

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Terminación anticipada – Liquidación

[...] el juez a quo se inhibió para fallar, porque consideró que el actor omitió demandar la legalidad del acto de liquidación unilateral, lo cual impedía conocer del resto de las pretensiones. El recurrente, por su parte, arguyó que no era necesario demandar la nulidad del acta de terminación y liquidación, por cuanto ella no contenía el negocio jurídico. Asimismo, insistió en que este contrato se regía por el derecho privado, motivo por el cual lo procedente era demandar el incumplimiento contractual.

Al respecto, se tiene que, como el acto de terminación anticipada y liquidación final proferido por EMCALI no es administrativo, no goza de las características propias de este tipo de decisiones, entre ellas, la presunción de legalidad. En ese sentido, no era necesario, para efectos de debatir el supuesto incumplimiento de la demandada, que se debiera elevar la pretensión de nulidad -especialmente, porque no es posible impugnar la legalidad de los actos jurídicos de las ESP-. Por el contrario, la discusión sobre si la terminación anticipada de la oferta desconoció o no los deberes negociales a cargo de EMCALI, solo puede ventilarse en el escenario de la responsabilidad contractual y en el marco de la pretensión de incumplimiento -tal y como aconteció en este caso-.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Garantías – Transacciones en la bolsa de energía

[...] Mediante la Resolución CREG 116 de 1998, la Comisión de Regulación de Energía y Gas estableció la reglamentación sobre la limitación del suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y dictó disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

“Este acto administrativo se complementó con la Resolución CREG 001 de 2003, que en el artículo 1 establece: “Limitación de suministro de energía en bolsa que no está destinada directamente a atender usuarios finales por parte de generadores y comercializadores morosos; y la limitación a agentes morosos por incumplimiento en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía. Cuando en cumplimiento de lo establecido en las Resoluciones CREG-024 de 1995, CREG-116 de 1998, CREG-070 de 1999 y demás regulación pertinente, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, encuentre incumplimientos en el otorgamiento, restitución o actualizaciones de los pagarés, pagos anticipados, garantías financieras, en los depósitos semanales o en los pagos de las facturas por parte de un comercializador o generador que compra energía en bolsa que no está destinada a atender directamente a usuarios finales, o en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía, procederá en concordancia con lo dispuesto en esas resoluciones, en la presente resolución y en las que las modifiquen o adicionen”.”

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Fuerza mayor – Caso fortuito – Jurisprudencia – Consejo de Estado

[...] la Sala considera que, diferente a lo plasmado por el actor, las situaciones constitutivas de su incumplimiento no se enmarcan dentro de los escenarios de la fuerza mayor o del caso fortuito. En primer término, el inicio del proceso de limitación de suministro no fue un hecho imprevisible o irresistible que le fuera ajeno a COEDECO, ya que, según se vio, estas situaciones obedecieron al

incumplimiento de sus obligaciones con el ASIC. Es decir, no fue una situación extraña a las partes, sino que le fue completamente imputable al demandante.

Esta figura ha sido explicada por la Sala, así: “33. El artículo 64 del Código Civil señala que la fuerza mayor es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Con base en esta norma, se ha concluido que los elementos de la fuerza mayor son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Con todo, como indica la jurisprudencia, el evento también debe ser externo al deudor. // 34. En el ordenamiento jurídico colombiano, la fuerza mayor y el caso fortuito son causales eximentes de responsabilidad, en tanto se entienden ajenas al deudor o a la persona a la que se pretende atribuir una determinada responsabilidad. En materia contractual, la fuerza mayor se entiende referida al acaecimiento de circunstancias imprevisibles e irresistibles, extrañas a las partes, que imposibilitan, definitiva o temporalmente, total o parcialmente, la ejecución del contrato” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de agosto de 2022, C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad.: 68001-23-31-000-2009-00229-02 (58.485).



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694)

Actor: COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE COLOMBIA S.A. E.S.P. – COEDECO

Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: RÉGIMEN DE LAS ESP: Aplica el derecho privado, junto con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades – El acto de liquidación unilateral proferido por una empresa de servicios públicos no es un acto administrativo, razón por la cual no es pasible de la pretensión de nulidad – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: La actora incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, dado que fue retirada del mercado de energía mayorista, lo cual le imposibilitaba realizar las transacciones derivadas de la oferta mercantil.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 27 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls. 446 – 476, c. ppl.), que se inhibió para fallar, por encontrar acreditada la ineptitud sustancial de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 9 de mayo de 2012, la Comercializadora Eléctrica de Colombia (en adelante, COEDECO) presentó demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de las Empresas Municipales de Cali (en adelante, EMCALI), por considerar que, con la terminación anticipada de la Oferta Mercantil No. 055-2009, esta incurrió en un incumplimiento contractual, generándole a COEDECO un perjuicio,



al impedir que se compensaran los mayores costos que asumió al inicio del contrato, y al evitar que se amortizaran los valores prepagados por la demandada.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 9 de mayo de 2012 (fls. 92 – 109, c1), la Comercializadora Eléctrica de Colombia, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se dirigió en contra de las Empresas Municipales de Cali, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Que se declare que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. incumplió la Oferta Mercantil para el Suministro de Energía #055-2009 fechada el 26 de noviembre del año 2009, Oferta mercantil que fue recibida por EMCALI el día 27 de noviembre de 2009 radicándose bajo el número 0198. Oferta Mercantil que fue aceptada pura y simple por EMCALI EICE E.S.P. mediante la orden de Compra #100-GG-001416 del 3 de diciembre del año 2009.

SEGUNDA.- Que se declare que la sociedad COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE COLOMBIA S.A. E.S.P. – COEDECO S.A. E.S.P. se encuentra legitimada para exigir el cumplimiento de la oferta mercantil y de su liquidación conforme a las Cláusulas constituidas hasta el 4 de Febrero de 2011.

TERCERA.- Que se dé jurídicamente por terminada la Oferta mercantil por Causa de Incumplimiento (sic) Violación de las Condiciones constituidas por parte delas (sic) EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. y COEDECO al suscribirse y aceptarse la Oferta Mercantil.

CUARTA.- Que se condene a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. al pago de la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$5.450.203.452.00), valores resultantes de la liquidación de la Oferta Mercantil de acuerdo a los términos y condiciones pactadas y aceptados por COEDECO S.A. E.S.P. y EMCALI EICE E.S.P.

QUINTA.- Que se condene a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. al pago de los perjuicios causados por la terminación unilateral de la Oferta Mercantil – Negocio Jurídico, perjuicios que se estiman en la suma de QUINCE MIL TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$15.031.315.075.00).

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- Que se condene a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE ESP al pago de los perjuicios causados por la terminación unilateral de la Oferta Mercantil – Negocio Jurídico que sean determinados o dictados por Peritos o que resulten debidamente probados en este proceso.



Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.

SEXTA.- Que se condene a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. al reconocimiento y pago de la Cláusula Penal pactada en la oferta mercantil de la suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$3.644.880.240.00).

SÉPTIMA.- Que se condene a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI EICE E.S.P. al pago de las Costas y Agencias en Derecho.

1.1 Los fundamentos de hecho:

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

COEDECO presentó ante EMCALI la Oferta Mercantil No. 055-2009 el día 26 de noviembre de ese año, la cual tenía por objeto el suministro de energía eléctrica. Dicha oferta fue recibida por EMCALI bajo el radicado No. 0198. La Oferta Mercantil 055-2009 fue aceptada por EMCALI a través de la Orden de Compra No. 100-GG-001416 del 3 de diciembre del año 2009.

En la Condición Sexta de la oferta mercantil se pactó un precio de referencia para la energía, el cual constituía la base para liquidar el contrato. Dicho precio de referencia operaba así: (i) si el precio de la energía diario en la bolsa de energía era menor al precio de referencia pactado en la oferta mercantil, EMCALI compraría directamente en la bolsa de energía, y le pagaría a COEDECO la diferencia entre el precio de referencia y el precio de la bolsa. (ii) Por el contrario, si el precio de la energía diario en la bolsa de energía era mayor al precio de referencia pactado en la oferta mercantil, EMCALI compraría a COEDECO al precio de referencia acordado.

En diferentes condiciones de la oferta se acordaron situaciones como (i) la facturación y la forma de pago (Condición Séptima) y (ii) la mora por la falta de pago (Condición Octava).

El artículo 3 de la Resolución CREG 038 de 2010, que modifica la Resolución CREG 024 de 1995, dispone que, en caso de terminación de un contrato, es obligación de las partes informarle al administrador del SIC, con una anticipación mínima de 7 días calendario a la fecha de terminación, con el fin de que este deje de considerarlo en la comercialización al interior del mercado mayorista.



*Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.*

En virtud de la precitada resolución, el actor aseguró que los contratos del sector eléctrico son regulados por la CREG, por lo que, tanto su ejecución como su terminación, están sometidos a una formalidad, esto es, al registro ante el administrador del SIC. De este modo, EMCALI solicitó al ASIC la terminación del contrato derivado de la oferta mercantil el 28 de enero de 2011, razón por la cual el mismo estuvo vigente hasta el 4 de febrero siguiente, es decir, 7 días después a la solicitud de terminación.

Según el demandante, para la terminación de los contratos de energía bilaterales entre agentes del sector eléctrico es necesaria, se reitera, la intervención de un tercero, como lo es el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, que, en este caso, es XM S.A. E.S.P. Por lo mismo, y en armonía con el párrafo anterior, un contrato de esta naturaleza solo puede ejecutarse o terminarse una vez sean registradas dichas novedades ante el ASIC.

Cuando EMCALI solicitó ante XM S.A. la terminación del contrato, la bolsa de energía se encontraba por debajo del precio de referencia establecido en la oferta, por lo que aquella estaba comprando directamente en la bolsa. En ese sentido, la decisión de terminar unilateralmente el contrato fue errada, pues este se estaba ejecutando en las condiciones pactadas originalmente.

Bajo estos términos, el contrato debía liquidarse siguiendo los lineamientos de la oferta mercantil, es decir, teniendo como base el precio de referencia de la energía en la bolsa de energía, que se transó durante el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010, fecha en la que EMCALI inició la compra en la bolsa de energía, y el 4 de febrero de 2011, fecha en la que se hizo efectivo el registro de terminación ante XM S.A.

El accionante, durante el periodo comprendido entre el 7 de enero y el 4 de mayo de 2010, cumplió con la obligación de cubrir a EMCALI de los altos precios en la bolsa de energía, generados por la presencia del fenómeno de El Niño. Como este periodo se caracterizó por unos precios de bolsa muy superiores al precio de referencia, EMCALI logró unos menores valores en la compra de energía (en total, ahorró \$3.054'975.589).

En el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011, operó la compensación que se generaba a favor de COEDECO, debido a que EMCALI



estaba comprando directamente en bolsa. Dicha compensación generó un saldo a favor de COEDECO, que ascendía a la suma de \$2.566'802.385.

EMCALI prepagó a COEDECO los suministros de los meses de mayo y junio de 2010, y a partir del 5 de mayo de 2010, aquella, se reitera, inició la compra de energía en la bolsa, hasta el 4 de febrero de 2011. Por ello, se debe hacer una compensación de los valores anticipados correspondientes al periodo comprendido entre el 5 de mayo y el 30 de junio de 2010, por un valor de \$3.283'351.463. Una vez descontados los gravámenes correspondientes, queda a favor de EMCALI un valor neto a compensar igual a \$3.037'327.903.

La entidad demandada terminó irregular y unilateralmente el contrato, en un momento en el que el precio de la bolsa de energía estaba por debajo del precio de referencia del contrato, desconociendo que en la oferta se pactó que, en dichas circunstancias, EMCALI compraría directamente en la bolsa de energía. Esta situación impidió que COEDECO compensara los mayores valores asumidos al principio del contrato, así como la devolución del prepago correspondiente al periodo comprendido entre el 5 de mayo y el 30 de junio de 2010.

Con la terminación del contrato, EMCALI le generó un perjuicio a COEDECO, en tanto impidió la compensación pactada en la oferta mercantil y la posibilidad de generar la facturación a la que tenía derecho. Según los datos reales y el comportamiento del mercado de energía, a 31 de diciembre de 2012, se hubiesen podido generar resultados positivos a favor de COEDECO. De este modo, las actuaciones de la demandada violaron el principio de la buena fe, regulado en el artículo 871 del Código de Comercio.

Si bien existían unos saldos pendientes por amortizar como remanente del prepago de la energía de mayo y junio de 2010, dicha situación no estaba contemplada como una causal de terminación del contrato.

Por ello, no existió una razón válida para que EMCALI terminara unilateralmente la oferta mercantil. Por lo tanto, y una vez realizado el cálculo de los valores pendientes por reconocer y pagar, EMCALI le adeuda a COEDECO, por el periodo comprendido entre el 5 de febrero y el 15 de octubre de 2011¹, la suma de \$5.450'203.452. Sumado

¹ Este día, según el actor, corresponde a la última fecha con datos reales del mercado de energía.



Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.

a ello, le adeuda, por el periodo del 16 de octubre de 2011 al 31 de diciembre de 2012, la suma de \$9.581'111.623, para un perjuicio total de \$15.031'315.075. Finalmente, le adeuda lo correspondiente a la cláusula penal, calculada en \$3.644'880.240.

EMCALI le remitió a COEDECO el acta de terminación y liquidación, la cual no contempló lo pactado en la Resolución CREG 038 de 2010, en relación con la forma de terminar los contratos entre agentes del sector eléctrico. Adicionalmente, con dicha acta de terminación, se generó un agravio a COEDECO, ya que, como este contrato estaba contemplado a tres años, y era de “cobertura”, resultaba indispensable dejar transcurrir el periodo contractual, con el fin de proceder a liquidar de mutuo acuerdo la relación negocial, y máxime cuando se tenía un precio de referencia.

Por medio del comunicado 500-GE-0368 del 19 de abril de 2010, EMCALI le solicitó a COEDECO informar la manera en la que garantizaría la normal ejecución del contrato, indicándole, además, que era necesario que aportara el nuevo contrato de respaldo, que sustituyese el que había dejado de existir.

A través de la carta con radicado CDCC-10-238 del 15 de mayo de 2010, COEDECO informó que, efectivamente, fue objeto de una medida de limitación de suministro, por causas ajenas a su voluntad. En este documento explicó que, para efectos de venderle energía a EMCALI, suscribió un contrato con la empresa COMERCIALIZAR, quien, dentro de los contratos de respaldo, tenía uno con la empresa TERMOYOPAL S.A. Como COMERCIALIZAR fue objeto de un proceso de limitación de suministro, TERMOYOPAL terminó el contrato que le servía de respaldo a EMCALI. Aunque COEDECO hizo lo posible por obtener un contrato de respaldo, dichos esfuerzos resultaron infructuosos. Para el accionante, esta situación constituyó una fuerza mayor o caso fortuito, por ser imprevisible e irresistible.

EMCALI, por intermedio del comunicado 100-GG-0570 del 26 de mayo de 2010, aseveró que las causas que derivaron en el incumplimiento de COEDECO no constituyen fuerza mayor ni caso fortuito, debido a que no fueron imprevisibles ni irresistibles. Para la entidad demandada, el proceso de limitación de suministro de COMERCIALIZAR era una situación que constituía un riesgo que debía ser previsto, al tiempo que era resistible, en tanto era posible obtener un nuevo contrato de respaldo.



*Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.*

COEDECO aseguró que EMCALI no valoró situaciones sobrevinientes que rompieron el equilibrio contractual, como el fenómeno de El Niño, la intervención de la CREG en el mercado, el precio de escasez, entre otros.

1.2 Fundamentos de derecho:

La parte accionante invocó como fundamento de sus pretensiones los artículos 87 del C.C.A. -modificado por la Ley 446 de 1998-; 1595, 1602, 1603 y 1613 del Código Civil, y 864 y 871 del Código de Comercio.

2. Actuaciones procesales en primera instancia:

A través del auto del 22 de junio de 2012 (fls. 113 – 114, c1), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda, y ordenó su notificación al representante legal de EMCALI y al Ministerio Público, cancelar los gastos de notificación, fijar en lista el proceso por el término de 10 días, y reconocerle personería al apoderado de la parte actora.

2.1 Contestación de la demanda:

La demanda fue notificada a EMCALI el día 13 de septiembre de 2012 (fl. 120, c1). El 14 de diciembre de ese año, aquella la contestó (fls. 122 – 150, c1). Indicó que no era cierto que la CREG hubiese creado requisitos para la ejecución y terminación del contrato, en tanto dicha entidad, a través de la Resolución 024 de 1995, prescribió que la forma, el contenido y las condiciones establecidos en los contratos de energía podrían pactarse libremente entre las partes. Por esto, aseguró que era indiferente que EMCALI hubiese solicitado al ASIC la terminación de la oferta mercantil el día 28 de enero de 2011, ya que en el contrato no se pactó dicha obligación a cargo del comprador. Sin embargo, lo hizo con el fin de cumplir lo dispuesto en la Resolución CREG 038 de 2010.

Aseguró, además, que COEDECO incumplió el contrato desde el día 5 de mayo de 2010, y así lo reconoció su representante legal y el ASIC -XM S.A.-, el cual, por medio del oficio No. 6015-11-000321-3-000525-3, aseguró que no se consideró a COEDECO dentro de las transferencias del mercado desde el día 5 de mayo de 2010, primero, por



el proceso de limitación de suministro en bolsa, y luego, por el retiro del mercado de este agente.

Afirmó que COEDECO, por medio del comunicado CDCC-10-233, solicitó una suspensión del contrato por 30 días, la cual no fue aceptada por EMCALI. Asimismo, aseveró que, si COEDECO incumplió el contrato, no es posible que pretenda solicitar la compensación de sumas anticipadas por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011. Para la entidad demandada, la operación de lo adeudado por COEDECO se explica en los siguientes términos: (i) EMCALI entregó como anticipo y pago anticipado la suma de \$13.122'353.407, por concepto de compra de energía entre los meses de enero a junio de 2010. (ii) COEDECO suministró energía hasta el día 4 de mayo de 2010, por valor de \$7.257'959.993. (iii) COEDECO adeuda, por concepto de reintegro a EMCALI por energía pagada y no entregada, un valor de \$5.864'393.414. (iv) En igual sentido, adeuda, por concepto de cláusula penal, el 10% del valor estimado de lo que faltó por ejecutarse de la oferta, esto es, \$5.207'259.924. A estos valores, queda pendiente sumarle los perjuicios que logren probarse, restando el valor de la pena.

De igual modo, sostuvo que era impreciso aseverar que este contrato era “*de cobertura*”, figura atípica en el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto dicho negocio, en realidad, era una oferta mercantil, en los términos de los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio.

A partir de lo expuesto, formuló como “*declaraciones*”, excepciones o argumentos de defensa: (i) la inexistencia del derecho, por cuanto COEDECO incumplió con las obligaciones de la oferta mercantil desde el 5 de mayo de 2010; (ii) contrato no cumplido, ya que, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1609, 1546 y 1882 del Código Civil, la parte actora incumplió la Oferta Mercantil No. 055-2009, al no suministrar la energía eléctrica comprada y pagada de manera anticipada por EMCALI; (iii) cobro de lo no debido, por no cumplir con el suministro de energía eléctrica pactado en la oferta mercantil; (iv) enriquecimiento sin causa, en tanto las solicitudes de indemnización y compensación pretendidas por el demandante carecen de razones jurídicas, y (v) la innominada. También solicitó que se terminara el proceso y que se condenara en costas al actor.



2.2 Alegaciones finales:

Vencido el período probatorio, en el auto del 17 de octubre de 2014 (fls. 406 – 408, c1), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

EMCALI presentó sus alegatos de conclusión el día 7 de noviembre de 2014 (fls. 409 – 432, c1). Aseguró que la intención de las partes era celebrar un contrato de suministro de energía, contenido en la oferta mercantil (artículo 968 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 42 y 43 de la Ley 143 de 1994), mas no un contrato atípico denominado “*de cobertura financiera*”.

Afirmó que los contratos de cobertura son negocios financieros en los que no se hace entrega física de la energía, vigilados por la Superintendencia Financiera, y, por lo tanto, por fuera de la competencia de la CREG. Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato objeto del litigio era uno de suministro de energía de largo plazo bajo la modalidad de pague lo contratado, ya que la entrega física de la energía sí se daba a través de las fronteras comerciales.

Para la entidad accionada, era imposible que este contrato fuera de cobertura, pues este tipo de negocios jurídicos solo se empezaron a celebrar en Colombia a partir del año 2010 -octubre-, es decir, al momento de suscribir la Oferta Mercantil 055-2009 dichos negocios no operaban en el país.

Finalmente, aseguró que las copias presentadas por COEDECO no cumplían con los requisitos para que las mismas tengan valor probatorio.

La parte demandante, por su parte, presentó las alegaciones el 7 de noviembre de 2014 (fls. 433 – 443, c1). Afirmó que este negocio jurídico era financiero, toda vez que, con él, EMCALI buscó cubrirse ante las fluctuaciones del mercado de energía.

Asimismo, sostuvo que EMCALI pudo registrar ante el ASIC la terminación de la oferta desde mucho antes, pero no lo hizo, lo cual se debió a dos supuestos: (i) EMCALI omitió sus deberes y, por lo mismo, no puede alegar su propia culpa para beneficiarse de ella, lo cual hace que el contrato estuviese vigente hasta el día 4 de febrero de



2011. (ii) EMCALI esperó para solicitar el registro, porque quería conocer cómo sería el comportamiento del precio de la energía en bolsa, y así saber si mantenía el contrato o solicitaba la cancelación de su registro, dependiendo de si el valor en bolsa era menor o mayor al valor de referencia. Para el actor, este contrato era de cobertura de precios, mas no de entrega de energía física.

Ahora bien, como lo indica la constancia secretarial del 12 de noviembre de 2014 (fl. 445, c1), el Ministerio Público no solicitó el expediente para rendir su concepto.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió la sentencia del 27 de noviembre de 2014 (fls. 446 – 476, c. ppl.), en la que decidió lo siguiente:

PRIMERO: *INHÍBASE para decidir, por ineptitud de la demanda.*

SEGUNDO: *Sin condena en costas.*

TERCERO: *En firme esta decisión, procédase a su archivo.*

Para fundamentar esta decisión, el tribunal *a quo* aseveró que, en efecto, COEDECO no demandó el acta de liquidación unilateral del contrato, el cual es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, por lo que, al conservar su vigencia, imposibilita que el juez de lo contencioso administrativo pueda pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones. En concreto, sostuvo: “*Tal como atrás se señaló, conforme a las pruebas obrantes, las pretensiones de la demanda y en la línea argumentativa con la jurisprudencia de la Alta Corporación en materia de lo Contencioso Administrativo, se impone para la Sala declarar la configuración y declaratoria de oficio de la existencia de inepta demanda, por no haberse demandado el acto de liquidación del contrato sobre el que versa el litigio y en consecuencia se inhibirá para fallar el mérito del asunto*” (fl. 475, c. ppl.).

4. Recurso de apelación:

En escrito radicado el día 15 de enero de 2015 (fls. 477 – 481, c. ppl.), la parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En síntesis, el recurso se soportó en los siguientes argumentos:



Aseguró que el acta de terminación anticipada y liquidación final expedida por EMCALI no pertenecía a un contrato de naturaleza estatal, en tanto no derivó de un negocio jurídico que hubiese nacido bajo el régimen del Estatuto General de Contratación Estatal². Por el contrario, el objeto de este litigio se relacionaba con el eventual incumplimiento de un contrato de naturaleza privada regido por el derecho privado.

Sostuvo que no podía alegarse la nulidad del contrato, pues no existía motivo para ello. Tampoco era pertinente solicitar la nulidad de un acta que no incorporaba el vínculo contractual y de la cual no se derivaban obligaciones para las partes, por no contener el negocio jurídico.

Reiteró que la Oferta Mercantil 055-2009 era un contrato regido por el derecho privado. Para el apelante, de no ser porque EMCALI es una entidad pública, este proceso se ventilaría ante la jurisdicción ordinaria civil, por lo que las pretensiones relativas al incumplimiento debían ser similares a las planteadas en un proceso de responsabilidad contractual.

Finalmente, recordó que la Ley 142 de 1994 dispone que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado.

5. Trámite en segunda instancia:

Por medio del auto del 3 de febrero de 2015 (fls. 484 – 485, c. ppl.), el tribunal *a quo* remitió el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre la admisión del recurso.

En proveído del 18 de junio de 2015 (fl. 487, c. ppl.), el despacho sustanciador admitió el recurso de apelación. Luego, a través de la providencia del 16 de julio de 2015 (fl. 489, c. ppl.), se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido dicho término, se dio traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A. Finalizado este término, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 490, c. ppl.).

² En concreto, se lee: “El acta de terminación anticipada y liquidación final realizada por EMCALI no hace parte de un contrato de naturaleza estatal, por cuanto no proviene de un contrato que haya nacido a la vida jurídica bajo el amparo de ese régimen” (fls. 477 – 478, c. ppl.).



III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda se instauró ante esta jurisdicción el 9 de mayo de 2012, se rige por lo prescrito en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, por cuanto la Ley 1437 de 2011, según su artículo 308, entró a regir el día 2 de julio de 2012. Debe recordarse que, en virtud del inciso tercero de la precitada disposición, *“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”*.

De esta manera, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Por otra parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, y este por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgaría las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. De tal modo, como EMCALI es una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado (artículo 17 de la Ley 142 de 1994), es una entidad pública del nivel territorial, perteneciente al sector descentralizado por servicios, en los términos de la Ley 489 de 1998.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor³ excede los 500 salarios mínimos legales

³ En este punto, debe recordarse que la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, en el artículo 198, dispuso que *“[...] los procesos que cursen o deban cursar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en relación con los cuales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley no se hubiere notificado en debida forma el correspondiente auto admisorio de la demanda o cuando este no se hubiere expedido y cuyas demandas se presenten hasta antes del 2 de julio de 2012, la competencia por razón de la cuantía se determinará con sujeción a las reglas consagradas en el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011”*. Asimismo, los primeros dos incisos del artículo 157 original de la Ley 1437 prescriben: *“Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean*



mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda⁴.

2. Legitimación en la causa:

2.1 Por activa:

La Sala encuentra que la Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P. se encuentra legitimada en la causa por activa, toda vez que fue quien suscribió la Oferta Mercantil No. 055-2009, que es objeto del litigio.

2.2 Por pasiva:

Las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. se encuentra legitimada por pasiva, por cuanto fue quien expidió la Orden de Compra No. 100-GG-001416 del 3 de diciembre de 2009, por medio de la cual se aceptó la Oferta Mercantil No. 055-2009.

3. Ejercicio oportuno de la acción:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

El numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de controversias contractuales caducará en el término de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En este caso, se identifican dos fechas que podrían indicar el momento a partir del cual debe iniciar el cómputo de la caducidad. La primera, es el 26 de julio de 2010,

los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. // Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor [...]"

⁴ El salario mínimo vigente en Colombia para el 9 de mayo de 2012, fecha de presentación de la demanda, era de \$566.700 (que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$283'350.000). La pretensión mayor ascendía a la suma de \$15.031'315.075, es decir, superaba los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia ante esta Corporación.



fecha en la que se expidió el acta de terminación anticipada y liquidación final; y la segunda, es el 4 de febrero de 2011, fecha en la que se hizo efectivo el registro de terminación de la oferta mercantil ante el ASIC (XM S.A. E.S.P.). Sin entrar a debatir cuál de las dos fechas debería ser tomada en cuenta, lo cierto es que la demanda se interpuso de manera oportuna, en tanto se presentó el 9 de mayo de 2012, esto es, en los dos años siguientes contados a partir de cualquiera de las dos fechas enunciadas. Lo anterior, sin considerar la suspensión del término por virtud del trámite de la conciliación extrajudicial⁵.

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se acreditó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Es de aclarar que, para estos efectos, y diferente a lo planteado por EMCALI en sus alegatos de conclusión, la Sala valorará las copias simples aportadas al proceso, toda vez que no fueron tachadas de falsas en el desarrollo del mismo. Lo anterior, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera⁶.

4.1 COEDECO envió a EMCALI la Oferta Mercantil No. 055-2009 del 26 de noviembre de 2009 (fls. 7 – 19, c1), la cual contempló, entre sus condiciones⁷:

PRIMERA: OBJETO. La presente Oferta tiene por objeto la venta de energía eléctrica por parte del VENDEDOR a favor del COMPRADOR con destino al Mercado No Regulado y/o Respaldo de Contratos, en una cantidad igual a la indicada en el numeral segundo de la presente oferta. El despacho de la oferta está condicionado al precio de la bolsa diario.

SEGUNDA: MODALIDAD Y CANTIDAD OFERTADA. La modalidad del despacho de energía será el Pague lo contratado en las cantidades establecidas en el anexo 1 según el precio de bolsa diario. [...]

CUARTA: PLAZO. La presente Oferta inicia su despacho desde las 00:00 horas del (7) de enero de 2010 hasta las 24:00 horas del (31) de diciembre de 2012, o desde el momento de la aprobación del registro por parte del administrador del sistema de intercambios comerciales.

QUINTA. PAGOS ANTICIPADOS POR EL SUMINISTRO DE ENERGÍA. El COMPRADOR deberá realizar al VENDEDOR los siguientes pagos anticipados: i)

⁵ El 3 de noviembre de 2011, la parte actora presentó la solicitud ante la Procuraduría 165 Judicial II para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial. Esta diligencia se adelantó el 31 de enero de 2012 (fls. 88 – 90, c1), siendo declarada fallida, como consta en el acta de esa fecha -aunque, por un error de forma, aparece fechada con el año 2011- (fl. 91, c1).

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022).

⁷ Según la Condición Vigésima, la oferta tendría validez hasta el 7 de diciembre de 2009.



un pago anticipado que hace parte del Precio total de la Oferta, por valor de \$3.218.284.672, el cual se efectuará en dos partes como se indica: a) Un Primer Pago por valor de \$699.623.200, a realizar dentro de los 15 días siguientes al pre-registro de la oferta ante XM S.A. E.S.P. y b) Un segundo y último pago por valor de \$2.518.661.472 a realizar dentro de los primeros 15 días del mes de Enero de 2010. Por tratarse de un anticipo, no está sujeto a retención de impuestos. ii) Prepagos de la energía a entregar durante el año 2010, según forma de pago establecida en el Parágrafo 1 de la Condición SÉPTIMA. [...]

SEXTA: PRECIO, DESPACHO Y LIQUIDACIÓN DE LA ENERGÍA: La presente oferta será despachada por parte del ASIC, con base en el criterio establecido sujeto al precio de referencia ofertado, y en función del Precio de Bolsa diario. Sobre el despacho real resultante del criterio aplicado se realiza la liquidación del valor a pagar por la cobertura de la oferta, con base en el precio de referencia, (sic) A continuación se indican los precios, el criterio de despacho y la liquidación de la Oferta:

PARÁGRAFO 1. Precio de referencia. El precio de referencia para cada año es:

Año	PRECIO DE REFERENCIA \$/KWh Precios de septiembre de 2009
2010	119.90
2011	119.90
2012	119.90

Para cada mes de suministro, estos precios se actualizarán con la variación del índice de Precios del Productor Total Nacional (IPP) certificado por el DANE o la autoridad competente.

PARÁGRAFO 2: Criterio de Despacho de la Energía. La energía ofertada será despachada con base en la fórmula que se indica:

Pr: Precio de Referencia.

Pb: Precio de Bolsa.

Pd: Prima Diferencial.

i) Si $Pb \leq Pr$; La oferta no es despachada y Emcali compra en Bolsa y paga al VENDEDOR la Prima $Pd = Pr - Pb$. afectada (sic) por el factor de liquidación indicado en el Parágrafo 3.

ii) Si $Pb > Pr$: La oferta es despachada y Emcali compra en la oferta y paga al VENDEDOR el precio Pr, afectado por el factor de liquidación indicado en el Parágrafo 3.

El precio de Referencia (Pr) de la oferta, no incluye los costos legales a cargo del VENDEDOR, detallados en el Anexo 2. [...]

DÉCIMA SEGUNDA: CAUSALES DE TERMINACIÓN. Sin perjuicio de las situaciones particulares señaladas en las demás Condiciones de la presente oferta, ésta podrá darse por terminada antes de su vencimiento, previa comunicación escrita, por las siguientes causales: 1. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas; caso en el cual el responsable del incumplimiento cancelará las indemnizaciones establecidas en la presente Oferta y de acuerdo con la ley. [...] 4. El incumplimiento por parte del VENDEDOR de las obligaciones relacionadas con la entrega de la energía eléctrica ofrecida. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Para la suspensión y/o terminación de la presente oferta se requerirá sólo de la comunicación del VENDEDOR al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), donde se manifieste el incumplimiento del COMPRADOR, previa comunicación al COMPRADOR. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En el evento en que se presente terminación anticipada del contrato



por cualquiera de las razones expuestas, EL VENDEDOR se obliga a devolver al COMPRADOR el valor proporcional por la energía no entregada, del pago anticipado realizado según lo indicado en la condición QUINTA de la presente oferta. Esta devolución deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de terminación anticipada, de lo contrario se ejecutará la garantía que ampare este anticipo, según lo indicado en la condición NOVENA de esta oferta. [...]

DÉCIMA CUARTA: LIQUIDACIÓN DE LA OFERTA MERCANTIL. La liquidación de la oferta deberá efectuarse el último día hábil del tercer mes siguiente al de su terminación, en la Oficina del VENDEDOR que funciona en la ciudad de Medellín y se hará constar en un acta. Si el VENDEDOR o el COMPRADOR no se hace presente, quien lo haga liquidará la Oferta con la información disponible, dando aviso de este hecho, al ausente quien se acogerá a esta liquidación. [...]

4.2 El 3 de diciembre de 2009, EMCALI expidió la Orden de Compra No. 100-GG-001416 (fl. 20, c1), por medio de la cual se aceptó la Oferta Mercantil No. 055-2009.

4.3 Mediante oficio 6015-11 del 6 de enero de 2010 (fls. 23 – 24, c1), XM S.A. E.S.P. le informó a COEDECO que la fecha de inicio del registro de la oferta mercantil fue el 7 de enero de 2010, y que el código asignado por el SIC fue 4631 CDCC0004. Posteriormente, en oficio 6015-11-000624-3 del 22 de enero de 2010 (fls. 29 – 30, c1), XM precisó que la solicitud del registro se hizo el 1 de enero de 2010, y que de acuerdo con la Resolución CREG 006 de 2003 tales solicitudes debían surtir en un plazo de 5 días. Por tanto, la fecha de registro fue el 6 de enero de 2010, razón por la que no procede ninguna modificación para esta fecha.

4.4 La Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- expidió la Resolución CREG 038 del 5 de marzo de 2010 (fls. 47 – 51, c1), la cual, en el artículo 3, dispone:

Modificación del Artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995. El artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995 quedará así: “Artículo 18. Terminación de Contratos. En caso de terminación de un contrato, es obligación de las partes involucradas informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia.

Cuando en el contrato se haya pactado la terminación unilateral, bastará con que una de las partes informe al ASIC que se ha producido la terminación del contrato. Esta parte será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen si la terminación informada no se sustenta en las causales de terminación previstas en el contrato.



4.5 EMCALI expidió el Acta de Terminación Anticipada y Liquidación Final de la Oferta Mercantil 055-2009 el día 26 de julio de 2010 (fls. 69 – 78, c1), la cual dispuso:

Por consiguiente se declara LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y LIQUIDACIÓN FINAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA SURTIDA MEDIANTE LA OFERTA MERCANTIL No. 055-2009, PROPUESTA POR COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE COLOMBIA S.A. E.S.P. “COEDECO”, Y ACEPTADA POR EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI– EMCALI EICE E.S.P. MEDIANTE ORDEN DE COMPRA No. 100-GG-001416 DEL 3 DE DICIEMBRE DE 2009, desde el día 15 de mayo de 2010 fecha a partir de la cual se configura el incumplimiento del VENDEDOR (COEDECO) con el COMPRADOR (EMCALI EICE E.S.P.), debiendo cancelar a EMCALI los valores que se relacionan a continuación:

ÍTEM	Concepto	Valores que conforman la presente liquidación.
01	Energía pagada y no despachada	5.864.393.414
02	Condición penal pecuniaria	5.207.259.924
TOTAL		11.071.653.338.

4.6 El acta de terminación y liquidación fue modificada el 20 de junio de 2011 (fls. 203 – 208, c1). En dicho documento, se determinó que existieron algunos errores al momento de calcular el valor pagado por EMCALI y la energía efectivamente entregada por COEDECO. Por lo mismo, se determinó que este último le debe a aquella la suma de \$6.221'218.530, por concepto de energía pagada y no despachada (esto es, \$356'825.116 adicionales a lo establecido inicialmente en el acta de liquidación). Así, lo que COEDECO le adeuda a EMCALI, por lo menos en los términos del acta de liquidación, asciende a la suma de \$11.428'478.454.

4.7 El día 6 de abril de 2010, el Diario La República publicó un “Aviso de retiro del mercado de energía Mayorista” (fls. 168 – 169, c1), por medio del cual el ASIC le informaba a los usuarios atendidos por el agente COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., que el mismo sería retirado del mercado de energía mayorista desde las 00:00 horas del día 17 de abril de 2010.

4.8 Por medio del comunicado 500-GE-0368 del 19 de abril de 2010 (fl. 170, c1), EMCALI le solicitó a COEDECO informarle la manera en la que tenía previsto mantener las condiciones contractuales de la oferta, y le pidió suministrar el nuevo contrato de respaldo que sustituiría el suscrito con COMERCIALIZAR.

4.9 En documento CDCC-10-233 del 5 de mayo de 2010 (fl. 174, c1), COEDECO solicitó la suspensión, por 30 días, de la oferta mercantil -mientras se definía el respaldo en otros contratos-.



4.10 A través del documento CDCC-10-234 del 6 de mayo de 2010 (fls. 52 – 53, c1), COEDECO reiteró su solicitud de suspensión de la oferta mercantil, debido a que el comunicado CDCC-10-233 no había sido respondido. En dicho documento, además, aseguró que: “[...] hechos imprevisibles e insalvables nos llevaron a una exposición de compra en bolsa del 100% del contrato, lo cual va en contraposición a la misma oferta mercantil celebrada por ambas partes [...]”⁸.

4.11 Por medio del comunicado 100-GG-0481 del 6 de mayo de 2010 (fl. 175, c1), EMCALI se negó a suspender la oferta mercantil, y reiteró la necesidad de aportar los nuevos contratos de respaldo.

4.12 En el documento 004716-1 del 6 de mayo de 2010 (fls. 55 – 57, c1), XM S.A. le informó a COEDECO el inicio de un proceso de limitación de suministro.

4.13 A través del comunicado 100-GG-0501 del 12 de mayo de 2010 (fls. 58 – 61, c1 y fls. 176 – 178, c1⁹), EMCALI le informó a COEDECO que el ASIC publicó el inicio del proceso de limitación de suministro en su contra. Por ello, determinó que este incurrió en un incumplimiento de la oferta mercantil, y le informó la decisión de terminar anticipadamente el contrato.

4.14 Por medio del comunicado CDCC-10-238 del 15 de mayo de 2010 (fls. 179 – 180, c1), COEDECO manifestó que hizo todo lo posible por celebrar un contrato de respaldo, pero que ello no pudo lograrse, debido a la posición de los generadores de no vender la energía y la situación del mercado. Aseguró que esto es una situación de fuerza mayor y caso fortuito.

4.15 Mediante comunicado 100-GG-0570 del 26 de mayo de 2010 (fls. 181 – 182, c1), EMCALI afirmó que las causas del incumplimiento de COEDECO no son constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, al ser un riesgo previsible o predecible y resistible -era posible obtener otro contrato de respaldo-.

⁸ También se lee: “Para nuestra empresa es insostenible el seguir expuestos en Bolsa, por lo cual entraremos a limitación de suministro a partir del día 10 de Mayo de 2010 según resolución CREG 001/2003, la cual hace referencia a la limitación de compra en Bolsa para atender contratos” (fl. 52, c1).

⁹ Ambas partes aportaron esta prueba, pero se refieren las dos foliaturas, porque solo el actor adjuntó el anexo del documento.



4.16 Por medio del documento 005460-1 del 31 de mayo de 2010 (fl. 183, c1), XM S.A. le informó a EMCALI que COEDECO continuaba inmerso en un proceso de limitación de suministro en bolsa, debido al no pago oportuno de las garantías financieras. Sin embargo, este documento se encuentra incompleto.

4.17 A través del comunicado 100-GG-0672 del 15 de junio de 2010 (fls. 189 – 191, c1), EMCALI le comunicó a la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. la decisión de terminar la oferta mercantil, y de iniciar con los trámites para hacer efectivo el amparo de “[...] *Buen Manejo y Correcta Inversión del Pago Anticipado*”.

4.18 En documento del 25 de junio de 2010 (fl. 192, c1), XM le solicitó a EMCALI designar a una persona autorizada para recibir el pagaré debidamente diligenciado, junto con la carta de instrucciones y las constancias de endoso, que era una de las garantías pactadas en la oferta mercantil.

4.19 Mediante documento CDCC-10-251 del 15 de julio de 2010 (fls. 159 – 160, c1), COEDECO presentó ante EMCALI la propuesta con la que buscaba continuar con el desarrollo de la oferta mercantil.

4.20 En documento 500-GE-0614 del 23 de julio de 2010 (fl. 68, c1), EMCALI manifestó que la propuesta presentada por COEDECO no brindaba una solución concreta e inmediata, y no cumplía con las condiciones solicitadas por aquella.

4.21 A través del comunicado 100-GG-1075 del 8 de septiembre de 2010 (fl. 251 – 259, c1), EMCALI continuó el trámite de reclamación ante la aseguradora, esto es, CONFIANZA S.A.

4.22 Por medio del comunicado del 7 de octubre de 2010 (fls. 261 – 272, c1), CONFIANZA respondió la anterior solicitud, indicando que, por el cambio en las condiciones del contrato de seguro y la agravación del riesgo (debido a que EMCALI entregó el pago anticipado directamente a COMERCIALIZAR), sin que mediara notificación oportuna a la aseguradora (artículo 1060 del Código de Comercio), el mismo terminó de manera anticipada. Sumado a ello, estimó que la limitación de suministro del actor fue un hecho constitutivo de fuerza mayor, el cual se convierte en un eximente de responsabilidad. Finalmente, afirmó que, con los documentos



aportados por EMCALI, no se demostraba el perjuicio sufrido, al tiempo que no se acreditó que el anticipo fuera indebidamente utilizado por COEDECO.

4.23 Mediante documento 010682-1 del 11 de noviembre de 2010 (fls. 338 – 339, c1), XM informó que COEDECO fue retirado del mercado de energía mayorista desde las 00:00 horas del 8 de noviembre de 2010. En este documento se expresó: *“Adicionalmente, le informamos que desde el momento del retiro, la empresa no puede realizar transacciones en el Mercado de Energía Mayorista”* (fl. 339, c1).

4.24 A través del oficio 6015-11-000321-3-000525-3 del 21 de enero de 2011 (fls. 161 – 162, c1), XM le informó a EMCALI, entre otras cuestiones, que el contrato CDCC0004 (código asignado a la Oferta Mercantil 055-2009) no estaba siendo considerado dentro de las transacciones del mercado desde el 5 de mayo de 2010. En primer término, por la aplicación del procedimiento de limitación de suministro y, posteriormente, por el retiro de COEDECO del mercado de energía.

4.25 Por medio del oficio 6015-11-000962-3 del 2 de febrero de 2011 (fl. 87, c1), XM le informó a COEDECO que EMCALI solicitó, el día 28 de enero de 2011, el registro de la terminación unilateral del contrato, con base en lo establecido en la Resolución CREG 038 de 2010. Por ello, le manifestó que el contrato estaría vigente hasta el día 4 de febrero de 2011.

4.26 En el comunicado 100-GG-2870 del 19 de diciembre de 2011 (fls. 81 – 83, c1), EMCALI le solicitó a COEDECO el pago por valor de \$11.428'478.454, según lo pactado en el acta de liquidación y su modificación.

4.27 XM S.A. certificó -el 28 de octubre de 2013- todos los procedimientos de limitación de suministro (Resolución CREG 116 de 1998) y de limitación de suministro en bolsa (Resolución CREG 001 de 2003) que se le iniciaron a COEDECO durante el año 2010 (fls 366 – 367, c1). Casi la totalidad de los mismos obedecieron al no pago de garantías. En la parte final de este documento se advierte que el demandante quedó retirado del mercado de energía mayorista desde el 8 de noviembre de 2010.

4.28 A través del oficio 008929-1 del 29 de octubre de 2013 (fls. 363 – 364, c1), XM S.A. le informó al *a quo*, entre otros temas, que el contrato derivado de la Oferta Mercantil 055-2009 dejó de ser considerado en las transacciones del mercado de



energía mayorista desde el 5 de mayo de 2010, por la aplicación a COEDECO del procedimiento de limitación de suministro. En este documento se sostuvo:

El contrato identificado con el Código SIC CDCC0004 (código PUBLICIÓN 4631), inició su despacho de energía a partir del 7 de enero de 2010 y fue despachado normalmente hasta el 4 de mayo de 2010, inclusive. A partir del 5 de mayo de 2010, se inició a COEDECO la aplicación del procedimiento de Limitación de Suministro en Bolsa establecido en las resoluciones CREG 001 y 063 de 2003, por lo cual el contrato no se siguió considerando en las transacciones del mercado mayorista (fl. 364, reverso, c1).

4.29 El 15 de noviembre de 2013, el Consorcio EMCALI certificó que: *“En el desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil celebrado con las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, este Consorcio Fiduciario realizó durante la vigencia 2010 pagos solicitados por EMCALI al tercero COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DE COLOMBIA S.A. E.S.P. [...] así”* (fl. 66, c2), para un total de \$12.010'083.215.

4.30 Se recibieron los testimonios de los señores Alfredo Reyes Navia -gerente de energía de EMCALI- (fls. 328 – 337, c1); Andrés Vergara Cortés -funcionario de EMCALI- (fls. 77 – 85, c2); Tomás Enrique Valderrama Téllez -empleado del Departamento de Compra de Energía de la accionada- (fls. 101 – 108, c2 y fls. 119 – 122, c2), y Nerieth Cardona Millan -jefe del Departamento de Compra y Venta de Energía de EMCALI- (fls. 109 – 118, c2).

Asimismo, se rindieron los interrogatorios de: (i) Juan Carlos Dorado Ríos -coordinador del Área Funcional de Defensa Jurídica de EMCALI-, que tenía delegada la función de absolver los interrogatorios en los que fuera citado el representante legal (fls. 68 – 71, c2) y (ii) Gabriel Mantilla Suárez -representante legal de COEDECO- (fls. 56 – 58, c3).

5. Cuestión previa: el régimen del contrato y la necesidad de demandar el acto de liquidación unilateral:

EMCALI E.I.C.E. E.S.P. es una empresa de servicios públicos, por lo que sus contratos se rigen, en principio, por el derecho privado. Ciertamente, la Oferta Mercantil No. 055-2009 se encontraba sometida al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 la Ley 689 de 2001, que dispone -en lo pertinente-:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del



Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

Lo anterior, en concordancia con el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994, en virtud del cual el régimen de contratación de las empresas públicas que prestan el servicio público de electricidad, en cualquiera de las actividades del sector, entre ellas, la distribución y comercialización de energía, es el derecho privado.

Esta conclusión ha sido reiterada por esta Corporación en varias oportunidades. Así, por ejemplo, la Subsección C de la Sección Tercera ha señalado:

Los “desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos”¹⁰.

Asimismo, esta Subsección ha indicado que: *“El artículo 365 de la Constitución Política dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que estarán sometidos al régimen jurídico que fija la ley. De esta manera, la ley 142 de 1994 estableció el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Los artículos 31 y 32 de la citada ley fijaron un régimen de derecho privado, por regla general, para los actos que expiden, y además, dispuso que los contratos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, salvo que la Constitución Política o la ley dispongan lo contrario”¹¹.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 05001-23-31-000-2003-04466-02 (56.562).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 2 de junio de 2020, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 05001-23-31-000-2018-01862-01 (63.930)B.



No obstante, la aplicación del derecho privado no es absoluta, debido a que estos contratos deben respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), al tiempo que, cuando incluyan cláusulas excepcionales, deben someterse a lo prescrito en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993.

Al margen de esta última precisión, lo cierto es que el contrato derivado de la Oferta Mercantil No. 055-2009 se sometía, de manera preponderante, a los postulados de la autonomía de la voluntad y a los lineamientos de los Códigos Civil y de Comercio. Por tal razón, los actos que fueran expedidos por la entidad demandada en ejercicio de esta relación negocial no eran -según la tesis mayoritaria de la Sala- actos administrativos. Aunque EMCALI terminó y liquidó el contrato, mediante el acta del 26 de julio de 2010 (fls. 69 – 78, c1), tal decisión no adquiere el ropaje de un acto administrativo, puesto que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no se consagró, por regla general, la competencia para expedir este tipo de actuaciones.

La anterior conclusión es bastante importante en el centro de esta controversia, toda vez que el juez *a quo* se inhibió para fallar, porque consideró que el actor omitió demandar la legalidad del acto de liquidación unilateral, lo cual impedía conocer del resto de las pretensiones. El recurrente, por su parte, arguyó que no era necesario demandar la nulidad del acta de terminación y liquidación, por cuanto ella no contenía el negocio jurídico. Asimismo, insistió en que este contrato se regía por el derecho privado, motivo por el cual lo procedente era demandar el incumplimiento contractual.

Al respecto, se tiene que, como el acto de terminación anticipada y liquidación final proferido por EMCALI no es administrativo, no goza de las características propias de este tipo de decisiones, entre ellas, la presunción de legalidad. En ese sentido, no era necesario, para efectos de debatir el supuesto incumplimiento de la demandada, que se debiera elevar la pretensión de nulidad -especialmente, porque no es posible impugnar la legalidad de los actos jurídicos de las ESP-. Por el contrario, la discusión sobre si la terminación anticipada de la oferta desconoció o no los deberes negociales a cargo de EMCALI, solo puede ventilarse en el escenario de la responsabilidad contractual y en el marco de la pretensión de incumplimiento -tal y como aconteció en



este caso-. Bajo estos términos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y procederá a resolver el fondo de la litis¹².

6. Problema jurídico y solución del caso concreto:

La parte actora pretende la declaratoria de incumplimiento de EMCALI, porque esta, al terminar anticipadamente el contrato, impidió o evitó que se compensaran los mayores costos que debió asumir al inicio de la ejecución, que se amortizaran los valores recibidos a título de anticipo y de pago anticipado, y que se facturaran los dineros a los que tenía derecho. Según COEDECO, la entidad demandada debió permitir la continuidad del negocio, dado que, además de que la ejecución se estaba desarrollando en los términos de la oferta, los datos reales y el comportamiento del mercado de energía permitían colegir o anticipar que el demandante se habría

¹² Es de aclarar que la tesis que acaba de exponerse fue aplicada por esta Subsección en un proceso en el que se discutió la responsabilidad contractual de Ecopetrol, entidad que también se rige por el derecho privado. En esa oportunidad, se explicó: *“Por lo anterior, la Sala concluye que no solo el contrato que es objeto de la controversia, sino también los actos que se derivan del acuerdo comercial se deben regir por el derecho privado, al ser producidos por la entidad demandada para la administración y el desarrollo de su objeto social, al margen de que en veces entrañe el ejercicio de facultades unilaterales, dado que estas surgen de la convención y no de la investidura otorgada por la ley, como es el caso del acta de liquidación unilateral que expidió Ecopetrol. S.A. // Al tratarse de un acto regido por el derecho privado y no de un acto administrativo, no comparte los atributos de este tipo de decisiones, entre ellos, la presunción de legalidad, cuestión que, a diferencia de lo concluido por el a quo, torna en improcedente la exigencia de elevar una pretensión de nulidad en su contra para desvirtuar su legalidad, pues no es susceptible de ser anulado por vía de la pretensión de nulidad prescrita en el CPACA. // En tales condiciones, el debate en torno a los efectos nocivos que puedan derivarse del acta de liquidación unilateral expedida por Ecopetrol habrá de ventilarse mediante las demás pretensiones del medio de control de controversias contractuales dirigidas a atacar su contenido desde la perspectiva de la responsabilidad contractual [...]. // En virtud de lo anterior, la Sala encuentra fundado el cargo de apelación de que no resultaba procedente demandar la nulidad del acta de liquidación unilateral del contrato realizada por Ecopetrol S.A., por lo que revocará la sentencia de primera instancia y, a continuación, analizará y se pronunciará de fondo sobre las pretensiones de la demanda [...].”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2022, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729)).

En igual sentido, la Subsección C de la Sección Tercera ha dicho: *“Por supuesto, tampoco podía la EAAP, merced a un estatuto interno de contratación, atribuirse tal potestad que no le confería el ordenamiento legal, y si su estatuto de contratación preveía la liquidación unilateral de sus contratos o convenios a iniciativa suya, esa normativa había de interpretarse como cabía entenderla en un marco de derecho privado, en el que cualquiera de las partes de un contrato puede hacer cortes unilaterales de cuentas definitivas de la ejecución contractual. Pero en modo alguno, para entender que tal corte de cuentas esté revestido de los atributos de ejecutividad, obligatoriedad y presunción de inocencia (sic), propios de los actos administrativos. // Ahora bien, siendo esto así, tampoco podía exigirse a MEGABUS, la demanda de la nulidad del acto de liquidación unilateral como presupuesto para deprecar otras declaraciones y condenas por causa del convenio, pues tal exigencia sólo tiene justificación, cuando la administración (en sentido funcional) ha expedido un acto administrativo, en cuanto tal, revestido de presunción de legalidad, por cuanto, merced a ella, hasta tanto no sea abatida tal presunción y el acto sea expulsado del ordenamiento, la judicatura no puede conceder pretensión alguna de condena y por tanto de sentido contrario al referido acto. // Así las cosas, la respuesta al primer problema se impone negativa, y procederá la Sala, en consecuencia, al estudio del fondo del asunto, para determinar si, conforme a las pruebas traídas al proceso contencioso, la EAAP adeuda a MEGABUS la suma objeto de su pretensión de condena por concepto de la ejecución que este hizo de las obras a su cargo dentro de aquel”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de septiembre de 2019, C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad.: 66001-23-31-000-2010-00003-01 (43.036)).



beneficiado con el contrato. Sumado a ello, el actor cuestionó que en el acto de liquidación unilateral la entidad accionada no valorara los dineros que esta le adeudaba, por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011¹³.

EMCALI, por su parte, entiende que el accionante incumplió el negocio desde mayo de 2010, porque en ese momento fue objeto de un proceso de limitación de suministro de energía, lo cual le impedía ejecutar las obligaciones a su cargo -resaltando que no se le estaba despachando a EMCALI la oferta de suministro-.

Teniendo en cuenta este panorama, le corresponde a la Sala determinar si, efectivamente, la accionada incumplió el negocio jurídico. En este punto, se precisa que el actor no debate la facultad contractual de la entidad para terminar el contrato anticipadamente¹⁴, ni para hacer efectiva la cláusula penal¹⁵, pues lo que se reprocha es que EMCALI hiciera uso de la misma, pese a que la ejecución se estaba cumpliendo en los términos pactados.

-En relación con el problema jurídico expuesto, la Sala debe precisar que, diferente a lo indicado por COEDECO, EMCALI no terminó de manera injustificada la oferta mercantil objeto de debate, por cuanto aquel incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La Condición Novena de la Oferta 055-2009 refería, entre las garantías del contrato, la obligación a cargo de COEDECO de adjuntar los contratos de respaldo para amparar las cantidades de energía ofertadas -un respaldo que asegurara que los 17 megavatios ofrecidos tenían un generador que garantizara el suministro continuo y eficiente de

¹³ A pesar de que, en algunos apartes de la demanda, COEDECO aseveró que se rompió el equilibrio contractual, dichas afirmaciones fueron tangenciales, dado que los hechos y las pretensiones se orientaron a obtener una declaratoria de incumplimiento -recordando que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, las figuras del desequilibrio y del incumplimiento son diferentes- o a justificar la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor o de caso fortuito.

¹⁴ En todo caso, es evidente que la Condición Decimosegunda de la oferta contempló la posibilidad de que EMCALI terminara anticipadamente el contrato, previa comunicación escrita, cuando el vendedor incumpliera con sus obligaciones, entre ellas, las relacionadas con la entrega de la energía eléctrica. De igual manera, se estableció que, ante la terminación del contrato, COEDECO debería devolver los dineros que fueron anticipados o prepagados, pero no amortizados.

¹⁵ En la oferta se estipuló: "*DÉCIMA TERCERA: CONDICIÓN PENAL PECUNIARIA. En el evento en que el VENDEDOR o el COMPRADOR incumplan con las obligaciones establecidas en la presente Oferta, este deberá pagar a título de pena, el equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado que falte por ejecutarse de la Oferta, calculado con la última tarifa cobrada, sin perjuicio de las demás acciones legales pertinentes, en especial de la indemnización de los daños que causare, en lo que exceda la Condición penal*" (fl. 13, c1).



energía durante toda la vigencia-. Si bien, en un inicio, esta obligación fue cumplida, pues COEDECO había suscrito un contrato con COMERCIALIZAR, este último se dio por terminado, en tanto COMERCIALIZAR fue objeto de un proceso de limitación de suministro y, eventualmente, fue retirado del mercado¹⁶. Desde que ello ocurrió, EMCALI le solicitó al actor la presentación de un nuevo contrato de respaldo (numeral 4.8 de los hechos probados), situación que no fue concretada¹⁷. Así, es evidente que COEDECO incumplió con la oferta mercantil desde ese momento, dado que la motivación para que EMCALI la aceptara y emitiera la orden de compra era evitar la volatilidad de los precios de bolsa, lo cual era imposible sin los respectivos contratos de respaldo.

Adicionalmente, el actor fue objeto de un proceso de limitación de suministro desde mayo de 2010 y, posteriormente, fue retirado del mercado el 8 de noviembre de ese año. En este punto, es dable preguntar ¿qué consecuencias acarrea el proceso de limitación de suministro? Mediante la Resolución CREG 116 de 1998, la Comisión de Regulación de Energía y Gas estableció la reglamentación sobre la limitación del suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y dictó disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional¹⁸.

¹⁶ COMERCIALIZAR fue retirado del mercado de energía mayorista desde las 00:00 horas del día 17 de abril de 2010 (numeral 4.7 de los hechos probados).

¹⁷ En el documento CDCC-10-234 del 6 de mayo de 2010 (fls. 52 – 53, c1), COEDECO le manifestó a EMCALI que: “[...] hemos encontrado respaldo en contratos a partir del 01 de Junio de 2010, y por lo cual proponemos que la energía dejada de suministrar en el mes de mayo, perfectamente se puede concertar la manera de cómo podemos compensarla” (fl. 52, c1). Sin embargo, no existe prueba de que, efectivamente, fuera aportado ese nuevo contrato de respaldo, además de que los otros documentos del expediente permiten concluir que ello no fue así. Por ejemplo, en el oficio CDCC-10-238 del 15 de mayo de 2010 (fls. 179 – 180, c1) la empresa demandante dijo: “[...] COEDECO viene haciendo todos los esfuerzos posibles para tratar de conseguir un contrato de respaldo, que permita cubrir la demanda de EMCALI, así como tratar de llegar a un acuerdo con COMERCIALIZAR, que permita proveer una solución al tema, esfuerzos estos que han resultado inútiles [...]” (fl. 180, c1).

En el acta de terminación y liquidación, en los considerandos 15 a 17, se enunció que COEDECO -el 13 de julio de 2010- afirmó que, a partir del 1 de agosto de ese año, podría entregar la energía pactada, por intermedio de un contrato de respaldo con la firma ENERCO S.A. E.S.P., el cual estaría respaldado por el Banco Colpatria. Asimismo, el 15 de julio de 2010 se presentó una nueva propuesta, en la que se plasmaba que el demandante registraría ante XM un contrato que respaldara el suministro de EMCALI (este documento también se enuncia en el numeral 4.19 de los hechos probados). A pesar de tales alternativas, EMCALI estimó que la propuesta de COEDECO no cumplía con las condiciones solicitadas por aquella (numeral 4.20). Dado que no está acreditado que se allegara el referido contrato con ENERCO, al tiempo que en las propuestas subsiguientes COEDECO ya no hizo mención de esta opción, y como EMCALI estimó que tales propuestas no cumplían con lo acordado en el negocio, se debe entender que no se subsanó la falta de contratos de respaldo.

¹⁸ Este acto administrativo se complementó con la Resolución CREG 001 de 2003, que en el artículo 1 establece: “Limitación de suministro de energía en bolsa que no está destinada directamente a atender usuarios finales por parte de generadores y comercializadores morosos; y la limitación a agentes morosos por incumplimiento en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía. Cuando en cumplimiento de lo establecido en las Resoluciones CREG-024 de 1995, CREG-116 de 1998, CREG-070 de 1999 y demás regulación pertinente, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, encuentre incumplimientos en el otorgamiento, restitución



Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.

En virtud de esta resolución, los comercializadores o distribuidores que, entre otras situaciones, presentaran mora en el pago de las obligaciones derivadas de las transacciones hechas en la bolsa de energía, estarían sujetos a la limitación de suministro. Este procedimiento, conforme a su artículo 5¹⁹, implicaba que el ASIC ordenará reducciones en el suministro de electricidad.

Luego, el actor fue retirado del Mercado de Energía Mayorista, lo cual lo imposibilitaba para hacer cualquier tipo de transacción en este mercado. Según las pruebas obrantes en el plenario, los motivos por los que XM inició el procedimiento de limitación de suministro obedecieron a la falta de pago de las garantías financieras exigidas para cubrir las obligaciones que surgen a cargo de los agentes del MEM (numerales 4.12 y 4.27 de los hechos probados)²⁰.

De tal manera, es indiscutible que el actor incumplió con sus obligaciones, debido a que no podía hacer transacciones en la bolsa de energía, lo cual, al margen del tipo

o actualizaciones de los pagarés, pagos anticipados, garantías financieras, en los depósitos semanales o en los pagos de las facturas por parte de un comercializador o generador que compra energía en bolsa que no está destinada a atender directamente a usuarios finales, o en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía, procederá en concordancia con lo dispuesto en esas resoluciones, en la presente resolución y en las que las modifiquen o adicionen”.

¹⁹ “Artículo 5. CAUSALES PARA ORDENAR LA LIMITACIÓN DEL SUMINISTRO. El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ordenará reducciones en el suministro de electricidad a comercializadores y/o distribuidores, bajo las siguientes modalidades, y por los conceptos que se enumeran a continuación: // a) De oficio: Cuando, en desarrollo del contrato de mandato, se presente mora en la cancelación de obligaciones derivadas de transacciones realizadas en la bolsa de energía; mora en la cancelación de las cuentas por concepto de cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional; mora en la cancelación de las cuentas por reconciliaciones, servicios complementarios, servicios del Centro Nacional de Despacho o de los Centros Regionales de Despacho y, en general, por cualquier concepto que deba ser pagado al Administrador del SIC y al Administrador de cuentas por uso del Sistema de Transmisión Nacional. // b) Por Mandato: Cuando se presente mora en la cancelación de obligaciones por concepto de las transacciones realizadas mediante contratos bilaterales entre agentes del Mercado Mayorista, ya sea que se trate de contratos de energía, contratos de conexión, o contratos por el uso de los Sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local; o por mora en la cancelación de obligaciones por concepto de uso de otros Sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local. La iniciación del programa de limitación del suministro podrá ser solicitada por uno o más de los agentes que participan en el mercado mayorista, quienes serán responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen, en el caso en que dicha orden no esté sustentada en una de las causales previstas en la presente resolución”.

²⁰ En el documento 004716-1 del 6 de mayo de 2010 (fls. 55 – 57, c1), por ejemplo, XM le informó a COEDECO que no había presentado las garantías financieras correspondientes al ajuste TX1 a garantía semanal del 24 al 30 de abril de 2010, al ajuste TX2 a garantía semanal del 17 al 23 de abril de 2010 y a la proyección semanal del 8 al 14 de mayo de 2010.

Se destaca que el artículo 22 de la Resolución CREG 024 de 1995 manda: “El cumplimiento de todas aquellas obligaciones de generadores y comercializadores, que se formen en el mercado mayorista a través de la Bolsa de Energía, entre sí o respecto de los transportadores, será objeto de garantías a favor del administrador del SIC, de acuerdo con las condiciones y procedimientos establecidos en el Anexo C de la presente resolución”.



de contrato suscrito por las partes²¹, impedía que pudiera ejecutar las prestaciones a su cargo. Esta idea se soporta, también, con el oficio 008929-1 del 29 de octubre de 2013 (fls. 363 – 364, c1), mediante el cual XM S.A. aseguró que el contrato objeto de debate no fue considerado dentro de las transacciones del mercado mayorista desde el 5 de mayo de 2010. Si esto era así, ¿cómo se pretendía continuar con la relación negocial?

Aun cuando COEDECO afirmó en la demanda que esta situación no restringía la ejecución del contrato, porque desde el inicio del proceso de limitación de suministro el precio de la bolsa era menor al precio de referencia pactado, lo cual hacía que EMCALI debiera comprar directamente en la bolsa -con la obligación de pagarle a COEDECO la prima diferencial-, este argumento no es de recibo, puesto que el demandante no podía participar del mercado de energía, lo cual lo privaba de cumplir con las condiciones de la oferta. Si en gracia de discusión se aceptara que el contrato podía continuar, ¿qué ocurriría los días en los que el precio de la bolsa fuera mayor?, ¿cómo se le habría despachado la oferta a EMCALI? Es evidente que ello no habría sido posible, lo cual, una vez más, refleja un escenario de incumplimiento.

-Ahora bien, es necesario entrar a resolver el argumento del actor, en virtud del cual el contrato estuvo vigente hasta el 4 de febrero de 2011, fecha en la que se hizo efectivo el registro de terminación ante el ASIC, por lo que el demandado debe reconocer y pagar los dineros causados o amortizados hasta esa fecha.

Según la demanda, a pesar de que EMCALI terminó el contrato mediante el acta del 26 de julio de 2010, solo solicitó la terminación ante el ASIC el 28 de enero de 2011 (numeral 4.25 de los hechos probados). Al respecto, es importante explicar que, según

²¹ Aunque el actor debatió la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, según las Condiciones Primera y Segunda de la oferta, el objeto del contrato era la venta de energía eléctrica, cuya modalidad de despacho era la de pague lo contratado. Conforme con el Anexo A-3 de la Resolución 024 de 1995, modificado por la Resolución 112 de 1998, esta modalidad de despacho se define, así: *“Tipo de contrato en el que el comercializador se compromete a pagar toda la energía contratada, independiente de que esta sea consumida o no. Si el consumo es mayor que la energía contratada, la diferencia se paga al precio de la Bolsa correspondiente, según se trate de transacciones domésticas o internacionales. Si el consumo es menor que la energía contratada, este excedente se le paga al comercializador al precio de la Bolsa correspondiente, según se trate de transacciones domésticas o internacionales”*. La Condición Décima, vale resaltar, disponía que el vendedor -COEDECO- debía entregar la energía en los puntos de frontera con el Sistema de Transmisión Nacional -STN-. Las fronteras comerciales son reguladas por el artículo 9 de la Resolución 024 de 1995, en los siguientes términos: *“Son fronteras comerciales en el mercado mayorista el punto de conexión de generadores y comercializadores a las redes del Sistema de Transmisión Nacional, a los Sistemas de Transmisión Regional o a los Sistemas de Distribución local. Esta frontera solo define el punto de medición, pero no la responsabilidad por las pérdidas en los sistemas de transmisión y distribución. Por lo tanto, cada agente participante del mercado mayorista puede tener uno o más puntos de frontera comercial”*.



la Resolución CREG 038 del año 2010²², *“Cuando en el contrato se haya pactado la terminación unilateral, bastará con que una de las partes informe al ASIC que se ha producido la terminación del contrato”*. Dicha solicitud ante el ASIC debía ser con 7 días de anticipación a la fecha de terminación, y tenía como finalidad que XM dejara de considerar al contrato en la comercialización en el mercado mayorista.

De esta manera, es claro que EMCALI no cumplió con esa disposición, dado que la aludida solicitud fue posterior al acta de terminación del contrato²³. Al margen de esta situación, COEDECO no tiene derecho a que se le reconozca ningún dinero por el periodo de tiempo transcurrido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011, por lo siguiente:

En primer lugar, la Resolución CREG 038 de 2010 solo regulaba los deberes de los actores del mercado con el ASIC, que no era parte del contrato -en tanto solamente brinda un apoyo para el proceso de compraventa de energía-, por lo que el procedimiento de terminación anticipada estaba sometido a lo explícitamente acordado por las partes²⁴.

Según la multicitada Condición Decimosegunda, la terminación anticipada del contrato solo requería de una previa comunicación escrita, lo cual fue cumplido por EMCALI a través del oficio 100-GG-0501 del 12 de mayo de 2010. Aunque el párrafo primero de dicha condición señalaba que: *“Para la suspensión y/o terminación de la presente oferta se requerirá sólo de la comunicación del VENDEDOR al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), donde se manifieste el incumplimiento del COMPRADOR, previa comunicación al COMPRADOR”*, tal obligación solo operaba

²² Esta resolución fue expedida el 5 de marzo de 2010, es decir, con posterioridad al perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, como este acto administrativo no reguló ningún elemento sustancial del negocio, ni su terminación, pues solamente definió un procedimiento para informarle al ASIC sobre este último punto, resulta plenamente aplicable al caso concreto.

²³ Se recuerda que, mediante oficio 100-GG-0501 del 12 de mayo de 2010, EMCALI le indicó al actor: *“[...] EMCALI informa a COEDECO la decisión de terminación anticipada de la Oferta, por incumplimiento en el suministro de energía, y le solicita reintegrar el valor de \$5.864'393.414 por la energía pagada y no entregada, a más tardar el día viernes 14 de mayo de 2010, fecha en que vence el plazo de 10 días calendario contados a partir del martes 05 de mayo, de acuerdo con lo establecido en las causales de terminación de la condición Décima Segunda de la Oferta [...]”* (fl. 59, c1 y fl. 177, c1).

²⁴ En efecto, según el artículo 15 de la Resolución CREG 024 de 1995: *“La forma, contenido y condiciones establecidas en los contratos de energía podrán pactarse libremente entre las partes. Sin embargo, para que estos contratos puedan liquidarse en la bolsa de energía deben contener: la identidad de las partes contratantes; reglas o procedimientos claros para determinar hora a hora, durante la duración del contrato, las cantidades de energía a asignar bajo el contrato y el respectivo precio, en forma consistente con los procedimientos de liquidación establecidos en esta resolución”* (subraya fuera de texto).



cuando el incumplimiento recayera en EMCALI, e implicaba una carga en cabeza de COEDECO. Por tal motivo, es posible colegir que el contrato, ciertamente, terminó con el acta de terminación unilateral, sin que el desconocimiento de los términos de la Resolución 038 doten de vigencia al acuerdo negocial.

En segundo lugar, de estimar que el contrato estuvo vigente hasta el 4 de febrero de 2011, tampoco habría lugar a reconocer algún monto a favor del demandante, porque, como se precisó líneas más arriba, este incumplió con sus deberes desde mayo de 2010 -e, incluso, desde antes, ya que no aportó los nuevos contratos de respaldo-. Por tal motivo, no ejecutó ninguna de las obligaciones a su cargo, lo cual impedía que recibiera algún pago por parte de EMCALI -no podía recibir la diferencia entre el precio de referencia y el de la bolsa de energía-.

-Pasando a otro punto, el demandante reprochó que, al liquidar el contrato, EMCALI no tuviera en cuenta los dineros que se causaron a su favor, por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011. Como se dejó de presente a lo largo de esta providencia, el parágrafo segundo de la Condición Decimosegunda de la oferta dispuso que: *“En el evento en que se presente terminación anticipada del contrato por cualquiera de las razones expuestas, EL VENDEDOR se obliga a devolver al COMPRADOR el valor proporcional por la energía no entregada, del pago anticipado realizado según lo indicado en la condición QUINTA de la presente oferta. Esta devolución deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de terminación anticipada, de lo contrario se ejecutará la garantía que ampare este anticipo, según lo indicado en la condición NOVENA de esta oferta”*. En ese sentido, una vez se terminó el contrato, COEDECO debía devolver los recursos que fueron entregados a título de anticipo o de pago anticipado, pero que no fueron amortizados o debidamente ejecutados.

Aunque el demandante insiste en que se le debió reconocer la prima diferencial ocasionada desde que EMCALI comenzó a comprar en la bolsa, y hasta que el ASIC dejó de considerar vigente al contrato -lo cual, como es obvio, impactaría en los cálculos realizados por la demandada-, este argumento no está llamado a prosperar, porque COEDECO no cumplió con sus obligaciones desde inicios de 2010, motivo por el cual no tiene derecho a recibir ningún monto a su favor.



-Para finalizar, la Sala considera que, diferente a lo plasmado por el actor, las situaciones constitutivas de su incumplimiento no se enmarcan dentro de los escenarios de la fuerza mayor o del caso fortuito²⁵. En primer término, el inicio del proceso de limitación de suministro no fue un hecho imprevisible o irresistible que le fuera ajeno a COEDECO, ya que, según se vio, estas situaciones obedecieron al incumplimiento de sus obligaciones con el ASIC. Es decir, no fue una situación extraña a las partes, sino que le fue completamente imputable al demandante.

En segundo lugar, la terminación del contrato de respaldo y el retiro de COMERCIALIZAR del MEM, así como lo sostuvo EMCALI, no era irresistible, en cuanto era posible que se suscribiera un nuevo contrato de respaldo. Pese a que la demandante expresó que esta tarea se convirtió en algo irrealizable, por las actitudes de los demás agentes del mercado, no hay prueba de que, en efecto, fuera inviable, desde un punto de vista objetivo, la obtención de nuevos negocios de respaldo. Igualmente, no está demostrado que el fenómeno de El Niño, los cambios normativos ordenados por la CREG o el supuesto comportamiento de los generadores de energía fueran situaciones imprevisibles e irresistibles o que, de serlo, imposibilitaran la ejecución del contrato.

En consecuencia, y dado que no se acreditó que EMCALI terminó de manera injustificada el contrato, ni que COEDECO tenía derecho a recibir los dineros causados en el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2010 y el 4 de febrero de 2011, ni que se presentó un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

7. Costas:

En vista de que en este caso no se percibe temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en

²⁵ Esta figura ha sido explicada por la Sala, así: “33. El artículo 64 del Código Civil señala que la fuerza mayor es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Con base en esta norma, se ha concluido que los elementos de la fuerza mayor son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Con todo, como indica la jurisprudencia, el evento también debe ser externo al deudor. // 34. En el ordenamiento jurídico colombiano, la fuerza mayor y el caso fortuito son causales eximentes de responsabilidad, en tanto se entienden ajenas al deudor o a la persona a la que se pretende atribuir una determinada responsabilidad. En materia contractual, la fuerza mayor se entiende referida al acaecimiento de circunstancias imprevisibles e irresistibles, extrañas a las partes, que imposibilitan, definitiva o temporalmente, total o parcialmente, la ejecución del contrato” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de agosto de 2022, C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad.: 68001-23-31-000-2009-00229-02 (58.485).



Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.

el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

8. Remisión de una copia de esta providencia a otro proceso:

Una vez revisado el sistema de la rama judicial, esta Subsección advirtió que en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se está adelantando el proceso con radicado 76001-23-33-001-2012-00059-00, en el que figura como demandante EMCALI, y como demandados COEDECO y CONFIANZA S.A. En ese caso, se debaten asuntos relacionados con el cumplimiento de la Oferta 055-2009. Como lo decidido en esta oportunidad podría influir en aquella decisión, una vez quede en firme esta sentencia, se deberá enviar una copia de la misma para que sea anexada al expediente de aquel proceso.

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia del 27 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

CUARTO: Cuando esta decisión quede en firme, por secretaría, **REMITIR** una copia de la misma para que sea anexada al proceso 76001-23-33-001-2012-00059-00, adelantado ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de



Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694).
Actor: Comercializadora Eléctrica de Colombia S.A. E.S.P.
Demandado: Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
Referencia: Acción Contractual.

manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF