencia del 30 de mayo de 2018 (exp. 39498; y, Subsección C, sentencias del 20 de febrero de 2017 (exp. 56562) y 8 de junio de 2018 (exp. 38120).

²¹ Equivalente en pesos a \$14.834.520.121,72, según la TRM vigente a la fecha de presentación de la demanda (\$2.961,99, tomada de <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>).

²² Con fundamento en el salario mínimo legal vigente en el año 2003 (\$332.000).

conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la demanda se instauró antes de su entrada en vigencia, y las normas del Código de Procedimiento Civil, aplicables al caso, de conformidad con las reglas de tránsito de legislación previstas en el artículo 625 del Código General del Proceso, especialmente la contenida en el literal c) del numeral 1²³, puesto que el proceso ordinario entró a despacho para fallo en segunda instancia el 23 de enero de 2013, esto es, antes de la fecha en la que, según la posición unificada de la Sección Tercera de esta Corporación, entró a regir ese Código en la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴.

3.2.1. *Causa petendi* – variación en segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia debe guardar coherencia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*” contempladas en ese Código, así como con las excepciones probadas que hubieren sido alegadas, si así lo impone la ley. Según el inciso segundo de ese mismo artículo, nadie puede ser condenado por objeto o causa distinta a la alegada en la demanda.

El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia que rige la función del juez de proferir sentencias, al fijar el marco de su competencia a partir de los hechos y las pretensiones alegadas en la demanda, complementados con los argumentos de defensa que la contraparte plantee frente a ellos, con el objeto de impedir que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el curso del proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio; por ello, se erige como una garantía del derecho fundamental al debido proceso, pues el pronunciamiento judicial únicamente puede recaer sobre lo alegado, pedido y excepcionado oportunamente.

Por lo anterior, no le es dable al juez ni a las partes modificar la *causa petendi* mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda²⁵, su corrección o adición²⁶, momentos que la ley dispuso para que se precise la extensión, contenido y alcance de la controversia que se propone y frente a los cuales se garantiza la oportunidad de la contraparte para pronunciarse al respecto.

²³ “**ARTÍCULO 625. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN.** Los procesos en curso al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:

1. Para los procesos ordinarios y abreviados:

“(…)

“c) Si en el proceso se hubiere surtido la etapa de alegatos y estuviere pendiente de fallo, el juez lo dictará con fundamento en la legislación anterior. Proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación”.

²⁴ 14 de enero de 2014, auto del 25 de junio de 2014, exp. 49299.

²⁵ Artículo 137 del Decreto 01 de 1984, normativa aplicable al presente caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 que señala que “Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

²⁶ Artículo 208 del Decreto 01 de 1984.

Surge de lo anterior, que los elementos referidos a los hechos y las pretensiones de la demanda permiten delimitar el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento y, por eso, no pueden ser modificados o adicionados por fuera de las oportunidades legalmente previstas para ese propósito.

Ahora bien, revisado el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia del 25 de abril de 2012 y contrastado con el escrito de la demanda, observa la Sala que, en lo que concierne a los cargos de “LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD” y “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA”, en lo que enseguida se precisará, se varió la *causa petendi* con la que se dio inicio al proceso, razón por la cual la Sala no se pronunciará al respecto, pues hacerlo implicaría desconocer el principio de congruencia que rige la labor del juez, sobrepasar los límites de la competencia fijada en función de las razones de hecho y de derecho expresadas en el libelo introductorio y vulnerar el derecho de defensa y contradicción de la contraparte.

En aras de la transparencia de la decisión, se destaca que, como fundamento del primero de los mencionados cargos de la apelación, además de otros argumentos que sí se alegaron en la demanda, aunque no bajo el mismo título jurídico –la violación del derecho a la igualdad-, la parte actora señaló que EPM vulneró ese derecho, porque en contra de la unión temporal contratista no expidió acto administrativo para declarar su incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal; en cambio, sí lo hizo frente a la Aseguradora para declarar la ocurrencia del siniestro²⁷.

Agregó que en las resoluciones demandadas no se indicó que se hubiera hecho efectiva la cláusula penal en contra de la contratista y que, en esas condiciones, hacerlo en su contra es inadmisibles, “*por cuanto mal puede estar la aseguradora obligada a aquello a que el contratista no está obligado*”, pues el riesgo que asumió está vinculado al incumplimiento de la unión temporal y a que ésta resulte obligada a responder por los perjuicios que hubiere causado.

En suma, lo que alega en esta instancia y que no discutió en la demanda, es que para que pudiera proceder en su contra la obligación de pagar la suma que aseguró por concepto de cláusula penal pecuniaria, primero se debía declarar el incumplimiento del contrato y la efectividad de la cláusula penal y, además, antes de hacer efectiva la garantía, se debía cobrar esa obligación a la unión temporal.

²⁷ En la demanda, en el acápite que se denominó “*Nulidad por incompetencia del funcionario derivada de la oportunidad para imponer multas*”, entre otras cosas, mencionó: “*De otra parte, en realidad, las multas nunca fueron impuestas porque no se expidieron los actos administrativos respectivos, luego mal puede cobrarse lo que no se ha impuesto antes. En cualquier caso, como ya se dijo, había precluido la oportunidad de imponerlas. Las cartas informativas de las multas fueron expedidas cuando ya estaba vencido el término del contrato*”. Este argumento no se extendió al de la cláusula penal (folio 27 del cuaderno 1).

En el segundo cargo de la apelación, alegó la Aseguradora que se violó el debido proceso, específicamente, el derecho de defensa, porque, además de lo argüido en esta instancia frente a la presunta violación al derecho a la igualdad, la aplicación de la cláusula penal no estuvo precedida de audiencia del afectado.

En este punto, es pertinente precisar que en la primera instancia la demandante, de manera subsidiaria, señaló que, en caso de que llegara a considerarse que al contrato le eran aplicables las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, debía declararse la nulidad de las resoluciones demandadas por violación de las normas de la Ley 80 de 1993 y, bajo ese supuesto, expresó que se violó principio de transparencia consagrado en los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en que ***“la resolución No. 263606 no se toma el trabajo de explicar la manera de estimar los perjuicios, pues hace apenas una somera mención a un ‘Sistema Intercambios Comerciales SIC’, que, como antes dijimos, no se conoce y no hace parte del contrato y, por lo mismo, no fue posible conocerlo y tampoco formular observaciones, lo que abiertamente transgrede el principio de transparencia...”*** (negritas fuera de texto). En el recurso de apelación, la parte demandante indicó expresamente que no discute que el régimen jurídico aplicables es, íntegramente, el derecho privado y no reiteró sus argumentos subsidiarios.

En ese mismo sentido, en otro acápite de la demanda dirigido a señalar que EPM no probó la existencia del siniestro ni su cuantía, se señaló que la Resolución 263603 se limitó a señalar que los perjuicios por concepto de pérdida de capacidad remunerable se calcularon con la metodología empleada por el Sistema de Intercambios Comerciales –SIC- y que, a pesar de que eso no se había convenido en el contrato y, por tanto, no era conocido por la Aseguradora ni por la contratista, solo en la Resolución 280201 la entidad pública dio cuenta de lo que le sirvió de guía para calcularlos, al anexar un documento con las notas explicativas sobre la estimación de los perjuicios por retaso en el inicio de la operación comercial de la planta termoeléctrica La Sierra, por lo cual, según dijo, no hubo oportunidad de controvertir al respecto.

En ese contexto, advierte la Sala que el sustento fáctico con el que en esta instancia se alega la violación del debido proceso, difiere del que se mencionó en la primera para fundamentar la falta de demostración del siniestro y su cuantía, así como la violación del principio de transparencia consagrado en la Ley 80 de 1993, pues en el recurso de apelación lo que aduce es que *“la imposición de la cláusula penal no estuvo precedida de audiencia del afectado...”*, mientras que en la demanda lo que se arguyó, básicamente, fue que en la Resolución 263603 no se sustentó de manera suficiente la forma cómo se calcularon los perjuicios, lo que pone en evidencia la variación de la *causa petendi* en lo que a este supuesto respecta.

Así las cosas, como la Sala (i) no encontró que las pretensiones de la Aseguradora desde la demanda se hubieren fincado en estas inconformidades; (ii) que éstas estuviesen comprendidas dentro de las que sí se alegaron; (iii) que se

hubieren adicionado a la demanda en la oportunidad procesal prevista para ello; o (iv) que comporten un aspecto que de oficio deba ser resuelto por el juez, no es posible abordar su conocimiento en esta instancia, pues, por las razones que ya se expresaron, hacerlo implicaría desconocer el principio de congruencia y violar el derecho de defensa de la contraparte; por tanto, no se emitirá ningún pronunciamiento al respecto.

3.2.2. La sustentación del recurso de apelación

El artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, antes y después de la modificación incorporada por el artículo 37 de la Ley 1395 de 2010, exigía a la parte inconforme con la decisión de primera instancia sustentar su impugnación y, por tanto, imponía en cabeza del recurrente la carga de manifestar sus reparos frente a las razones que sirvieron de sustento a la decisión que considerara errónea o contraria a derecho, obligación que, valga señalar, se mantuvo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011²⁸.

En ese mismo sentido, aunque con una claridad mayor, el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil disponía que *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”* y el artículo 352 ibídem señalaba que *“El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo (...), so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”* (negritas fuera de texto), obligación que se mantuvo y reafirmó con la entrada del Código General del Proceso²⁹.

A partir del contenido de los citados artículos, diáfano es que la carga de sustentación que corresponde cumplir a la parte recurrente no se satisface con la simple manifestación de disenso frente a la providencia recurrida, tampoco con la solicitud de que se revoque para que, en su lugar, se acceda a los intereses de la parte inconforme o con la mera reiteración de las razones expuestas en el curso de la primera instancia, bien sea en la demanda o en la contestación. No, lo que la ley impone es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en aquello que se considere desfavorable, no solo porque la decisión sea contraria a los intereses de quien la impugna, sino porque exista en realidad, a su juicio, una razón por la que piense que lo fallado en primera instancia no corresponde, en derecho, a la decisión acertada, lo cual, por tanto, delimita el marco al que debe sujetarse el juez al revisar la sentencia recurrida.

En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“el deber de sustentar este recurso [el de apelación] consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para*

²⁸ Artículo 247.

²⁹ **ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN.** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*
“(…)”.

*interponer el recurso, o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatorio o modificación*³⁰.

Esta Corporación tampoco ha sido indiferente frente al cumplimiento de esta exigencia y, en ese sentido, ha señalado que *“el recurso de apelación se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación a esos aspectos*³¹ y, en otra oportunidad, expresó:

“... el presupuesto sine qua non de la sustentación del recurso de apelación es la referencia clara y concreta que el recurrente haga de los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, para efectos de solicitarle al superior jerárquico funcional que decida sobre los puntos o aspectos que se plantean ante la segunda instancia, tendientes a dejar sin sustento jurídico aquellos, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponder hacer dichas confrontaciones, en orden a concluir si la sentencia merece ser o no confirmada”.

Asimismo, esta Subsección en varias oportunidades ha señalado que *“el marco de la competencia del juez en segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, razón por la cual, no basta con la simple interposición del recurso o con la manifestación general de no estar conforme con la decisión apelada, toda vez que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la litis presentada*³².

En esa misma línea, el profesor Hernán Fabio López Blanco enseña que *“Al estudiar las diversas clases de recursos se observa que todos deben ser motivados, es decir que no basta el deseo de la parte de recurrir de una determinada providencia, sino que debe indicar el porqué de su inconformidad debidamente fundamentada*³³.

En este caso, observa la Sala que, en parte, el recurso reproduce los argumentos expuestos en la demanda, sin detenerse expresamente a cuestionar las razones por las cuales se negaron sus pretensiones, lo que podría conducir, en principio, a advertir una falta de sustentación de la impugnación y, por tanto, a confirmar, sin más, la sentencia impugnada; sin embargo, al confrontar el escrito de la apelación con los apartes pertinentes del fallo que se impugna, la Sala puede inferir razonadamente, frente a la mayoría del recurso, cuáles son las razones de disenso frente a la sentencia del 25 de abril de 2012, así:

³⁰ Corte Suprema de Justicia, providencia del 30 de agosto de 1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. Tomado Consejo de Estado, auto del 17 de marzo de 1995, exp. 3250.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de julio de 2015, exp. 25000 23 24 000 2004 00228 01.

³² Al respecto se pueden consultar las sentencias del 14 de mayo del 2014 (exp. 31.469) y del 31 de enero de 2019, (exp. 52663).

³³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio *“CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO PARTE GENERAL”*, Editorial DUPRE Editores, Bogotá, 2017, pág. 775.

-En relación con la competencia de EPM para expedir las Resoluciones 263603 y 280201 de 2002, en el recurso se reitera lo expresado en la demanda y, si bien no se hace una referencia específica frente a los argumentos en los que se fundó la decisión del *a quo*, referidos, principalmente, a que el contrato amparado por la póliza 916942 no era en estricto sentido de derecho privado, porque al ser celebrado por una entidad pública también le eran aplicables las reglas relativas a la competencia y a la formación de la voluntad de la administración pública, contenidas en el Código Contencioso Administrativo, específicamente en los artículos 64 y 68 de esa normativa, que lo llevaron a concluir que la demandada podía declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía de cumplimiento; lo cierto es que la parte recurrente sí manifestó que al referido contrato le eran aplicables “*íntegramente*” las normas del derecho privado y que, por ello, EPM carecía de competencia para exigir unilateralmente multas y cláusula penal³⁴ y para expedir los actos acusados, lo que permite a la Sala entender que la reiteración de los argumentos de la demanda frente al régimen del negocio jurídico se hizo con el objeto de sustentar este argumento, cuyo objetivo, evidentemente, es derruir el acogido por el Tribunal en la primera instancia.

- En lo que concierne a la motivación de las resoluciones demandadas, después de analizar su contenido, el Tribunal consideró que sí existió, porque en ellas se hizo alusión al vencimiento del plazo contractual sin que se cumpliera el objeto pactado, a las comunicaciones remitidas al contratista y a la aseguradora sobre ese hecho, a la imposición de multas, a su valor y a la tasación de perjuicios, así como a la oposición de la contratista y la Aseguradora al respecto; aspectos todos que desde la primera instancia la recurrente consideró insuficientes, pues, como insiste en el recurso –aunque sin hacer una referencia expresa frente al análisis del *a quo*–, a su juicio, más allá de eso, la entidad pública debía expresar lo que hacía falta para terminar la obra y dar cumplimiento al contrato, señalar si la planta estaba o no en condiciones de iniciar su operación comercial, si ello ocurrió o no, dar cuenta de la razón de ser de las multas y explicar con suficiencia el sistema utilizado para calcular los perjuicios.

En ese contexto, se considera que, pese a que no se hizo alusión expresa frente a lo señalado al respecto por el Tribunal, materialmente es posible inferir de manera razonada el motivo de inconformidad en lo que a este punto de la sentencia concierne.

-En relación con el cargo de falsa motivación que se sustentó en el valor de los perjuicios tasados por EPM, el recurso refiere expresamente que, con el dictamen pericial rendido en el proceso, se logró acreditar que la liquidación efectuada por la entidad pública no se ajustó a la realidad, lo cual resulta suficiente para entender que difiere de la posición del Tribunal en cuanto consideró que la empresa realizó una estimación correcta de su valor. Lo mismo se predica en relación con el cargo de falta de proporcionalidad de la cláusula penal, que se sustentó desde el inicio del proceso en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

³⁴ Esto, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que citó.

- No obstante, frente al mismo cargo de falsa motivación, pero soportado en lo que, según la demandante, fue una inexplicable actualización del valor de la multa después del momento en el que entró en operación la planta termoeléctrica – entre el 6 de enero y el 12 de febrero de 2001– y en lo concerniente al cargo de falta de competencia temporal para imponer multas en virtud del vencimiento del contrato e imposibilidad de acumularlas con la cláusula penal, la Sala no puede arribar a la misma conclusión, toda vez que los motivos en los que se fundó el *a quo* para no conceder razón en estos puntos a la parte demandante, se basaron, de un lado, en el análisis de los testimonios que se rindieron en el proceso y, de otro, en el contenido obligacional del contrato, específicamente, en el surgido a partir del numeral 3.13.2 del pliego de condiciones, frente a lo cual en el recurso no se manifestó ningún reparo, pues, salvo la actualización del sustento jurisprudencial reseñado inicialmente, se reiteraron, sin más, los argumentos expresados inicialmente en la demanda.

-En lo relacionado con la imposición de las multas entre el 6 de enero y el 12 de febrero de 2001, es necesario destacar que, después de analizar los testimonios que se rindieron en el proceso, el Tribunal encontró probado que ***“el contratista incumplió el contrato por cuanto no cumplió con el plazo previsto y si bien es cierto, la termoeléctrica se pudo declarar en operación en el sistema de energía, en el mes de enero de 2001, también lo es que, no tenía la capacidad ni la eficiencia térmica determinada en el pliego de condiciones. Solamente el contratista entregó a satisfacción la obra el 22 de febrero de 2001”*** (negritas fuera de texto) y seguidamente señaló, refiriéndose al numeral 3.13.2. del pliego de condiciones, que *“el incumplimiento del plazo por parte del contratista es una causal expresamente determinada en el pliego de condiciones como generadora de sanción”*.

Al transcribir los argumentos de la demanda en el recurso de apelación, la parte impugnante se limitó a repetir que la actualización de la multa entre el 6 de enero y el 12 de febrero era inexplicable, pero no presentó censura alguna frente a la razón que encontró el Tribunal como justificante de esa situación con base en la prueba testimonial; por tanto, con ese insumo ni siquiera es posible avanzar en un esfuerzo interpretativo que permita inferir razonadamente que, más allá del deseo de impugnar una decisión contraria a los intereses de la Aseguradora, ésta tuviere un motivo real y serio de disenso frente a este punto de la sentencia y, por eso, ante la falta de sustentación del recurso, es imposible que la Sala aborde en esta instancia el análisis de este aspecto.

-En lo que concierne a la competencia temporal para imponer las multas y acumularlas con la cláusula penal, encuentra la Sala que para resolver ese aspecto el Tribunal se basó en el contenido del numeral 3.13.2 del pliego de condiciones, en el que se estipuló expresamente que, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, el incumplimiento del plazo para la ejecución del contrato daría lugar a la imposición de una multa equivalente al 0.3% del valor total del contrato por cada día de retraso, que los perjuicios causados por ese mismo hecho se harían efectivos separadamente, hasta por un tope máximo

equivalente al 10% del valor total del contrato y, asimismo, que las multas ascenderían máximo a ese porcentaje, a partir de lo cual, el *a quo* concluyó:

“La multa es un mecanismo de coacción para que el contratista cumpla el contrato en la forma establecida en el pliego de condiciones y el contrato, a los cuales se sometieron tanto las Empresas Públicas de Medellín como la unión temporal... Así mismo, la Aseguradora de Fianzas S.A. al garantizar el cumplimiento del contrato avala el cumplimiento del plazo, elemento fundamental del contrato.

*“Dado que Seguros Confianza garantiza por medio de la póliza No. 0916942 la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades del Estado, ampara el cumplimiento de las obligaciones surgida del contrato 330775, el incumplimiento del plazo de dicho contrato se encuentra amparado por la aseguradora, dado que es una de las obligaciones del contratista cumplir con las condiciones estipuladas en el contrato dentro del plazo acordado por las partes, por lo tanto, **no es procedente que la aseguradora después de ocurrido el incumplimiento del contratista se excuse con el hecho de que la multa se impuso después del vencimiento del plazo, puesto que precisamente para exigir el valor de la multa por incumplimiento del plazo, las Empresas Públicas de Medellín debían esperar a que venciera dicho término para establecer que efectivamente el contratista no cumplió con las obligaciones del contrato para la fecha acordada por las partes**” (negritas fuera de texto).*

No encuentra la Sala en el recurso de apelación ningún reproche frente a la lectura y alcance que el Tribunal le dio al numeral 3.13.2 del pliego de condiciones, específicamente, en lo que corresponde a que las multas se causarían por el vencimiento del plazo contractual, al alcance que le atribuyó al contrato de seguro respecto de ese numeral, tampoco observa que se hubieran expresado razones de oposición frente al contenido de esa estipulación; en cambio, lo que sí se advierte es que, en ese punto, la recurrente se limitó a repetir lo expresado en la demanda en el sentido de afirmar la improcedencia de aplicar multas después de vencido el plazo contractual, de una parte, por incompetencia temporal de la entidad pública demandada y, de otra, por imposibilidad de acumularlas con la cláusula penal, cuando lo que razonó el *a quo* fue, básicamente, que ello fue posible, porque así se pactó en el contrato cuyo cumplimiento la Aseguradora amparó³⁵.

Precisado lo anterior, para la Sala, resulta imperioso insistir en que a través del recurso de apelación – que garantiza el derecho a la doble instancia en los términos del artículo 31 constitucional– se estableció una regla general por cuya virtud, las decisiones judiciales, particularmente las sentencias, pueden ser impugnadas ante un juez superior; de manera que este recurso, siendo un mecanismo de control de la actividad judicial, vinculado al ejercicio del derecho de defensa, impone como ineludible a cargo de quien promueve este destino, la expresión razonada de los motivos de inconformidad que se tienen respecto de la decisión judicial que es objeto de censura.

³⁵ Se advierte que este análisis se refiere exclusivamente a la temporalidad en la aplicación de las multas y su acumulación con la cláusula penal y no a la facultad de EPM para exigir las unilateralmente, asunto del que, como ya se anunció, la Sala se ocupará más adelante.

No obstante, llama la atención de esta Corporación que, en la práctica, y con cierta frecuencia, la crítica jurídica que debe formularse en la apelación se limita a reproducir los argumentos de la demanda o de su contestación, sin mención alguna a los razonamientos vertidos en la sentencia de primer grado, es decir, sin dar a conocer, como corresponde, los fundamentos de disenso con la sentencia recurrida y su discordancia con el ordenamiento jurídico, que es lo que, en suma, justifica la eventual modificación de la decisión en segunda instancia.

En estas condiciones, resulta forzoso concluir que, en lo que a estos aspectos concierne, la parte demandante no cumplió con la carga que le correspondía en el sentido de sustentar el recurso de apelación, circunstancia que impide a la Sala abordar el análisis del tema, pues, como no se fijaron los criterios de disenso frente a estos puntos de la sentencia apelada, se la dejó desprovista de herramientas o elementos de juicio que le permitan revisarla. Recuérdese que son los reproches frente a la decisión recurrida los que fijan la competencia del juez en la segunda instancia, cuya función no puede ir al extremo de suponer las razones de inconformidad de la parte apelante frente a la sentencia y, por esa vía, de suplir las cargas que legalmente le han sido impuestas a ella.

En ese orden de ideas, proceder al estudio de lo alegado frente a la actualización del multa entre el 6 de enero y el 12 de febrero de 2001 y respecto de la temporalidad de la imposición de esa sanción y su acumulación con la cláusula penal, implicaría dejar de lado la existencia de la decisión del Tribunal y desconocer que, por vía del recurso, se abrió una instancia procesal diferente, cuyo propósito, según la ley, no es estudiar el asunto en su forma primigenia, como si nunca hubiere sido analizado, sino revisar la decisión impugnada de cara a los motivos de censura que le hubieren sido imputados.

Es importante advertir, además, que, por tratarse lo alegado de unas causales de nulidad autónomas frente a otras que, al menos, es posible inferir razonadamente que sí se sustentaron en la apelación y, además, en atención a que el análisis de las primeras no requiere ser abordado para resolver sobre las segundas, lo argüido frente a la actualización de las multas y a la temporalidad de su imposición en primera instancia no puede considerarse como un aspecto intrínseco de la apelación, pues no está comprendido en aquellas ni les es consustancial³⁶.

Adicionalmente, es pertinente señalar que los cargos aducidos en la demanda respecto de la actualización del valor de las multas, la temporalidad de su imposición y su acumulación con la tasación anticipada de perjuicios no constituyen asuntos que deban ser resueltos de oficio por el juez. En ese sentido, se advierte que no se observa, de forma manifiesta, que la cláusula 3.13.2 del pliego de condiciones esté viciada de nulidad absoluta, por tanto, no es procedente realizar un pronunciamiento oficioso al respecto³⁷.

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación proferida el 6 de abril de 2018, expediente 46005.

³⁷ Código Civil: "**ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>**. *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad 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 no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*".

Así las cosas, como materialmente la parte actora no manifestó reparos frente a lo resuelto en la sentencia del 25 de abril de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia en relación con esos temas, la Sala debe mantener el estado de las cosas frente a ellos, tal y como fue resuelto por el *a quo*.

Lo mismo que acaba de concluirse se predica en relación con el recurso de apelación presentado por las sociedades General Electric Company, General Electric International Inc. Sucursal Colombia y Parsons Group International Ltd., pues, salvo lo expresado respecto de la competencia de EPM para exigir multas y cláusula penal de manera unilateral y para expedir las resoluciones demandadas – temas que, como ya se anunció, sí serán analizados en esta instancia-, éstas (salvo en lo relacionado con el régimen jurídico aplicable al contrato y la competencia de EPM para expedir los actos demandados) reiteraron los argumentos que presentaron en el curso de la primera instancia, el cual, en términos generales, coincide con los argumentos presentados en la demanda de la Aseguradora, salvo en lo que concierne a la alegada imposibilidad de atribuir responsabilidad en su contra por el incumplimiento del plazo acordado para que la planta termoeléctrica entrara en operación, porque, según alegaron, el incumplimiento se debió a causas imprevisibles y porque, afirmaron, actuaron con diligencia para remediar la situación.

En lo que a ese aspecto concierne, es pertinente destacar que, con base en los testimonios rendidos en el proceso, el Tribunal encontró acreditado que *“Las causas del incumplimiento son imputables exclusivamente al contratista, ya que el equipo que se encontraba a su disposición debía funcionar correctamente y sin causar traumatismo alguno, lo cual no aconteció”*. Como en el recurso de apelación presentado por las terceras intervinientes, fuera de reiterar lo señalado en primera instancia, nada se dijo frente a esta conclusión, ni frente a las pruebas en las que soportó el *a quo* para arribar a ella, la Sala debe concluir que tampoco en este punto hubo sustentación y, por ello, quedó definido en la forma que resolvió el Tribunal, sin que sea posible en esta instancia reformarlo, por no haberse fijado reparos específicos al respecto.

No obstante, con base en uno de los testimonios rendidos en el proceso, alegaron que las fallas que se presentaron en los tubos del condensador no impedían que la planta entrara en operación, por lo cual, según dijeron, no era procedente hacer efectiva la garantía de cumplimiento. Si bien este argumento en nada incide frente a la existencia del incumplimiento que el Tribunal encontró probado y su imputabilidad a la contratista, dado que se basó en el análisis de una prueba que el Tribunal valoró como fundamento de su decisión, será abordado en esta instancia, únicamente para determinar si, por este aspecto, se justificaba o no hacer efectiva la garantía de cumplimiento.

3.3. El objeto de la apelación

Precisado y definido lo anterior, y en atención a que en el recurso no se insistió en: *i)* la violación del artículo 1088 del Código de Comercio, por incluir en la liquidación de perjuicios rubros que, según la Aseguradora, correspondieron a

lucro cesante³⁸; ii) la inimputabilidad del incumplimiento del contrato a la unión temporal por causas extrañas –un paro en el Magdalena medio y la rotura de los tubos del condensador-; y, iii) el amparo del siniestro por otras pólizas –la de transporte y la de montaje todo riesgo-, la Sala concluye que el objeto de apelación se circunscribe a estudiar los siguientes dos aspectos generales:

i) Si la Aseguradora estaba obligada a pagar el valor exigido por EPM, pero únicamente por las siguientes razones:

- La falta de competencia de la Asegurada para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal unilateralmente y expedir las resoluciones por medio de las cuales declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva parcialmente la póliza de seguro de cumplimiento. Para resolver este punto, la Sala deberá pronunciarse respecto del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de EPM para el momento de celebración del contrato 3303775 y, según lo anterior, establecer la naturaleza de los actos demandados.

- Desatado lo anterior, si es pertinente, la Sala deberá definir si EPM cumplió con las cargas que le correspondían, legal o contractualmente, para exigir a la Aseguradora el pago de la indemnización del siniestro que amparó. Este estudio comprende el de la inexistencia de acto administrativo que declarara multas en contra del contratista³⁹ que, a su vez, comportará el estudio de la alegada violación del proceso por no haber sometido la procedencia de imponer esa sanción al conocimiento de un juez; y el de la motivación de los actos.

ii) Si hay lugar a ello, la Sala deberá determinar si la Aseguradora está obligada a pagar a EPM el valor exigido por concepto de perjuicios, o si el monto de la obligación, en lo que a este punto concierne, es menor.

3.4. Motivación de la sentencia

3.4.1. El régimen jurídico de los actos y contratos celebrados por EPM

El 10 de noviembre de 1997⁴⁰, en consideración a su objeto social⁴¹ y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 142 de 1994⁴² y 2 de la

³⁸ En todo caso, este argumento fue resuelto expresamente por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el sentido de señalar que la cláusula penal se pactó en el contrato como tasación anticipada de perjuicios, por lo cual no había lugar a distinguir entre lucro cesante y daño emergente, argumento frente al cual ningún reparo se presentó en la apelación.

³⁹ Recuérdese que frente a la cláusula penal este aspecto no se alegó en la primera instancia y, al incluirlo en la apelación, se varió la *causa petendi* de la demanda.

⁴⁰ Así lo indica el Acuerdo 12 del 28 de mayo de 1998, por medio del cual se adoptaron los estatutos

⁴¹ “Las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. tiene como objeto social la prestación de los servicios 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. Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades propias complementarias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras” (Acuerdo municipal 12 del 28 de mayo de 1998, folios 442 y 443 del cuaderno 1).

⁴² “**ARTÍCULO 17. NATURALEZA.** Las empresas de servicios públicos son sociedad por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

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

“(…)” (negritas fuera de texto).

Ley 286 de 1996⁴³, la demandada, que para entonces era un establecimiento público, se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Empresas Públicas de Medellín ESP -EE.PP.M E.S.P.-⁴⁴, con lo cual quedó inscrita en el régimen especial contenido en la primera de las mencionadas leyes, a través de la que, en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 365⁴⁵, el legislador fijó el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, que comprende el de los actos y contratos de sus prestadores.

El Constituyente de 1991, a través del referido artículo 365, dio las pautas para que se modificara el modelo de gestión de servicios públicos en Colombia, pues, al permitir que puedan ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, dio paso para que se abandonara el sistema monopolístico antiguo que asignaba de manera exclusiva esa función a las entidades estatales y, por tanto, admitió que estos servicios se prestarán por iniciativa privada en concurrencia con la pública, sin despojar al Estado de las funciones de regulación, control y vigilancia.

Así, teniendo en cuenta que el artículo 333 constitucional protege la iniciativa privada y la libre competencia, el modelo de gestión propuesto por el constituyente de 1991 para la prestación de los servicios públicos requería de un marco jurídico que garantizara estos preceptos y, por tanto, que pusiera en igualdad de condiciones para competir a quienes desearan participar de esta actividad, sea el Estado o los particulares, pero sin olvidar que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional –artículo 365 constitucional-.

En ese contexto y en desarrollo de lo también dispuesto en el artículo 365 constitucional, en cuanto a que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, se expidió la Ley 142 de 1994, a través de la cual se estableció de manera especial e integral el régimen de los servicios públicos domiciliarios⁴⁶, teniendo como horizonte su papel preponderante en el marco del Estado social de derecho.

En efecto, el propósito que persiguió el legislador con la expedición de la Ley 142 de 1994 fue optimizar la eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos, al considerar que, debido al fracaso del modelo anterior –en el que la prestación de los servicios estaba exclusivamente a cargo del Estado-, era

⁴³ **“ARTÍCULO 2o. Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley”.**

⁴⁴ Acuerdo municipal 12 del 28 de mayo de 1996, por medio del cual se adoptan los estatutos de la empresa industrial y comercial del Estado Empresas Públicas de Medellín EPM (folios 442 y 443 del cuaderno 1).

⁴⁵ **“ARTÍCULO 365. 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.**

“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” (negritas fuera de texto).

⁴⁶ Aunque no se agota en esa sola materia.

necesario “*estimular formas de gestión que, por hallarse supeditadas a las preferencias de los usuarios, aseguren la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos...*”⁴⁷. Con ese objetivo, en el artículo 2 se dispuso que, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 334, 336 y 365 a 370 constitucionales, el Estado intervendrá en la prestación de los servicios públicos, con el fin de, entre otras cosas, garantizar su calidad y su disposición final para mejorar la calidad de vida de los usuarios, ampliar su cobertura, garantizar su prestación ininterrumpida y eficiente y salvaguardar la libertad de competencia y evitar la utilización abusiva de posición dominante.

En esa misma dirección, el legislador estableció que el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 cubre a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible⁴⁸, pero que no se agota ahí, sino que se extiende al de las actividades de las personas prestadoras de los servicios públicos definidas en el artículo 15, a las actividades complementarias definidas en el capítulo II y a otros servicios previstos en normas especiales de esa misma ley⁴⁹.

El artículo 15 de la Ley 142 de 1994 señaló que pueden prestar los servicios públicos las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esa ley los estuvieran prestando y se ajustaran a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, esto es, que adoptaran la forma de empresa industrial y comercial del Estado, obligación que, posteriormente, se reiteró con la expedición de la Ley 286 del 3 de julio de 1996, que otorgó a las “*entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994*” un plazo de dieciocho (18) meses para transformarse en “*empresas de servicios públicos*”, según lo definido en el ya mencionado artículo 17 de la Ley 142 de 1994, esto es, sociedades por acciones o empresas industriales y comerciales del Estado, naturaleza jurídica esta última que, como ya se dijo, fue la que, en cumplimiento de esa orden legal, adoptó Empresas Públicas de Medellín a través del Acuerdo municipal 069 del 10 de septiembre de 1997.

Además, el artículo 15 también dispuso que pueden prestar servicios públicos, entre otros, i) las empresas de servicios públicos que, a su vez, pueden ser oficiales⁵⁰, mixtas⁵¹ o privadas⁵²; ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de

⁴⁷Gaceta del Congreso No. 220, 19 de junio de 1993, página 3.

⁴⁸ En relación con la telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, el inciso 3 del artículo 3 de la Ley 1341 de 2009 dispuso que “*A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4º sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público*”.

⁴⁹ Ley 142 de 1994, artículo 1.

⁵⁰ Cuyo capital sea 100% público (artículo 14.5).

⁵¹ Cuyo capital sea mayoritariamente público –superior al 50%- (artículo 14.6)

⁵² Cuya capital sea mayoritariamente privado (artículo 14.7)

servicios públicos; y, iii) las organizaciones autorizadas conforme a esa ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas⁵³, con lo cual, en armonía con lo señalado en el artículo 365 constitucional, se abrió la posibilidad para que la iniciativa privada incursione en la prestación de los servicios públicos, sin excluir la participación del Estado en esa actividad, es decir, dio paso a la concurrencia de ambos sectores en ese campo.

En ese contexto y ante la necesidad de garantizar la concurrencia de los particulares y del Estado en condiciones de igualdad y libre competencia, como mecanismo idóneo, según el legislador, para lograr una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, inherentes a la finalidad social del Estado, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 estableció un régimen de derecho privado para los actos de todas las empresas de servicios públicos, pues señaló que, salvo que la Constitución o esa misma ley dispongan lo contrario, ese sería el régimen jurídico aplicable.

Con ese mismo propósito el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en su versión inicial⁵⁴, disponía que, por regla general, los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esa ley se regirían por el derecho privado, salvo que la misma señalara lo contrario, como, por ejemplo, en los contratos en los que, por disposición de las comisiones de regulación, las cláusulas exorbitantes fueran de obligatoria inclusión, pues, de ser así, *“todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”*⁵⁵.

En este punto es importante advertir que, pese a la falta de claridad de la redacción del inciso primero del referido artículo 31 en su versión inicial, esta Corporación entendió que lo que se debía concluir a partir de la remisión que ese artículo hacía al parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, era que, los contratos que tuvieran por objeto la prestación de alguno de los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, así como todos aquellos que estuvieran relacionados con el giro ordinario de sus negocios, se regían por el derecho común.

Ese mismo fue el entendimiento que le dio la Corte Constitucional a la remisión normativa del referido artículo, al señalar que *“En efecto, pretende la ley objeto de control [la Ley 142 de 1994] someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al*

⁵³ La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en el entendido que *“en el entendido de que tales organizaciones también podrán competir en otras zonas y áreas siempre que cumplan las condiciones establecidas en la ley”*. Sentencia C-741 de 2003.

⁵⁴ Vigente para la fecha de celebración del contrato 3303775.

⁵⁵ Inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, antes de la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001.

*parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa*⁵⁶.

Con todo, la polémica que pudo generar la redacción inicial del comentado artículo 31 fue superada con la modificación que introdujo el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, pues dispuso expresamente que *“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”* (negritas fuera de texto).

En lo que al inciso segundo concierne, se reiteró la facultad de las comisiones de regulación para hacer obligatoria, en cierto tipo de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, la inclusión de cláusulas exorbitantes y para facultar, previa consulta de la empresa interesada, su inclusión en otros, reiteró también que, cuando su inclusión sea obligatoria, lo relativo a esas cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por la Ley 80 de 1993 y extendió la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los *“actos y contratos”* en los que se utilicen tales cláusulas y/o se ejerciten esas facultades⁵⁷.

Surge de todo lo anterior que la Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos domiciliarios, es una normativa de carácter especial y, por tanto, su aplicación es preferente respecto de otras leyes y su campo se extiende al régimen de los actos y contratos de las empresas que pueden prestar servicios públicos⁵⁸.

En ese mismo sentido, es pertinente también precisar que el régimen de derecho común que como regla general adopta la Ley 142 de 1994 para los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esa ley no es un régimen exceptuado al de la Ley 80 de 1993, sino uno especial y principal, derivado de la competencia otorgada al legislador en el artículo 365 constitucional, que se define por el objeto sobre el cual recae y no por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico. Así lo dijo la Corte Constitucional:

“... el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el

⁵⁶ Sentencia C-066 de 1997.

⁵⁷ La Ley 1107 de 2006 modificó el artículo 82 del Decreto 01 de 1984 y adoptó un criterio orgánico para definir la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto definió que debe conocer de todas las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

⁵⁸ Al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1 de julio de 2015 (exp. 37197) y del 20 de febrero de 2017 (exp. 56562).

inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador”⁵⁹.

Adicionalmente, en consideración a que el objeto del contrato 3303775 del 19 de febrero de 1999, que fue amparado por la póliza 916942, consistió en la transformación de una obra destinada a la generación del servicio público de energía eléctrica, resulta pertinente mencionar que en el contexto previamente descrito y en desarrollo del artículo 365 constitucional, el legislador también expidió la Ley 143 de 1994, la cual, entre otras cosas, regula específicamente el régimen de generación, interconexión, transmisión y comercialización de electricidad en el territorio nacional, norma que, al igual que la Ley 142 de 1993, prevé la posibilidad de la participación en las actividades del sector de diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, en un contexto de libre competencia⁶⁰ y, en ese sentido, dispone que el régimen de contratación aplicable a las “*empresas públicas*” que presten el servicio de energía es el derecho privado, salvo cuando las Comisiones de Regulación de Energía y Gas impongan forzosamente la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común, caso en el cual “*todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”.

Se agrega que, si bien la Ley 143 de 1994 es la norma especial en lo que concierne a las actividades de generación, interconexión, transmisión y comercialización de electricidad en el territorio nacional, no excluye, salvo en lo que le sea contrario, la aplicación de la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 1 señala expresamente que su campo de aplicación cobija al servicio público domiciliario de electricidad, así como a la actividad de las personas que lo presten.

Por todo lo anterior, concluye la Sala que, dado que la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado de servicios públicos, sus actos y contratos están regulados por la Ley 142 de 1994 y, además, en lo que concierne a las actividades referidas, vinculadas al servicio de energía eléctrica, sus contratos están regidos principalmente por la Ley 143 de 1994 y, en lo que no se oponga, por la 142, salvo cuando se configure alguna de las excepciones previstas en esas mismas leyes o cuando la Constitución así lo disponga.

En ese mismo sentido, esta Subsección, en sentencia del 5 de julio de 2018 (exp. 54688) proferida en un proceso en el que también EPM fue demandada, señaló:

*“En relación con las anteriores disposiciones [se refiere al artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001) y al artículo 32 ibídem, cuyo texto no ha sido modificado desde la expedición de esa ley], debe resaltarse que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad y, con ello, **la constitucionalidad del régimen de derecho privado para la generalidad de los respectivos actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos**”⁶¹.*

⁵⁹ Sentencia C-066 de 1997.

⁶⁰ Artículo 7.

⁶¹ Cita original de la sentencia: Corte Constitucional, sentencia C-066/97, referencia: expediente D-1394, acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la Ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

“(…)

“Así las cosas, es cierto que el contrato 090325402 de 2 de febrero de 2006 se rigió por el derecho privado y que ni ese texto contractual ni la Ley 142 de 1994 eran fuente de competencia sustantiva para expedir un acto administrativo mediante el cual se declarara la materialización del riesgo de incumplimiento y se dispusiera la efectividad de la póliza de seguro” (negritas fuera de texto).

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que en el contrato 3303775 del 19 de febrero de 1999 que fue amparado por la póliza 916942 no se incluyeron cláusulas excepcionales⁶² y, por tanto, concluye que se rigió exclusivamente por el derecho común y que la entidad pública demandada, en el marco de este negocio jurídico, debía actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo.

A la misma conclusión se arriba en relación con el contrato de seguro en el que era asegurada EPM, correspondiente a la póliza 916942 tomada por la unión temporal General Electric Company, Parsons Group International Ltd. y General Electric International Inc, para garantizar, entre otros riesgos, el de incumplimiento del contrato 3303775 del 19 de febrero de 1999, pues no existe ni en la Constitución ni en la Ley 142 de 1994, excepción al artículo 32 de esta última normativa que faculte a las empresas de servicios públicos para imponer, con la fuerza ejecutiva y ejecutoria propias de un acto administrativo⁶³, la decisión unilateral de hacer efectiva la póliza de seguro en contra de la Aseguradora por la vía administrativa, lo que impone que, para tales efectos, debía actuar bajo las

“4. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. (...). // En efecto, pretende la ley objeto de control **someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, **el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario**, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.

“Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, 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**” (la negrilla no es del texto).

⁶² La Comisión de Regulación de Energía –CREG–, a través de comunicación del 20 de mayo de 2005, en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 6 de octubre de 2004, informó que:

“Después de revisar el archivo de la CREG no se encontró solicitud alguna de Empresas Públicas de Medellín referente a la solicitud de inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato No. 3303775 celebrado por ésta y la Unión Temporal General Electric Company y Parsons Group International Ltd., por lo que la CREG no ha emitido pronunciamiento al respecto.

“(…)

“Hasta la fecha la CREG no ha autorizado inclusión alguna de cláusulas exorbitantes en contratos celebrados por prestadores de servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas combustible” (folios 451 a 453 del cuaderno 1).

⁶³ Precisa la Sala, en este punto, que el acto administrativo bajo nuestro régimen constitucional y legal es expresión de función administrativa, capaz de imponerse sobre la voluntad del administrado, asunto que va más allá de la consideración pública del sujeto que lo emite.

reglas dispuestas para ello en el Código de Comercio, en concordancia con las contenidas en las condiciones generales de la póliza 916942.

Lo anterior, sin embargo, no conlleva declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, respecto de las cuales se alega que se expidieron sin competencia, con falsa motivación y desviación de poder, pues, antes de eso, es necesario determinar si, más allá de su denominación y forma, constituyen verdaderos actos administrativos y, por tanto, si es procedente realizar un análisis de legalidad desde las causales de nulidad previstas por el legislador frente a este tipo de actos, en el entendido que dichas causales están diseñadas para atacar los vicios que puedan configurarse en relación con los elementos propios de esta clase de manifestaciones unilaterales de voluntad.

Para ello, es necesario determinar el origen de la facultad de la que se valió EPM para proferirlas, esto es, si pretendió hacer uso de prerrogativas propias de las entidades públicas, de las cuales, según lo acabado de analizar, carecía, o si lo hizo con fundamento en las obligaciones que le eran exigibles para que se hiciera efectiva la póliza 916942, en los términos dispuestos en las condiciones generales del contrato de seguro y en las normas pertinentes del Código de Comercio.

Sin embargo, primero la Sala se pronunciará sobre el reparo que se planteó en esta instancia en relación con la improcedencia de la declaración del siniestro con base en que la planta, pese a los problemas presentados con el condensador, sí podía operar.

3.4.2. La injustificada declaración de ocurrencia del siniestro

A juicio de las sociedades General Electric Company, General Electric International Inc. Sucursal Colombia y Parsons Group International Ltd., no había lugar a declarar la ocurrencia del siniestro, por cuanto, según lo manifestado por un testigo en el proceso, la rotura de aproximadamente 30 tubos del condensador no impedía que la planta entrara en operación. La Sala no revocará la sentencia de primera instancia con base en este argumento, porque no desvirtúa la configuración del riesgo asegurado, esto es, que se incumplió el contrato y que este incumplimiento fue imputable a la unión temporal contratista.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que, según lo acordado en el contrato, para entender cumplido el objeto pactado⁶⁴, no era suficiente con que la planta pudiera ser sincronizada con el sistema interconectado nacional para que pudiera ser explotada comercialmente, sino que, además, era necesario que, entre otras

⁶⁴ Según lo estipulado por las partes en la cláusula primera del contrato 3303775 (folios 25 a 32 del cuaderno 3), la unión temporal se obligó, a través de la modalidad llave en mano, a desarrollar todas las actividades necesarias para la conversión de la planta termoeléctrica La Sierra a ciclo combinado y su “*puesta en operación comercial*”, de acuerdo, entre otras cosas, con los términos del pliego de condiciones.

A su vez, en el numeral 3.44 del pliego de condiciones (folio 52 del cuaderno 5) se estipuló que EPM podría comenzar la explotación comercial de la planta en ciclo combinado cuando estuviera lista para ser sincronizada con el sistema interconectado nacional, pero que “***para que se considere cumplido el hito de inicio de Operación Comercial de la Planta en ciclo combinado***” (negrillas fuera de texto), se requería, además de otras cosas, que se hubieran logrado los valores garantizados de potencia neta y consumo térmico específico neto garantizados por la unión temporal, o se hubiera decidido el pago de las sumas estipuladas en el numeral 3.4 de ese mismo documento.

cosas, cumpliera también con los valores garantizados de potencia neta y consumo térmico específico neto ofrecidos por la unión temporal; por ello, aun si la termoeléctrica hubiere entrado en operación comercial en la fecha de vencimiento del contrato, lo que no ocurrió, en todo caso, el negocio no podía entenderse cumplido, pues para ese entonces la contratista aún no había logrado las condiciones técnicas exigidas⁶⁵.

Con todo, inquieta a la Sala por qué, si como afirman las apelantes, a 10 de diciembre de 2000 –fecha de terminación del contrato- la planta termoeléctrica estaba en condiciones de ser explotada comercialmente, la unión temporal no se lo hizo saber oportunamente a EPM y, en cambio, le solicitó que ampliara el plazo, sin mencionar que, pese al daño de las tuberías del condensador, la planta podía ser operada⁶⁶. La respuesta es clara y revela que, en realidad, pese a su repentino cambio de parecer, la contratista siempre manifestó que los inconvenientes generados con el condensador la pusieron en imposibilidad de cumplir con lo acordado en el tiempo estipulado⁶⁷, inconvenientes que, valga señalar, según lo que se acreditó en primera instancia y que en esta no se desvirtúa, se debieron a causas imputables exclusivamente a la unión temporal.

3.4.3. La naturaleza de las resoluciones demandadas y las facultades de EPM para expedirlas

Para definir la naturaleza de las resoluciones demandadas, es necesario acudir al contexto en el que fueron expedidas, con el objeto de esclarecer el origen de las facultades que habrían habilitado a EPM para hacerlo, si es que las hay, lo cual permitirá a la Sala resolver, en este mismo acápite, sobre el punto de la controversia que se dirige a señalar que, al constituir verdaderos actos administrativos, las resoluciones están viciadas de nulidad por falta de competencia de la demandada para proferirlos y que, por esta razón, la Aseguradora no estaba obligada al pago del siniestro cuya ocurrencia fue declarada.

En este punto la Sala discurrirá en su análisis en el marco de la relación contractual y su régimen, que son los que cimientan las bases de los compromisos obligacionales que vincularon a las partes, y que, por lo mismo, son los llamados a resolver el conflicto que bajo este proceso se ha planteado.

El 10 de febrero de 1999, Confianza S.A. expidió la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales 0916942, a través de la cual garantizó el cumplimiento general de las obligaciones surgidas con ocasión del contrato

⁶⁵ De esto dan cuenta, entre otras, las siguientes comunicaciones, 930744 (CC-1242) de 16 de febrero de 2001 (folio 53 del cuaderno 3) y 929833 (CC-1239) de esa misma fecha (folios 151 y 152 del cuaderno 1 y 54 y 55 del cuaderno 3), cuyo contenido no fue refutado por ninguna de las partes.

⁶⁶ Comunicación LASI-1site-010-PELT-658 del 9 de diciembre de 2000 (folios 137 a 139 del cuaderno 3)

⁶⁷ Así lo hizo, por ejemplo, en comunicación del **8 de febrero de 2001**: “Como usted bien conoce, tanto la UTE como las EPM se encuentran muy frustradas por los problemas presentados por los daños en los tubos del condensador, que han dilatado la terminación del proyecto con respecto a los términos contractuales.

“(…)”

“... de no haberse presentado los daños en el condensador, las actividades del proyecto se hubiesen terminado dentro de los plazos contractuales” (folios 114 a 121 del cuaderno 1)..

3303775 del 19 de febrero de 1999⁶⁸. En las condiciones generales se determinó el alcance y contenido de, entre otros, el amparo de cumplimiento en los siguientes términos:

“1.3. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANDAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO COMPRENDE EL DE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAGA EFECTIVA”.

En el punto 4 de las condiciones generales se dispuso que:

“4. SINIESTRO

“SE ENTIENDE CAUSADO EL SINIESTRO:

“4.1. CON EL ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO, EN FIRME Y DEBIDAMENTE NOTIFICADO A LA ASEGURADORA QUE DECLARE LA REALIZACION DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA POLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA.

“4.2. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, CON EL ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO, EN FIRME Y DEBIDAMENTE NOTIFICADO A LA ASEGURADORA QUE DECLARE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO Y ORDENE LA EFECTIVIDAD LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA ESTIPULADA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA.

“4.3. EN EL CASO DE MULTAS CON EL ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO, EN FIRME DEBIDAMENTE NOTIFICADO A LA ASEGURADORA QUE IMPONGA AL CONTRATISTA LAS MULTAS ESTIPULADAS EN EL CONTRATO”.

En el numeral 5 se previó que la Aseguradora pagará el valor del siniestro dentro del mes siguiente a la entrega de la comunicación escrita que haga la entidad estatal contratante acompañada de la copia auténtica del “*acto administrativo*” respectivo debidamente ejecutoriado y, además, en el caso del numeral 4.2 del acta de liquidación final del contrato y en el del 4.3 de la “*resolución ejecutoriada*” de imposición de multas.

Observa la Sala que, en el marco del contrato de seguro celebrado entre General Electric Company, Parsons Group International Ltd. y General Electric International Inc –tomador- y Confianza S.A. –asegurador-, para amparar a EPM –asegurado o beneficiario- del riesgo de incumplimiento en el que pudiera incurrir el tomador respecto de las obligaciones que asumió en el contrato 3303775, las partes estipularon la forma como se haría efectiva la garantía ante la Aseguradora, consistente, básicamente, en la obligación de EPM de expedir un “*acto administrativo*” debidamente motivado y ejecutoriado que declarara la realización del riesgo amparado y la presentación de ese documento ante la Compañía mediante una comunicación acompañada de tal acto.

⁶⁸ Folio 81 del cuaderno 1.

El 28 de agosto de 2002, ante el vencimiento del plazo contractual sin que se culminara el objeto pactado, y atendiendo a lo definido en el contrato de seguro, EPM expidió la Resolución 263606⁶⁹, por medio de la cual declaró *“la realización del riesgo de incumplimiento por el incumplimiento del contratista...”* e hizo *“efectiva parcialmente la póliza del seguro de cumplimiento número 916942 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ...”*.

Como fundamento de lo declarado, la Asegurada señaló, entre otras cosas, que: *i)* en el numeral 1.13 del pliego de condiciones que hizo parte del contrato 3303775 se estableció que, en caso de que se causaran las multas pactadas, su valor se deduciría de cualquier pago pendiente a favor del contratista o de la garantía en el porcentaje que ampara su cumplimiento; *ii)* en el numeral 3.17 del pliego de condiciones se pactó una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato como tasación anticipada de perjuicios; *iii)* de conformidad con el numeral 4 de la póliza 916942, el siniestro se entiende causado *“4.1 con el acto administrativo motivado, en firme y debidamente notificado a la aseguradora que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista”*; y, *iv)* como se causaron multas y perjuicios, *“... las Empresas harán efectiva parcialmente la garantía de cumplimiento, cuyas condiciones se mencionan en el numeral 3º de esta resolución...”*.

Posteriormente, para resolver los recursos de reposición interpuestos por la unión temporal contratista y la Aseguradora en contra de la anterior declaración, EPM expidió la Resolución 280201 del 12 de noviembre de 2002⁷⁰, por medio de la cual confirmó la primera. De la resolución se destaca únicamente lo que mencionó la Asegurada respecto de su alegada falta de competencia para expedir las resoluciones que ahora ocupan la atención de la Sala.

Dijo EPM que, pese a ser una empresa industrial y comercial del Estado de servicios públicos, regida por el derecho privado, continúa siendo una entidad pública y que quien exigió que se expidiera un *“acto administrativo”* que declarara la realización del riesgo como requisito para reclamar el pago del siniestro fue la propia Aseguradora y que, por ello, *“no le es dable ... refutar o tachar de indebida la expedición del acto que, se emitió, precisamente, para cumplir una exigencia suya, establecida, como ya se anotó en las condiciones generales del contrato de seguro”*.

En el escenario del conflicto que ahora se resuelve, la Aseguradora no desconoce la existencia o validez de las cláusulas generales de la póliza que definieron la ruta a seguir para que la Asegurada hiciera efectiva la garantía en caso de configurarse el siniestro, pues nada discute al respecto; sin embargo, alega que, pese a ello, EPM no podía expedir los *“actos administrativos”* tendientes a declarar la ocurrencia material del riesgo amparado y a hacer efectiva la garantía por carecer de competencia para ello y asevera que el contrato de seguro no puede constituirse como fuente de tal competencia y que, como consecuencia, debido a

⁶⁹ Folios 6 a 10 del cuaderno 1.

⁷⁰ Folios 37 a 75 del cuaderno 1.

la nulidad de las resoluciones que se expidieron con ese objeto, no está obligada al pago de la suma asegurada.

Es cierto, como ya se vio, que EPM carecía de competencia legal para expedir, como actos administrativos, esto es, en ejercicio de prerrogativas propias de la administración, las resoluciones a las que se refiere la Aseguradora y también lo es que una estipulación convencional derivada de la autonomía de la libertad de los contratantes de seguro no podría entenderse como atribución de ese tipo de prerrogativas públicas, puesto que, según lo dispuesto en el artículos 6 y 121 constitucionales, esas solo pueden provenir de la Constitución o la Ley; sin embargo, advierte la Sala que el entendimiento que la demandante pretende darle a las condiciones generales de la póliza que ella misma redactó es inadmisibles, se basa en un velado juicio de invalidez de las condiciones que ella misma predispuso en la condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento, pues llevaría a concluir que, en realidad, al expedirla no asumió ninguna obligación, en tanto que el cumplimiento de la condición que ella misma impuso para demostrar la ocurrencia del siniestro y, por ello, para proceder al pago, sería moralmente imposible de cumplir, por contravenir el orden público⁷¹.

Al respecto, hay que decir que lo previsto en la póliza en relación con la expedición de un acto administrativo declarativo no puede interpretarse como que las partes conscientemente hubieran convenido una condición que desde la óptica jurídica resulta de imposible cumplimiento, puesto que, si bien fácticamente habría sido posible que ese acto se produjera, lo cierto es que jurídicamente ni siquiera existiría un acto administrativo, lo cual iría abiertamente en contra del efecto útil de lo pactado.

Por lo anterior, en este caso es determinante establecer el alcance real que podían tener las cláusulas 4 y 5 de las condiciones generales de la póliza en función de su eficacia y validez y, por tanto, de la pervivencia del negocio jurídico, basado en la real intención de las partes, a la luz del régimen legal que resultaba aplicable, para, por esa vía, constatar los efectos que tuvieron frente a los actos desplegados por la Aseguradora para que se hiciera efectiva la garantía de cumplimiento, para lo cual se debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos.

Empieza la Sala por señalar que los seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales tienen por finalidad respaldar *“el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá*

⁷¹ Código Civil: **“ARTICULO 1531. <CONDICION POSITIVA O NEGATIVA>**. La condición es positiva o negativa.

“La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca”.

“ARTICULO 1532. <POSIBILIDAD Y MORALIDAD DE LAS CONDICIONES POSITIVAS>. La condición positiva **debe ser física y moralmente posible**.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles” (negrillas fuera de texto).

*cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía*⁷², lo cual quedó plenamente definido en el numeral 1.3 de las condiciones generales de la póliza previamente transcrito –amparo de cumplimiento del contrato-.

Así, teniendo en cuenta que la causa del contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales consiste en trasladar a la Aseguradora el riesgo de incumplimiento contractual, para que, en caso de que ocurra el hecho material amparado sea ésta quien asuma la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que se causen de tal circunstancia, no comporta mayor dificultad establecer que el propósito de los contratantes del seguro al estipular que “*se entiende causado el siniestro*” con el “*acto administrativo, motivado en firme y debidamente notificado a la aseguradora que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza por causas imputables al contratista*”, y al señalar que el pago se hará dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que presente la entidad estatal asegurada acompañada de la copia auténtica de tal acto, no fue otro que definir la ruta que debía seguir la beneficiaria de la póliza para acceder al pago la suma asegurada.

En ese entendido, encuentra la Sala claramente establecido que la intención con la que se incluyeron las cláusulas 4⁷³ y 5 en las condiciones generales de la póliza fue estipular, bajo la libertad de configuración comercial que asiste a las partes del contrato⁷⁴ en ejercicio de su autonomía de la voluntad y dentro de los límites del orden público, que para hacer efectiva la garantía, la Asegurada debía manifestar motivadamente y por escrito que el riesgo amparado se había realizado, dar oportunidad a la contratista y a la Aseguradora para pronunciarse al respecto y, después, definir, igualmente por escrito debidamente motivado, si mantenía o no su declaración, con lo cual, según lo estipulado, el siniestro se entendería causado, esto es, que no necesitaba más que adelantar el procedimiento previamente descrito y presentar los respectivos documentos contentivos de dichas manifestaciones debidamente justificadas ante la Aseguradora para hacer efectivo el pago⁷⁵, pues, según lo consignado en el numeral 5 de las condiciones generales de la póliza, la demandante procedería al pago dentro del mes siguiente a la fecha en que se hiciera tal presentación; por tanto, según lo previsto en el artículo 1618 de Código Civil⁷⁶, debe estarse a esta intención más que al tenor

⁷² Decreto 679 de 1994, vigente para la fecha en que se expidió la póliza 916942. Se acude a esta definición porque, a pesar de que al contrato al contrato 3303775 del 19 de febrero de 1999 no le era aplicable la Ley 80 de 1993, la póliza se expidió a “*favor de entidades estatales*”, en los términos de la esa ley, a la que se hizo alusión expresa en el encabezado del documento de condiciones generales (folio 75 del cuaderno 3).

⁷³ Advierte la Sala que al presente caso no resultan aplicables las condiciones contenidas en los numerales 4.2 –sobre caducidad del contrato- y 4.3 – acto administrativo declarativo de multas en contra del contratista- de las condiciones generales de la póliza, por cuanto los supuestos a los que se refieren no se ajustan a la realidad jurídica del contrato cuyo cumplimiento se amparó, pues, por no ser posible legalmente, en él no se hizo alusión a la posibilidad de declarar su caducidad y tampoco se estableció que las multas se impondrían al contratista a través de acto administrativo, lo que conduce indefectiblemente a entender que, en este caso, el riesgo amparado –incumplimiento que cubrió multas y cláusula penal- se entendería causado en los términos del numeral 4.1 de tales condiciones (sobre este punto se volverá en el literal i) del numeral 3.4.4 de esta providencia).

⁷⁴ Condición que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1037 del Código de Comercio, no se predica respecto de EPM, toda vez que el tomador fue la unión temporal contratista.

⁷⁵ En el caso de las multas

⁷⁶ “**ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>**. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

literal de las expresiones utilizadas en las referidas cláusulas para calificar la naturaleza jurídica de tal manifestación.

Encuentra la Sala que la oportunidad para que la Aseguradora se pudiera pronunciar en relación con la declaración ocurrencia del siniestro y, por supuesto, frente a la cuantía de la pérdida y para que, a su vez, la Asegurada considerara razonada y justificadamente su decisión de mantener o no tal declaración con miras a hacer exigible la garantía de cumplimiento, surge de las condiciones mismas de la póliza, pues es la única conclusión a la que puede arribarse cuando se analiza que en ella se señaló que el siniestro se entendería causado con el “*acto administrativo motivado, en firme*” que declare la realización de riesgo amparado en la póliza.

Entiende la Sala que lo estipulado no vulnera el orden público, porque no contraviene ni supone la alteración de normas que por su naturaleza o por disposición de la ley son inmodificables⁷⁷, en tanto, no se dejó al arbitrio de la Asegurada la configuración o constitución del siniestro, lo cual vulneraría los artículos 1054⁷⁸ y 1055⁷⁹ del Código de Comercio, pues lo pactado simplemente supone que la beneficiaria de la póliza, como cualquier otro -particular o entidad pública-, para hacerla efectiva debía manifestar que el riesgo amparado se concretó y, además, por voluntad del Asegurador y no por prerrogativas derivadas de la ley, que tal manifestación, debidamente motivada, sería suficiente para acreditar su dicho y, por esa razón, para entender que se dio el hecho que da origen a la obligación del asegurador de indemnizar la pérdida al asegurado, lo cual tampoco vulnera el orden público, pues, además de que no existe una tarifa legal para acreditar la ocurrencia del siniestro, esa declaración, como acaba de verse, no impide a la Aseguradora demostrar lo contrario, o cualquier otro hecho o circunstancia excluyente de su responsabilidad, pues, según sus propias estipulaciones, al tener la posibilidad de debatir ante la Asegurada la ocurrencia del siniestro y su cuantía, como en efecto lo hizo, se preservó su derecho al debido proceso.

Es pertinente destacar que, si bien el procedimiento que convencionalmente se dispuso para exigir el pago del siniestro amparado fue distinto al que surge de la lectura conjunta y sistemática de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de

⁷⁷ Código de Comercio “**ARTÍCULO 1162. <NORMAS INMODIFICABLES Y MODIFICABLES SOLO EN SENTIDO FAVORABLE>**”. Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos [1058](#) (incisos 1o., 2o. y 4o.), [1065](#), [1075](#), [1079](#), [1089](#), [1091](#), [1092](#), [1131](#), [1142](#), [1143](#), [1144](#), [1145](#), [1146](#), [1150](#), [1154](#) y [1159](#). Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos [1058](#) (inciso 3o.), [1064](#), [1067](#), [1068](#), [1069](#), [1070](#), [1071](#), [1078](#) (inciso 1o.), [1080](#), [1093](#), [1106](#), [1107](#), [1110](#), [1151](#), [1153](#), [1155](#), [1160](#) y [1161](#)”.

⁷⁸ “**ARTÍCULO 1054. <DEFINICIÓN DE RIESGO>**”. Denominase riesgo el suceso incierto **que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario**, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (negritas fuera de texto).

⁷⁹ “**ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>**”. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo” (negritas fuera de texto).

Comercio⁸⁰, lo cierto es que esto no vulnera el orden público, en tanto y en cuanto, en los términos del artículo 1162 de ese Código, ninguna de esas normas es inmodificable, pues, además de que no están entre aquéllas a las que se refiere ese artículo de manera expresa, no hacen referencia a elementos del contrato de seguro y, por eso, lo materialmente estipulado en las condiciones generales de la póliza no altera, anula o desconoce ninguno de tales elementos.

Para la Sala, entre varias interpretaciones posibles, la que acaba de exponerse frente a las condiciones generales de la póliza es la que debe preferirse, pues, además de que no vulnera la ley, es la que mejor se aviene al objeto del contrato de seguro de cumplimiento⁸¹, permite darle un efecto útil a lo estipulado⁸², a la vez que garantiza que se respete en su esencia lo pactado, que se cumplan las obligaciones derivadas del acuerdo entre los contratantes del seguro, las cuales, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, son ley para las partes, asegura que se preserve la pervivencia del negocio jurídico y, por todo esto, que se honre el principio de la buena fe contractual⁸³.

En cambio, considera inadmisibles patrocinar el comportamiento de la Aseguradora, que, pese a haberlo pactado así con el tomador de la póliza, aduce ahora, como fundamento de la alegada inexistencia de la obligación de pago de los perjuicios derivados del riesgo que amparó, que los actos expedidos por EPM se profirieron en ejercicio de prerrogativas propias de la Administración de las cuales carecía, desconociendo con esto que la verdad es que, al margen de su forma y denominación, se profirieron para dar cumplimiento a las condiciones que ella misma diseñó para hacer efectiva la garantía contenida en la póliza 916942.

Se concluye, entonces, que, pese a su denominación y a la forma que adoptaron, las resoluciones demandadas no constituyen verdaderos actos administrativos, pues conforme a la autonomía de la voluntad, se trataba *mutatis mutandis*, de la expedición un acto que estaba a cargo de una entidad pública, en relación con el cual abandonaba la categoría de “*administrativo*”, conservando el elemento subjetivo que era indicativo de la entidad que estaba en capacidad de producirlo.

⁸⁰ El artículo 1077 del Código de Comercio impone al asegurado la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si es el caso, al tiempo que dispone que corresponde al asegurador demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad; a su vez, el inciso primero del artículo 1080 *ibídem* establece que el asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite ante aquél, así sea extrajudicialmente, su derecho, en los términos previstos en el artículo 1077 y el artículo 1053 señala que la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, entre otros eventos, transcurrido un mes desde que se entregue al asegurador la reclamación junto con “*los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada*”.

⁸¹ Código Civil: “**ARTÍCULO 1621. <INTERPRETACION POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>**. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

⁸² Código Civil: “**ARTÍCULO 1620. <PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS>**. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

⁸³ Código de Comercio: “**ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>**. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Código Civil: “**ARTÍCULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>**. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

De manera que su expedición no obedeció al ejercicio de poderes o prerrogativas propias de la administración pública, de las cuales, según lo analizado en el acápite anterior, EPM carecía, sino que se profirieron para dar cumplimiento a los trámites que, en calidad de asegurada y beneficiaria de la póliza 916942, le eran exigibles para obtener el pago del siniestro en los términos dispuestos en las condiciones generales del contrato de seguro diseñados por la propia demandante.

Así las cosas, no es de recibo que la Aseguradora pretenda excusarse del pago del siniestro que amparó a través de la póliza 916942 con fundamento en que la demandada carecía de "*competencia*" para expedir el documento que ella misma le exigió para hacer efectiva la garantía, pues lo cierto es que, al margen de la denominación que se le hubiere dado a la manifestación justificada de la ocurrencia del siniestro, EPM, actuando desprovista de cualquier prerrogativa derivada del poder público, sí tenía capacidad (no competencia) para hacerlo, no solo porque así se dispuso en las condiciones generales del contrato, sino, principalmente, porque eso no constituye una facultad unilateral de poder público, o excepcional de la Administración, toda vez que esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que a cualquier particular corresponde asumir para lograr el pago de la suma asegurada⁸⁴ y, además, porque dotar convencionalmente a tales manifestaciones de entidad suficiente para hacer exigible el pago del siniestro ante la aseguradora sin seguir el camino previsto en los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio no vulnera el orden público; por tanto, estos cargos se desestiman.

Lo dicho hasta ahora, además, pone en evidencia que no es procedente realizar un análisis de legalidad de las mencionadas resoluciones a partir de las causales de nulidad previstas por el legislador frente a actos administrativos, pues, como ya se anunció, aquéllas están diseñadas para atacar los vicios que puedan configurarse en relación con los elementos propios de esta clase de manifestaciones unilaterales de voluntad, de los cuales, por no tener esa naturaleza, no participan las resoluciones demandadas, pese a su denominación; sin embargo, esto no impide abordar el estudio de las razones por las cuales la demandante considera que no está obligada al pago del siniestro que amparó, solo que no se hará, por no ser procedente, desde el análisis de legalidad o validez de las resoluciones acusadas, sino a partir de los términos en los que se obligó, esto es, los contenidos en la póliza 916942 y sus condiciones generales.

Este entendimiento no vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa y contradicción, toda vez que, pese a la improcedencia de analizar las resoluciones a las que se refieren las pretensiones primera y segunda de la demanda como si se tratara de verdaderos actos administrativos, ello no impide que se analicen según su verdadera naturaleza y alcance, esto es, como actos jurídicos expedidos en el marco del contrato en el que se sustentó la acción de controversias contractuales que instauró la Aseguradora en contra de EPM, toda vez que al hacerlo no se varía el marco del litigio que se fijó desde el inicio del

⁸⁴ Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2019, expediente 36600A.

proceso, pues la *causa petendi* sigue siendo la misma, la falta de facultades de la demandada para declarar la ocurrencia del siniestro y hacerlo exigible ante la Aseguradora sin seguir el procedimiento previsto el Código de Comercio, lo que se traduce en el alegado incumplimiento de las cargas que le eran exigibles para cobrar ante la Aseguradora el valor correspondiente al siniestro que amparó a través de la póliza 916942, así como la alegada desproporcionalidad del monto correspondiente a perjuicios, en razón, entre otras cosas, de los que surgen a partir de la información que ofrece el Sistema de Intercambios Comerciales –SIC– que fue el que utilizó la Asegurada para calcularlos; al tiempo que se mantiene el objeto de la demanda, esto es, definir si, como consecuencia de lo anterior, la demandante estaba o no obligada al pago de lo declarado por EPM en las Resoluciones 263603 y 280201 de 2002 y, consecuentemente, a determinar si se debe restituir a la Aseguradora lo que hubiere pagado con ocasión de tales actos.

El entendimiento que la Sala estima debe dársele a la demanda en este caso hace gala del imperativo constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (artículo 228 de la Constitución Política de 1991), pues no concebirlo de esa manera daría lugar, en forma absolutamente injustificada y con sustento en un aspecto que en el presente caso se ha mostrado meramente formal, a denegar justicia, a pesar de que se cuenta con todos los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo, lo que, además, demuestra que esta lectura de la demanda responde al deber del juez darle un sentido útil y evitar sentencias inhibitorias.

3.4.4. La obligación de pago derivada de la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza 916942

Precisado lo anterior queda por resolver si, para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía, EPM cumplió con las cargas que le eran exigibles para obtener, por parte de la Aseguradora, el pago correspondiente al siniestro amparado y, de ser así, para determinar si la cuantía que exigió es la que corresponde asumir a la demandante, esto último, únicamente en razón de los verdaderos perjuicios que, según ella, sufrió la beneficiaria del seguro.

En ese sentido, se reitera que, si bien en la primera instancia se discutieron asuntos relacionados con: *i)* la configuración del siniestro amparado, específicamente en razón a que el incumplimiento del contrato se produjo por causas no imputables a la contratista, que fue el riesgo que se amparó; *ii)* el alcance del amparo otorgado por la póliza 916942, en tanto se aseveró que no cubrió perjuicios correspondientes a lucro cesante y, además, que las causas que dieron lugar al incumplimiento del contrato no estaban cubiertas por ésta, sino por las de seguro de transporte de equipos y seguro todo riesgo montaje; y, *iii)* la disminución del valor a pagar por la imposibilidad acumular multas y cláusula penal pecuniaria una vez finalizado el contrato; lo cierto es que, como se analizó en el punto 4.1 de la parte considerativa de esta providencia, todos estos argumentos quedaron definidos en la forma que los resolvió el Tribunal, porque, frente a unos no se insistió y, respecto de otros, no se cumplió su deber de

sustentación y, por tanto, en esta instancia la Sala no puede volver sobre ellos, tal como fue explicado en esta misma providencia.

i) La inexistencia de acto administrativo que impusiera multas al contratista, la capacidad de EPM para imponerlas y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria sin acudir al juez del contrato

En relación con la alegada inexistencia de acto administrativo declarativo de multas y cláusula penal en contra del contratista, la Sala reitera lo dicho en el acápite 4.3.4 de esta sentencia y llama la atención sobre el principio de buena fe que debe guiar a las partes del contrato en todas sus actuaciones, pues, insiste, es inaudito que, para eludir las obligaciones que nacieron de un contrato al que concurrió voluntariamente, la demandante alegue, de una parte, que no está obligada al pago de la suma que aseguró, porque la declaración de ocurrencia del siniestro quedó contenida en un “*acto administrativo*” que la entidad pública no podía expedir y, a la vez, aduzca, con el mismo objetivo, pero de manera absolutamente contradictoria, que como no se expidió un acto de esa misma naturaleza imponiendo multas y cláusula penal en contra de la contratista, entonces, tampoco está obligada a pagar.

Con todo, encuentra la Sala que, en ejercicio de lo convencionalmente pactado en el contrato 3303775, EPM hizo exigible, de manera unilateral y sin necesidad de intervención judicial, las multas y la cláusula penal⁸⁵ que se causaron en los términos que fueron pactados en el contrato, como pasa a verse enseguida.

La parte demandante aseveró que, a diferencia de lo señalado por el *a quo*, ni en el marco del derecho privado ni en el de la Ley 80 de 1993, EPM estaba facultada para imponer multas de manera unilateral y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque esas facultades solo devienen de la ley y que, por ello, debía ser el juez quien definiera al respecto, pero como eso no ocurrió se vulneró su derecho al debido proceso.

Es verdad que en el marco del régimen jurídico que rige los actos y los contratos de EPM la ley no la facultó para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de manera unilateral; sin embargo, al revisar el contenido de los numerales 3.13 y 3.17 del pliego de condiciones, que hacen parte integrante del contrato 3303775, amparado por la póliza 916942, lo que se observa es que la posibilidad de dar por causado el supuesto que daba lugar a la exigibilidad de las multas y de la cláusula penal pecuniaria –el incumplimiento del plazo contractual- y a deducir su valor directamente de cualquier suma que se adeudara a la contratista o de la garantía de cumplimiento, sin necesidad de acudir a un proceso judicial, proviene de lo que, en el marco de la autonomía negocial, las partes convinieron en ese contrato.

En efecto, en el numeral 3.13 se dispuso que:

⁸⁵ Según el contenido de las Resoluciones 263603 y 280201 de 2002, del valor de los perjuicios causados, calculados en \$US9.310.519,93, EPM compensó \$US6.683.770 de sumas retenidas al contratista y, después, el saldo se cobra con cargo a la póliza de garantía.

“3.13. Multas (A6)

*“En caso de que EL CONTRATISTA se haga acreedor a cualquiera de las multas que se establecen a continuación, su valor será deducido de cualquier pago debido AL CONTRATISTA o cubierto por la garantía, del porcentaje que ampara el cumplimiento y en ningún caso su aplicación será entendida por EL CONTRATISTA como exoneración o atenuación de cualquiera de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato. **Las cláusulas de multas lo son también de incumplimiento...***

“El valor de las multas se deducirá de los pagos que existen a favor del EL CONTRATISTA o de la garantía de cumplimiento, si fuere necesario.

“(...

“3.13.2 Multa por incumplimiento del plazo

*“Las Empresas podrá aplicar una multa equivalente al cero punto tres por mil (0.3%) del valor total del contrato **por cada día de retraso de EL CONTRATISTA en el cumplimiento del objeto pactado** con respecto al plazo de veintidós (22) meses estipulado en el numeral 3.5, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el contrato.*

“La multa por incumplimiento del plazo se causa por el simple retraso sin que Las EMPRESAS tenga que demostrarlo. Los perjuicios que se causen a LAS EMPRESAS por este aspecto se harán efectivos en forma separada, pero tendrán un tope máximo del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato. El valor total de las multas por incumplimiento del plazo tendrá un tope máximo igual al diez (10%) del valor total del contrato”⁸⁶ (negritas fuera de texto)

Lo transcrito demuestra que las partes del contrato 3303775 convinieron que, en caso de incumplimiento del plazo pactado, EPM podía aplicar directamente a la unión temporal contratista, sin necesidad de acudir al juez y sin necesidad de demostrar el incumplimiento (que, en los términos del contrato, se daría por el mero retraso en la entrega del objeto pactado en el tiempo estipulado), una multa equivalente al 0.3% del valor total del contrato por cada día de retraso, hasta un tope máximo del 10% del valor total del negocio, cuyo valor podía ser deducido directamente de cualquier suma que se adeudara o de la garantía de cumplimiento.

Como se observa, en este aspecto el contrato fue fiel a las normas que lo regularon –las del derecho privado-, pues no se dispuso, como no podía serlo por las razones que se han expuesto en esta providencia, que las multas se impondrían a la contratista a través de un acto administrativo, como exige la Aseguradora para proceder al pago de este concepto que expresamente amparó.

Con todo, es oportuno mencionar que, según lo probado en el proceso, el contrato finalizó el 10 de diciembre de 2000, pero a esa fecha no había sido posible que la planta termoeléctrica entrara en operación comercial, lo cual ocurrió el 27 de enero de 2001⁸⁷; sin embargo, según lo acordado en el contrato⁸⁸, eso no era suficiente

⁸⁶ Folio 34 del cuaderno 5.

⁸⁷ Las partes coinciden en este hecho, del cual, además, da fe la comunicación CC-1242/930744 del 16 de febrero de 2001, cuyo contenido no fue refutado en el proceso (folio 56 del cuaderno 3).

para entender cumplido el objeto, dado que para ello era necesario que la planta cumpliera con los valores garantizados de potencia y consumo término específico, lo cual logró el 22 de febrero de ese mismo año⁸⁹. Se recuerda que, según lo que se acreditó en primera instancia, el incumplimiento se debió a causas imputables exclusivamente a la unión temporal.

Además, consta en el proceso que EPM informó tanto a la unión temporal contratista como a la Aseguradora acerca del incumplimiento del plazo contractual⁹⁰ y, también, con base en ese hecho les informó que aplicaría las multas causadas por el retraso en el cumplimiento del contrato, según lo estipulado en el numeral 3.13 del pliego de condiciones⁹¹. La demandante y la contratista tuvieron la oportunidad de pronunciarse al respecto y, aunque no desconocieron que el incumplimiento se presentó, sí discutieron que no se debió a causas imputables a la unión temporal⁹² y, por ello, solicitaron que no se aplicaran las multas. Al respecto, se pronunció EPM para señalar que el incumplimiento contractual sí fue imputable a la contratista y, por tanto, que era procedente la aplicación de las multas, por lo cual mantuvo la decisión de aplicarlas⁹³.

En lo que concierne a la cláusula penal pecuniaria, en el numeral 3.17 se convino:

“3.17 CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

“De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil Colombiano las partes convienen que en caso de declararse el incumplimiento de este contrato, o su terminación por hechos imputables a EL CONTRATISTA, LAS EMPRESAS cobrará a EL CONTRATISTA en calidad de cláusula penal pecuniaria una suma que se tasa de manera anticipada en un diez por ciento (10%) del valor de este contrato, la cual será considerada como pago parcial pero definitivo de perjuicios causados a LAS EMPRESAS.

⁸⁸ Según lo estipulado por las partes en la cláusula primera del contrato 3303775 (folios 25 a 32 del cuaderno 3), la unión temporal se obligó, a través de la modalidad llave en mano, a desarrollar todas las actividades necesarias para la conversión de la planta termoeléctrica La Sierra a ciclo combinado y su “puesta en operación comercial”, de acuerdo, entre otras cosas, con los términos del pliego de condiciones.

A su vez, en el numeral 3.44 del pliego de condiciones (folio 52 del cuaderno 5) se estipuló que EPM podría comenzar la explotación comercial de la plata en ciclo combinado cuando estuviera lista para ser sincronizada con el sistema interconectado nacional, pero que **“para que se considere cumplido el hito de inicio de Operación Comercial de la Planta en ciclo combinado”** (negritas fuera de texto), se requería, además de otras cosas, que se hubieran logrado los valores garantizados de potencia neta y consumo térmico específico neto garantizados por la unión temporal, o se hubiera decidido el pago de las sumas estipuladas en el numeral 3.4 de ese mismo documento.

⁸⁹ De ello da cuenta la comunicación CC-1273/954954 del 29 de junio de 2002, cuyo contenido no fue refutado en este proceso (folios 71 y 72 del cuaderno 3).

⁹⁰ De ello dan cuenta las siguientes comunicaciones, cuyo contenido no fue refutado en este proceso: CC-1226/923019 del 28 de diciembre de 2001 (folios 50 del cuaderno 3 y 113 del cuaderno 1) y CC-1235/927901 del 1 de febrero de 2001 (folio 53 del cuaderno 3).

⁹¹ De ello dan cuenta las siguientes comunicaciones, cuyo contenido no fue refutado en este proceso: comunicación 924830 del 12 de enero de 2001 (folios 148 y 149 del cuaderno 1 y 51 y 52 del cuaderno 3) y CC-1239/929833 del 16 de febrero de 2001 (folios 151 y 152 del cuaderno 1 y 54 y 55 del cuaderno 3).

⁹² Así lo alegó la unión temporal en la siguiente comunicación, cuyo contenido no fue refutado en este proceso: LASI-1-CO-012-PELT-089S del 25 de enero de 2001 (folios 114 a 120 del cuaderno 1). En comunicación del 12 de febrero de 2001, la Aseguradora señaló que compartía las razones expuestas por la unión temporal contratista en la mencionada comunicación del 25 de enero de 2001 *“la cual hace parte integral de este escrito”* (folios 153 y 154 del cuaderno 1).

⁹³ De ello dan cuenta las siguientes comunicaciones, cuyo contenido no fue refutado en este proceso: CC-1264/946859 del 17 de mayo de 2001 (folios 159 a 161 del cuaderno 1), CC-1266/947785 del 22 de mayo de 2001 (folios 162 a 16 del cuaderno 1 y 64 a 66 del cuaderno 3), CC-1265/947784 del 22/05/2001 (folios 166 y 167 del cuaderno 1 y 62 y 63 del cuaderno 3).

*“El valor de esta pena pecuniaria se retendrá directamente de cualquier suma que se le adeude a EL CONTRATISTA, si la hay, o si no, de la garantía de cumplimiento; si lo anterior no es posible, **se cobrará por la vía judicial. Si posteriormente EL CONTRATISTA acredita la existencia de situaciones que lo exoneren de responsabilidad, y éstas son aceptadas por LAS EMPRESAS, esta devolverá a EL CONTRATISTA los dineros deducidos...**”⁹⁴*

Observa la Sala que para que pudiera hacerse efectivo el pago de la cláusula penal pecuniaria pactada como tasación anticipada de perjuicios, las partes del contrato 3303775 establecieron un procedimiento que no involucraba la intervención judicial para que se declarara el incumplimiento negocio jurídico por hechos imputables a la unión temporal como condición necesaria para que se causaran tales perjuicios, sino que lo que estipularon fue que la constatación de ese supuesto estaba a cargo de EPM, ante quien, con posterioridad al pago de la cláusula penal pecuniaria, la unión temporal contratista podía demostrar la existencia de circunstancias que la exoneraran de responsabilidad, pero, al final, era la contratante la que debía determinar si esas circunstancias en realidad se configuraron y si eran suficientes para exonerar de responsabilidad a la unión temporal y, por tanto, era la que, con base en ese análisis, debía determinar si se debían devolver los valores deducidos por concepto de cláusula penal pecuniaria a la contratista.

Se advierte además que, por acuerdo de las partes, la entidad contratante quedó habilitada para deducir el valor de la cláusula penal pecuniaria directamente de cualquier suma que se adeudara al contratista, si la hubiere o si no de la garantía de cumplimiento y, solo en caso de no ser posible, debía acudir a la vía judicial **para su cobro**; mas no para definir si existió o no incumplimiento atribuible a la unión temporal contratista. A esto se agrega que, como en este caso la cláusula penal se pactó como tasación anticipada de perjuicios, tampoco debía la entidad pública acudir al juez del contrato para que se tasaran los perjuicios causados; pero si, como ocurre en este caso, se considera que los calculados no corresponden a los realmente ocasionados, ese aspecto sí debe ser definido por vía judicial.

En ese escenario, encuentra la Sala que, en caso de que se hubiera hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria sin que estuvieran dados los supuestos necesarios para ello, esto es, el incumplimiento del contrato atribuible a la contratista, a quien correspondía discutir, ahora sí, judicialmente, el incumplimiento de EPM respecto de lo pactado en el contrato en relación con ese aspecto, era a la unión temporal.

Observa la Sala que, como se indicó al tratar la cláusula de multas, EPM le informó a la unión temporal y a la Aseguradora que el contrato se había incumplido por vencimiento del plazo y una y otra se pronunciaron frente a tal manifestación, para señalar que tal inobservancia de los deberes negociales no

⁹⁴ Folio 37 del cuaderno 5.

era atribuible a la unión temporal; sin embargo, al evaluar lo alegado con base en lo ocurrido en el desarrollo del contrato, EPM mantuvo su posición de que así fue.

Se advierte que, al margen de que esta discusión se hubiera dado en torno a la decisión de EPM de aplicar las multas convenidas por el incumplimiento del plazo contractual, lo cierto es que la causal de incumplimiento que se discutió fue la misma que dio lugar a que EPM hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria, esto es, el vencimiento del plazo contractual sin que se cumpliera el objeto pactado⁹⁵. Se agrega también que, según el contenido de las Resoluciones 263603 y 280201 de 2002, del valor de los perjuicios causados, calculados en \$US9.310.519,93, EPM primero compensó \$US6.683.770 de sumas retenidas al contratista y después el saldo lo imputó a la garantía de cumplimiento.

Ahora, debe tenerse en cuenta, como en otras ocasiones lo ha dicho esta Corporación que *“los términos y condiciones en los que se obliga el contratista no son idénticos a aquellos bajo los cuales se configura la obligación de la compañía aseguradora, toda vez que la póliza se hace exigible bajo el imperativo de su regulación legal y de conformidad con las cláusulas del contrato desarrolladas con arreglo al marco legal de la garantía única de cumplimiento. La relación jurídica de la aseguradora con la entidad beneficiaria es diferente de la relación contractual cuyo riesgo de incumplimiento se ampara, tienen un contenido obligacional propio amén de que dicha garantía única de cumplimiento debe ser otorgada en los términos y condiciones de los requerimientos de la ley”*⁹⁶⁹⁷.

En ese sentido, se reitera, como ya se expresó en el acápite 3.4.3 de esta providencia, que, según lo materialmente convenido en las condiciones generales de la póliza, para hacer efectiva la garantía de cumplimiento, la Asegurada debía manifestar motivadamente y por escrito que el riesgo amparado se había realizado, dar oportunidad a la contratista y a la Aseguradora para pronunciarse al respecto y, después, definir, igualmente por escrito debidamente motivado, si mantenía o no su declaración, con lo cual, según lo estipulado, el siniestro se entendería causado, esto es, que no necesitaba más que adelantar el procedimiento previamente descrito y presentar los respectivos documentos contentivos de dichas manifestaciones debidamente justificadas ante la Aseguradora para que el pago se hiciera efectivo⁹⁸, pues, según lo consignado en el numeral 5 de las condiciones generales de la póliza, la demandante procedería a ello dentro del mes siguiente a la fecha en que se hiciera tal presentación.

⁹⁵ Se recuerda que, según lo pactado en el numeral 3.13 del pliego de condiciones, *“las causales de multas lo son también de incumplimiento”* y que, de conformidad con lo previsto en el numeral 13.13.2 ibídem, el incumplimiento del plazo contractual podía causar de manera simultánea las multas por cada día retraso, así como los perjuicios derivados de ese mismo hecho. Cláusulas respecto de las cuales, como antes se advirtió, la Sala no observa, de forma manifiesta, que estén viciadas de nulidad absoluta (art. 1741 del Código Civil).

⁹⁶ Cita original de la providencia: Ossa, Julian Efrén, Teoría General del Seguro, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá 1991, página 476 *“Mal podría, pues invocarse el dolo o la culpa grave del contratista afianzado, con su nexa causal con el cumplimiento de sus obligaciones, como causa excluyente de la responsabilidad del asegurador. La naturaleza misma del seguro de cumplimiento, la causa que induce a su celebración, están llamadas a prevalecer necesariamente sobre la interpretación acomodaticia de la Ley.”*

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. 43324.

⁹⁸ En el caso de las multas

Así las cosas, como para demostrar la ocurrencia del siniestro en las condiciones generales de la póliza no se dispuso que debiera hacerse mediante sentencia judicial, la Sala no concuerda con la parte recurrente en cuanto a que EPM no podía hacer efectiva unilateralmente las multas y la cláusula penal y tampoco en cuanto afirma que se violó su derecho al debido proceso por no haberse agotado esa instancia judicial, pues, como ya se vio, frente a la manifestación debidamente motivada de la Asegurada, pudo ejercerlo en los términos que fueron diseñados por ella misma, lo que la condujo a que, ahora, también ejerza sus derechos en sede judicial.

En ese contexto, por virtud de lo acordado en el contrato 3303775 y en las condiciones generales de la póliza, la Sala debe concluir que, a diferencia de lo alegado por la Aseguradora, EPM, convencionalmente y no legalmente, sí estaba facultada para exigir directamente, sin necesidad de acudir a un proceso judicial, las multas y la cláusula penal pecuniaria que se causaran en los términos convenidos en ese negocio jurídico, por tanto, estos cargos de la apelación tampoco están llamados a prosperar.

Se advierte que, como la legalidad de las cláusulas del contrato 3303775 y de la póliza en las que se convino esa facultad no fue discutida en este proceso, pues ninguna pretensión de la demanda se encaminó a solicitar su nulidad y, además, como la Sala no observa, de forma manifiesta, que estén viciadas de nulidad absoluta⁹⁹, no se pronunciará al respecto, pues el principio de congruencia le impide hacerlo.

Con todo, es oportuno mencionar que, en ejercicio de la autonomía negocial, las partes están facultadas para determinar las condiciones que regirán su relación contractual y en desarrollo de este derecho, siempre que no sobrepasen los límites del orden público, pueden pactar que una de ellas exija a la otra, sin necesidad de acudir al juez, el pago de las multas y la cláusula penal pactada que se hubieren causado¹⁰⁰.

ii) La motivación de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía de cumplimiento

Ya se analizó que, según lo señalado en las condiciones generales de la póliza, para entender causado el siniestro, es decir, acreditada su ocurrencia, no bastaba con que EPM declarara que el riesgo amparado se había configurado, sino que

⁹⁹ Código Civil: "**ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>**. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad 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 no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

¹⁰⁰ "En este sentido, debe preverse que aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista" (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de febrero de 2017, exp. 56562). En este mismo sentido sentencia del 24 de agosto de 2016.

debía motivar debidamente su aseveración, lo cual, a juicio de la demandante, no hizo, porque, según dijo, no era suficiente con que expresara que el plazo contractual se había vencido sin que se cumpliera el objeto pactado, sino que debía señalar lo que hacía falta para terminar la obra, si al vencimiento del plazo la planta estaba o no en condiciones de iniciar su operación comercial y por qué ello no ocurrió, además de que debía explicar con suficiencia la forma en que calculó los perjuicios. Agregó que no era suficiente con señalar que se habían causado las multas ni con hacer alusión a unas comunicaciones sin transcribir su contenido, porque eso dificultaba el ejercicio del derecho de defensa de la Aseguradora.

La Sala coincide con el Tribunal en cuanto a que la demandada sí cumplió con la carga de motivar la declaración de ocurrencia del siniestro, pues, después de señalar que el contrato se celebró en la modalidad llave en mano y de transcribir literalmente en qué consistió el objeto pactado, el que comprendió, en términos generales, el desarrollo de todas las obras y actividades necesarias para la conversión a ciclo combinado de la planta termoeléctrica La Sierra y su puesta en operación comercial, informó que el plazo acordado para su ejecución venció el 10 de diciembre de 2001, sin que a esa fecha la planta hubiera entrado aun en operación comercial, lo cual, al margen de lo que hiciera falta para lograr el objeto convenido, ponía en evidencia el incumplimiento en el que incurrió la unión temporal respecto de la obligación que asumió en el sentido de culminar lo que le fue encomendado realizar en el tiempo estipulado.

Adicionalmente, en las resoluciones la Asegurada también expresó que, de conformidad con lo estipulado en el numeral 3.12.3 del pliego de condiciones, el incumplimiento del plazo pactado la autorizaba para deducir el valor de las multas de cualquier pago debido a la contratista o del porcentaje de la garantía que amparó el cumplimiento, e indicó que, por esto, mediante comunicación 924830 del 12 de enero de 2001, le informó a la unión temporal que *“estaba incurso en la multa prevista en el numeral 3.13.2 del Pliego de Condiciones y Especificaciones, Multa por incumplimiento del plazo, debido a que el plazo había vencido desde el 10 de diciembre de 2000, fecha en la que debió iniciar la operación comercial de la Planta Termoeléctrica La Sierra, en su ciclo combinado”*; además de que hizo alusión al trámite que siguió para cobrar las multas a la unión temporal, los períodos por los cuales las liquidó y explicó que eran los que correspondían al retraso en el cumplimiento de la obligación.

Igualmente, en el texto de las resoluciones se incorporó que el 1 de febrero de 2001 EPM le informó a la Aseguradora, *“con el fin de afectar la póliza de cumplimiento número 916942”*, que la contratista no había cumplido el plazo pactado en el contrato y que, a través de comunicación del 16 de febrero de 2001, ésta señaló las razones por las cuales, a su juicio, no debían cobrarse las multas. También refirió que mediante comunicaciones 940625, 946859, 946858, 947758 y 954398 se informó a la contratista las razones por las cuales se mantenía la decisión de cobrarlas, decisión que también fue comunicada a la Aseguradora mediante la comunicación 947784.

Considera la Sala que el hecho de que en el texto de las resoluciones no se hubiera transcrito todo el contenido de las comunicaciones a las que se refieren los actos, no significa que la resolución carezca de motivación y tampoco que se hubiera violado el debido proceso a la Aseguradora, puesto que, como quedó consignado en los actos y está probado en el proceso, ella conoció oportunamente su contenido, en el que se explicó con suficiencia por qué se afirmaba que el incumplimiento se debió a causas imputables a la contratista.

Con todo, esto también se consignó en la Resolución 280201, pues al explicar EPM a la Aseguradora la razón por la cual afectaba la póliza 916942 que amparó a la entidad estatal de los perjuicios derivados del incumplimiento imputable a la contratista, y no la de todo riesgo montaje, le indicó, en el mismo sentido de las comunicaciones, que las fallas sucesivas en los tubos del condensador, que habrían provocado que el objeto pactado no se cumpliera en el plazo previsto, *“sólo se solucionaron de una manera definitiva cuando se aumentó el número de placas que dan soporte a estos tubos al interior del condensador, lo que constituyó, efectivamente, un cambio del diseño original”*, el cual, según lo pactado en el contrato, estaba a cargo de la unión temporal contratista.

Más adelante agregó que *“La Unión Temporal es responsable por el incumplimiento del contrato llave en mano número 3303775, debido a que por un hecho imputable a ella, se retrasó el inicio de la operación de la planta termoeléctrica La Sierra en su ciclo combinado, evento que según el contrato debió producirse el 10 diciembre de 2000, fecha en la que se venció el plazo estipulado en el contrato...”*. Adicionalmente, expresó que *“La rotura de las tuberías del condensador que originó el retaso en la operación de la planta (...) no tiene el carácter de imprevisible e irresistible...”* y, con base en la información suministrada por la propia contratista, explicó el porqué de su afirmación.

En lo que concierne a los perjuicios, EPM señaló que en el numeral 3.17 del pliego de condiciones se estableció una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato *“como tasación anticipada de los perjuicios causados por el Contratista a Las Empresas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el mismo”*, cláusula que fue expresamente amparada por la Aseguradora a través de la póliza 916942, lo que la exoneraba del deber de demostrarlos; sin embargo, lo hizo con el único objetivo de expresar las razones por las cuales no haría efectiva esa cláusula en su totalidad, sino únicamente en el monto de los perjuicios causados por concepto de la pérdida de la capacidad remunerable teórica CRT, calculada de acuerdo con la metodología empleada por el Sistema de Intercambios Comerciales SIC, a la que hizo alusión expresamente desde la Resolución 263603 del 26 de agosto de 2002 e, incluso, a la que se refirió EPM con anterioridad, en la comunicación 949107 del 30 de mayo de 2001, recibida por la Aseguradora el 1 de junio de 2001¹⁰¹.

Lo anterior demuestra que, contrario a lo señalado por la Aseguradora, EPM sí cumplió con la carga que le correspondía en el sentido de motivar la declaración

¹⁰¹ Folios 168 y 169 del cuaderno 1.

de ocurrencia del siniestro y su cuantía y, por tanto, tampoco por este argumento es posible revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

Con todo, es pertinente mencionar que, más allá de las consideraciones consignadas por EPM en las resoluciones demandadas, con base en las pruebas que obran en el proceso, el *a quo* logró acreditar la ocurrencia del riesgo amparado por la Aseguradora en la póliza 916942, por las mismas razones que fueron expresadas en las resoluciones 263603 y 280201 de 2002.

También es pertinente reiterar que la validez de los numerales 3.13.2 y 3.17 del pliego de condiciones, a través de los cuales las partes del contrato 3303775 facultaron a EPM para retener o deducir directamente de cualquier suma que se adeudara al contratista o de la garantía de cumplimiento el valor de las multas y el de la cláusula penal, no fue objeto de debate en este proceso y, por eso, la Sala tampoco tiene competencia para pronunciarse frente a tales facultades convencionales.

iii) El monto por el que se hizo efectiva la garantía de cumplimiento

Antes de resolver sobre este aspecto, considera la Sala pertinente advertir que en la demanda la parte actora señaló que al calcular los perjuicios EPM vulneró los artículos 1593 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, porque la tasación no fue proporcional, en tanto que ascendió al 94% del valor total de la cláusula penal, a pesar de que el retraso en la operación comercial de la planta fue de aproximadamente un mes y la obra fue recibida a satisfacción. En la sentencia recurrida el monto de los perjuicios fue establecido exclusivamente con base en el resultado que arrojó el dictamen pericial que tuvo por objeto calcular el valor real al que ascendieron los sufridos por la demandada por concepto de pérdida de capacidad remunerable con ocasión del incumplimiento contractual; así las cosas, como en la apelación, si bien se reiteró lo relacionado con la violación de los mencionados artículos, no se discutió nada frente a la decisión implícita del Tribunal de establecer la cuantía de los perjuicios únicamente con base en la prueba pericial, forzoso es concluir que para resolver este punto del recurso, la competencia de la Sala se circunscribe a analizar los reparos que se plantearon frente a la conclusión a la que el *a quo* arribó a partir del resultado de esa prueba, pues fue eso lo que se discutió en el recurso de apelación.

Pues bien, lo que se concluyó en la sentencia de primera instancia fue que, según el dictamen pericial, EPM realizó una estimación correcta del valor de la indemnización de los perjuicios; sin embargo, a juicio de la parte impugnante, lo que demuestra esa prueba es justamente lo contrario, en tanto concluyó que la pérdida sufrida por EPM asciende a US\$7.794.824,42, mientras que la entidad pública la calculó en US\$9.310.519,93.

Como se observa, el reparo de la demandante no se dirige a refutar las conclusiones del dictamen pericial, el cual, valga mencionar, en su oportunidad ninguna de las partes objetó, sino que se endereza a cuestionar la conclusión a la

que, con base en esa prueba, arribó el Tribunal respecto del valor de los perjuicios causados a EPM, lo que delimita, entonces, en este punto, el objeto de la apelación; no obstante, como el mérito demostrativo que el Tribunal de primera instancia le pudo haber dado a la pericia no ata al juez de la segunda, es necesario decir, porque así lo encuentra la Sala, que el dictamen cumple con los requisitos del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

Revisada la prueba, se observa que el ingeniero electricista que la elaboró informó que la metodología que utilizó para rendirla fue la empleada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, aclaró que la pérdida por concepto de capacidad térmica de la planta La Sierra que calculó fue la real, que lo hizo con base en la información suministrada por la SIC y que las condiciones para declarar la planta en operación comercial que tuvo en cuenta fueron las pactadas en el contrato.

Después de hacer alusión a los conceptos técnicos relacionados con la materia definidos en la Resolución CREG 116 de 1996 que *“precisa el método de cálculo del cargo por capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad”* y a su anexo 1, sobre *“PARÁMETROS BÁSICOS DEL MODELO DE LARGO PLAZO”*, procedió a realizar las liquidaciones correspondientes, concluyó que la pérdida total ascendió a *“7.768.371,77”* y explicó que:

“Al comparar los resultados obtenidos con los presentados por EPM, se pueden observar diferencias, esto debido a que la disponibilidad comercial promedio en el mes de diciembre de 2000 con la que EPM realiza los cálculos es diferente a la disponibilidad comercial promedio que se encuentra en los archivos emitidos por la SIC”.

Dentro del término oportuno, la parte demandante¹⁰² solicitó aclaración y adición del dictamen, la demandada¹⁰³ aclaración y complementación. Para lo que interesa en esta instancia, se hace énfasis en que EPM advirtió que:

“En la tabla de liquidación que se debía recibir por cargo por capacidad y pérdida de cargo, el experto informa que las pérdidas serían de US\$7.768.371,77. Para EEPPM, teniendo en cuenta el efecto de las refacturaciones el valor de la pérdida sería de US\$7.794.824,51...”

Adicionalmente, EPM explicó las causas por las que, a su juicio, los valores determinados en el dictamen y los calculados por ella en los actos demandados fueron diferentes, así:

“Para Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la única manera de explicar las diferencias es por la CRRRI asumida por el experto respecto a los cálculos de esta Entidad, en la tabla de liquidación que se debía recibir por cargo por capacidad de Termosierra considerando como fecha de entrada el 10 de diciembre de 2000. Las diferencias se muestran en la siguiente tabla:

“(…)”

¹⁰² Folios 470 y 471 del cuaderno 1.

¹⁰³ Folios 472 a 475 del cuaderno 1.

*“1) La diferencia más importante es la de diciembre/2000 y se debe a que Las Empresas, tomó para el cálculo una capacidad para Termosierra de 477MW, que fue la declarada al CDN en los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad 2000-2001, **mientras que el experto toma 470 MW, valor al que se bajó la capacidad de la planta el 23 de octubre de 2001. Por la diferencia de CRR de diciembre/2000 se explica una diferencia de US\$24,142.64 dólares.***

“2) La diferencia en los otros meses se debe a redondeos de cálculos que efectuó el experto entre enero y noviembre. Los cálculos de Las Empresas son exactos, incluyendo una precisión de 2 cifras decimales. Por estos redondeos se explica una diferencia de US\$2,310.11 dólares” (negritas fuera de texto).

Con base en lo anterior, solicitó:

“Con las anteriores precisiones se le solicita al perito aclarar y/o complementar su dictamen en el sentido de certificar si el entendimiento de esta Entidad es correcto y entonces proceder a realizar el peritaje de conformidad, o en su defecto explicar porque (sic) para el cálculo de capacidad para Termosierra tomó 470MW y no de 477MW, que fue la declarada al CDN en los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad 2000-2001”.

Al contestar los requerimientos de las partes, el perito encontró razón a lo señalado por EPM y, como consecuencia, modificó el resultado del valor correspondiente a las pérdidas por capacidad de la planta Termoeléctrica La Sierra, las cuales ascendieron a US\$7.794.824,42¹⁰⁴, cifra que, se insiste, no fue objetada por ninguna de las partes y que al encontrarse debidamente sustentada en el dictamen será la que se tomará como la correspondiente a los perjuicios causados a EPM. Se agrega que en su intervención en esta instancia EPM no se opuso al análisis con fundamento en el cual la demandante refutó las conclusiones del Tribunal, aspecto en el que, por las razones que se pasan a explicar, la Sala encuentra razón a la Aseguradora.

Según lo expresado por EPM en los numerales 14 y 15 la Resolución 263606 del 28 de agosto de 2002, con cargo al valor de los perjuicios causados a EPM como consecuencia del incumplimiento del plazo contractual, que en ese momento calculó en US\$9.310.519,93, la entidad compensó la suma retenida al contratista por valor de US\$6.683.770, por lo cual, por este concepto, con cargo a la póliza de cumplimiento –cláusula penal-, exigió a la Aseguradora el pago de US\$2.626.749,93, suma a la que agregó US\$2.381.545,21, correspondiente a multas, lo que arrojó un valor total de US\$5.008.295,14 que es el que se imputó a la demandante con cargo a la garantía de cumplimiento.

Como en este proceso se acreditó que el valor de los perjuicios ascendió a US\$7.794.824,42 y no a US\$9.310.519,93, la diferencia entre estas cifras, esto es,

¹⁰⁴ El experto indicó: “En relación a la solicitud presentada por la apoderada de las Empresas Públicas de Medellín, certifico que el entendimiento de esa entidad es correcto, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la nueva tabla que se debe considerar sería la anteriormente presentada (Tabla No 2); con lo cual ya podríamos establecer las pérdidas en dólares por liquidación del Cargo por Capacidad presentado en esta Central...” (la aclaración al dictamen obra de folios 487 a 491 del cuaderno 1).

US\$1.515.695,15, debe restarse al valor que se imputa al amparo de cumplimiento cubierto por la póliza 916942, lo que arroja un total de US\$3.492.599,63.

Así las cosas, concluye la Sala que, en lo que a este aspecto concierne, le asiste razón a la demandante y, por tanto, así se declarará, lo que implica modificar en este punto la sentencia recurrida, para señalar que el valor al que está obligada la compañía aseguradora a responder con cargo a la póliza 916942 es de US\$3.492.599,63.

Como consecuencia de lo anterior y en consideración a que la parte actora solicitó que se ordene a EPM restituir los valores que hubiere pagado o llegare a pagar en virtud de lo consignado en las Resoluciones 263606 y 280201 de 2002, la Sala ordenará que, en caso de haber recibido el pago, el cual debió realizarse en los términos del artículo 874 del Código de Comercio¹⁰⁵, la demandada deberá restituir lo recibido en exceso, debidamente actualizado.

4. Costas

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

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2012 por Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia quedará así:

1.- DECLARAR no probada la excepción de falta de competencia jurisdiccional, formulada por las Empresas Públicas de Medellín.

2.- DECLARAR que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFINAZA S.A. está obligada a pagar, con cargo a la póliza 91916942, la suma de US\$3.492.599,63 y no la de US\$5.008.295,14

¹⁰⁵ **“ARTÍCULO 874. <ESTIPULACIONES EN MONEDA EXTRANJERA>**. Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal Colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

“Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago” (negritas fuera de texto).

como quedó contenido en las resoluciones 263603 y 280201 de 2002, expedidas por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

3.- En consecuencia, **DECLARAR** que, en caso de que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFINAZA S.A.- hubiere pagado por ese concepto una cifra superior a la que según esta providencia le correspondía, Empresas Públicas de Medellín ES.P. deberá reintegrar los valores pagados en exceso, debidamente actualizados.

4.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

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

ACLARACIÓN DE VOTO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PÚBLICA

En la sentencia se afirma que el régimen de la Ley 142 de 1994 no es un régimen exceptuado al de la Ley 80 de 1993, sino uno especial y principal, derivado de la competencia otorgada al legislador por el artículo 365 de la Constitución Política. Si bien coincido con el origen constitucional del régimen de la Ley 142 de 1994, considero que esa circunstancia no impide considerarlo como exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) –estatuto del que la Ley 80 de 1993 es solo una parte–, ello en la medida en que el carácter

exceptuado no constituye una categoría jurídica legal sino jurisprudencial y doctrinal, deducida del simple hecho de que las normas del EGCAP –concebidas ab initio con un criterio de universalidad– resultaban inaplicables total o parcialmente en determinados regímenes contractuales. (...) Por supuesto que respecto del EGCAP no tiene ningún sentido hablar de un carácter exceptuado de la Ley 142 de 1994 cuando el régimen se predica de personas privadas, sino únicamente cuando el Estado directa o indirectamente asume la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados en dicha normativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 / LEY 80 DE 1993

CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EPM / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL DE LAS NORMAS / PREVALENCIA DE LA NORMA SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / ASEGURADO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

[C]onsidero que, más allá de la posibilidad de que se modifique el procedimiento de reclamación al asegurador –al no encontrarse las normas sobre está entre las disposiciones del artículo 1162 del Código de Comercio –, la prueba del siniestro y de su cuantía resultan ser exigencias indispensables para que se entiendan realizado el riesgo asegurado y surgida la obligación condicional del asegurador. En otras palabras, las resoluciones demandadas, por el hecho de incorporar manifestaciones que perseguían acreditar los elementos antedichos, constituyeron materialmente una reclamación dirigida a que surgiera la obligación del asegurador. En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 24 de septiembre de 2020.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ
RICO**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

ACLARACIÓN DE VOTO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 05001-23-31-000-2003-00985-01 (44707)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.

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

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – aclaración de voto a la sentencia de 24 de septiembre de 2020 – Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez

Temas: **Aclaración de voto.** *ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – La noción de regímenes exceptuados al EGCAP – El objeto de la reclamación en el contrato de seguro.*

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente a la sentencia aprobada por la Sala el 24 de septiembre de 2020, la cual modificó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Antioquia que había declarado no probada la excepción de falta de jurisdicción y negó las pretensiones de la demanda; y, en su lugar, declaró **(i)** no probada a excepción de falta de competencia y jurisdicción, **(ii)** que la parte actora está obligada a pagar, con cargo a la póliza 91916942, la suma de US\$3.492.599,63 y no la de US\$5.008.295,14, **(iii)** que en caso de que la parte demandada hubiera recibido en pago un valor superior debía reintegrar el exceso actualizado y **(iv)** negó las demás pretensiones.

Si bien coincido con la decisión adoptada en la sentencia, considero importante aclarar mi posición frente a algunas aseveraciones que aquella incorporó en su texto.

1. El carácter exceptuado del régimen de la Ley 142 de 1994

En la sentencia se afirma que el régimen de la Ley 142 de 1994 no es un régimen exceptuado al de la Ley 80 de 1993, sino uno especial y principal, derivado de la competencia otorgada al legislador por el artículo 365 de la Constitución Política.

Si bien coincido con el origen constitucional del régimen de la Ley 142 de 1994, considero que esa circunstancia no impide considerarlo como exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) –*estatuto del que la Ley 80 de 1993 es solo una parte*–, ello en la medida en que el carácter exceptuado no constituye una categoría jurídica legal sino jurisprudencial y

doctrinal, deducida del simple hecho de que las normas del EGCAP –*concebidas ab initio con un criterio de universalidad*– resultaban inaplicables total o parcialmente en determinados regímenes contractuales.

Cabe advertir que cuando el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estableció las materias que el EGCAP y los referidos regímenes contractuales podían¹⁰⁶ tener en común, no lo hizo en referencia a las distintas normas de estirpe constitucional que los originaron, sino a las normas legales que los desarrollaron, lo que se deduce de la expresión “*Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...)*”.

Finalmente, quiero hacer una breve mención a la sentencia C-066 de 1997, en la que la Sala parece fundamentar la afirmación objeto de mi aclaración, pues la Corte Constitucional indicó que “*(...) el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley)*”.

Por supuesto que respecto del EGCAP no tiene ningún sentido hablar de un carácter exceptuado de la Ley 142 de 1994 cuando el régimen se predica de personas privadas, sino únicamente cuando el Estado directa o indirectamente asume la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados en dicha normativa.

2. La calificación de las manifestaciones contenidas en las resoluciones demandadas y su efecto frente a la póliza de seguros

La sentencia descarta correctamente la nulidad de las resoluciones demandadas, con base, entre otros argumentos, en la pervivencia del contrato de seguro, de acuerdo con la real intención de las partes a la luz del régimen legal aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia parece cuidarse de no calificar como “*reclamación*” al efecto que tuvieron dichas resoluciones en la relación

¹⁰⁶ Utilizó el verbo “*podían*” y no “*debían*” porque el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estableció que las entidades con régimen contractual excepcional al del EGCAP aplican esas materias en común acorde con su régimen legal especial, lo que denota que la forma en que resultan aplicables depende de que las condiciones de cada régimen especial lo permitan, con base en unos criterios de compatibilidad y/o adaptabilidad.

aseguraticia y en su lugar interpreta lo manifestado por EPM en ellas como la ruta convencional que debía seguir EPM, beneficiaria de la póliza, para acceder al pago de la suma asegurada.

De acuerdo con la sentencia, el procedimiento que convencionalmente se dispuso en el contrato de seguro para exigir el pago del siniestro amparado fue distinto al que surge de la lectura conjunta y sistemática de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio, afirmó específicamente que:

“(…) para hacer efectiva la garantía, la Asegurada debía manifestar motivadamente y por escrito que el riesgo amparado se había realizado, dar oportunidad a la contratista y a la Aseguradora para pronunciarse al respecto y, después, definir, igualmente por escrito debidamente motivado, si mantenía o no su declaración, con lo cual, según lo estipulado, el siniestro se entendería causado, esto es, que no necesitaba más que adelantar el procedimiento previamente descrito y presentar los respectivos documentos contentivos de dichas manifestaciones debidamente justificadas ante la Aseguradora para hacer efectivo el pago, pues, según lo consignado en el numeral 5 de las condiciones generales de la póliza, la demandante procedería al pago dentro del mes siguiente a la fecha en que se hiciera tal presentación”.

La obligación condicional del asegurador surge como consecuencia de la efectiva realización del riesgo asegurado, lo cual supone no solo la prueba del siniestro sino también de la cuantía de la pérdida, acreditación que corresponde precisamente al concepto de reclamación. No puede entenderse surgida la obligación del asegurador si antes el asegurado y/o beneficiario no presenta materialmente una reclamación, sin que interese la denominación que le atribuya.

En ese sentido, considero que, más allá de la posibilidad de que se modifique el procedimiento de reclamación al asegurador –*al no encontrarse las normas sobre está entre las disposiciones del artículo 1162 del Código de Comercio*¹⁰⁷–, la prueba del siniestro y de su cuantía resultan ser exigencias indispensables para que se entiendan realizado el riesgo asegurado y surgida la obligación condicional del asegurador. En otras palabras, las resoluciones demandadas, por el hecho de incorporar manifestaciones que perseguían acreditar los elementos antedichos,

¹⁰⁷ “ARTÍCULO 1162. <NORMAS INMODIFICABLES Y MODIFICABLES SOLO EN SENTIDO FAVORABLE. Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161”.

constituyeron materialmente una reclamación dirigida a que surgiera la obligación del asegurador.

En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 24 de septiembre de 2020.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / EPM / ACTO ADMINISTRATIVO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / INDEMNIZACIÓN EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

En el presente caso, la controversia tuvo su origen en la expedición, por parte de la entidad demandada, de las Resoluciones (...), por medio de las cuales Empresas Públicas de Medellín E.S.P. declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva parcialmente la póliza de seguro de cumplimiento expedida por la Compañía Aseguradora (...), para amparar el Contrato (...). Al respecto considero que, en condiciones normales, resoluciones como las referidas, reúnen todos los elementos para ser tenidas como verdaderos actos administrativos, independientemente de su legalidad y validez, en tanto corresponden a una manifestación unilateral de voluntad, proferida por una autoridad estatal en ejercicio de función administrativa, que crean una situación jurídica particular, en cuanto imponen una obligación de pago a cargo de la aseguradora, con el carácter ejecutorio y ejecutivo propio de esa clase de decisiones. Ahora bien, tal y como se reconoce en la sentencia, en virtud de lo dispuesto expresamente por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho privado -salvo lo concerniente al ejercicio de las facultades excepcionales, en caso de ser pactadas-, por lo que, en principio, no están autorizadas para expedir esta clase de actos administrativos y, de hacerlo, estimo que ellos serían ilegales y así habría que declararlo. No obstante, en el presente caso acompañó la decisión tomada, en consideración a que consta en el plenario que fue la misma aseguradora quien en las condiciones generales de la póliza expedida a favor del contratista -en la que aparece como beneficiaria la entidad estatal-, expresamente dispuso la forma de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, y las resoluciones expedidas por EPM obedecieron a tales estipulaciones, respecto de las cuales se debe optar por el efecto útil de lo pactado y evitar que, por el mecanismo de alegar la falta de competencia de la entidad para proferir actos administrativos, pueda la

aseguradora eludir sus obligaciones, libre y legalmente contraídas (...) Por lo tanto, al estar probado en el proceso que las resoluciones demandadas no correspondieron a la decisión autónoma y unilateral de la entidad de ejercer prerrogativas propias sino al exacto cumplimiento del procedimiento dispuesto por la aseguradora para efectuar el cobro de la indemnización objeto del amparo, se debe preferir la interpretación que mejor se avenga al contrato de seguro de cumplimiento

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 32

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARÍA ADRIANA MARÍN

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN “A”

Radicación: 05001233100020030098501 (44707)
Demandante: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Referencia: Acción de controversias contractuales (CCA)
Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez
Sentencia: 24 de septiembre de 2020

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión tomada por la Sala en el proceso de la referencia, procedo a explicar las razones por las cuales aclaro mi voto.

En el presente caso, la controversia tuvo su origen en la expedición, por parte de la entidad demandada, de las Resoluciones 263603 de agosto 26 y 280201 del 12 de noviembre de 2002, por medio de las cuales Empresas Públicas de Medellín E.S.P. declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva parcialmente la póliza de seguro de cumplimiento expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., para amparar el Contrato 3303775 del 19 de febrero de 1999, celebrado entre dicha entidad y la Unión Temporal General Electric Company y Parsons Group International Ltd.

Al respecto considero que, en condiciones normales, resoluciones como las referidas, reúnen todos los elementos para ser tenidas como verdaderos actos

administrativos, independientemente de su legalidad y validez, en tanto corresponden a una manifestación unilateral de voluntad, proferida por una autoridad estatal en ejercicio de función administrativa, que crean una situación jurídica particular, en cuanto imponen una obligación de pago a cargo de la aseguradora, con el carácter ejecutorio y ejecutivo propio de esa clase de decisiones. Ahora bien, tal y como se reconoce en la sentencia, en virtud de lo dispuesto expresamente por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho privado -salvo lo concerniente al ejercicio de las facultades excepcionales, en caso de ser pactadas-, por lo que, en principio, no están autorizadas para expedir esta clase de actos administrativos y, de hacerlo, estimo que ellos serían ilegales y así habría que declararlo.

No obstante, en el presente caso acompaño la decisión tomada, en consideración a que consta en el plenario que fue la misma aseguradora quien en las condiciones generales de la póliza expedida a favor del contratista -en la que aparece como beneficiaria la entidad estatal-, expresamente dispuso la forma de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, y las resoluciones expedidas por EPM obedecieron a tales estipulaciones, respecto de las cuales se debe optar por el efecto útil de lo pactado y evitar que, por el mecanismo de alegar la falta de competencia de la entidad para proferir actos administrativos, pueda la aseguradora eludir sus obligaciones, libre y legalmente contraídas; pues como bien lo dice la sentencia, *“el entendimiento que la demandante pretende darle a las condiciones generales de la póliza que ella misma redactó es inadmisibles, se basa en un velado juicio de invalidez de las condiciones que ella misma predispuso en las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento, pues llevaría a concluir que, en realidad, al expedirla no asumió ninguna obligación, en tanto que el cumplimiento de la condición que ella misma impuso para demostrar la ocurrencia del siniestro y, por ello, para proceder al pago, sería moralmente imposible de cumplir, por contravenir el orden público”*.

Por lo tanto, al estar probado en el proceso que las resoluciones demandadas no correspondieron a la decisión autónoma y unilateral de la entidad de ejercer prerrogativas propias sino al exacto cumplimiento del procedimiento dispuesto por la aseguradora para efectuar el cobro de la indemnización objeto del amparo, se debe preferir la interpretación que mejor se avenga al contrato de seguro de cumplimiento y, según se afirma en la sentencia, ello *“permite darle un efecto útil a*

lo estipulado, a la vez que garantiza que se respete en su esencia lo pactado, que se cumplan las obligaciones derivadas del acuerdo entre los contratantes del seguro, las cuales, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, son ley para las partes, asegura que se preserve la pervivencia del negocio jurídico y, por todo esto, que se honre el principio de la buena fe contractual”.

En los términos anteriores, dejo consignada mi aclaración de voto.

Firmado eletronicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN