

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE ASEGURADORAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES – Pólizas de Aseguramiento de Contratos Estatales

Para establecer si le asiste razón a la recurrente, la Sala parte de la premisa según la cual, tiene legitimación quien acude al proceso porque tiene y demuestra una relación estrecha con los intereses que allí se debaten o, en otras palabras, porque demuestra ser titular de un interés jurídico susceptible de ser resarcido; por tanto, la legitimación guarda conexión con las pretensiones alegadas y se decanta en función de la titularidad del derecho que se dice tener. Así, a través de la legitimación se verifica que, quien postula para sí un reclamo judicial sea la persona titular del interés jurídico lesionado o comprometido. De este modo, quien aspire a legitimarse en una causa debe demostrar que en su haber material o inmaterial reside la titularidad del derecho por el cual reclama.

Así las cosas, respecto de la relación contractual, al expedir Seguros del Estado la póliza que aseguró el contrato estatal, éste se convirtió, cuando menos, en un tercero con interés y, por ende, su legitimación surge de los efectos o repercusiones probables que la relación comercial difumina hacia su patrimonio, como aquí ocurre con la Aseguradora en virtud de la materialización del riesgo de incumplimiento que se obligó a cubrir.

REGÍMEN JURÍDICO – Empresas Prestadoras de Servicios Públicos – Naturaleza de sus Actos

En atinencia con lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por regla general, los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos no están sometidas al EGCAP, sino que se rigen por el derecho común, tal como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación.

Ahora, sobre la naturaleza de los actos que unilateralmente expide el prestador de servicios públicos domiciliarios, en reciente unificación se indicó que aquellos, “se afilian a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos”. Esta connotación vale tanto para los actos que profiere en la etapa contractual, como para aquellos que dicta en la fase precontractual, aunque a estos últimos también se les denomina “actos de gestión contractual”.

En ese sentido el criterio unificado precisó: “Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial”.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado número: 05001-23-31-000-2011-01952-01 (62082)
Demandante: Seguros del Estado S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Referencia: Acción de controversias contractuales.

Tema 1: Declaración del riesgo de incumplimiento por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios. **Tema 2.** Legitimación en la causa de la Aseguradora para protestar las disposiciones del Pliego de Condiciones. **Tema 3.** Régimen y naturaleza de los actos proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios en desarrollo de la actividad extra contractual y contractual. **Tema 4:** Acción procedente para demandar por los actos proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios en la etapa precontractual. **Tema 5.** Demanda de Reconvención – carácter autónomo de sus pretensiones.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó Empresas Públicas de Medellín E.S.P. contra la sentencia proferida el veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018)¹ por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Compañía de Seguros del Estado S.A. —en adelante la Aseguradora— incoó acción de controversias contractuales en contra de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. con el cometido de que se declare la ineficacia y nulidad de todas aquellas disposiciones del pliego de condiciones que rigió el proceso de selección que culminó con la celebración del contrato No. CT 2009 0583 entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. —en adelante EPM— y la sociedad ESGEM WORLDWIDE CORPORATION S.A. CI - en liquidación —en adelante ESGEM—, concretamente aquellas que le confirieron potestades exorbitantes a la referida empresa de servicios públicos, distintas a las tipificadas en el canon 14 del Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) —en adelante EGCAP—. La Aseguradora también deprecó la anulación de las Resoluciones 6719 de 2010, 7170 y 7424 de 2011, comoquiera que a través de aquellas EPM declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato e hizo efectiva la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A.

EPM, al paso de contestar la demanda con oposición a las súplicas, presentó demanda de reconvención con el propósito de que se condene a Seguros del Estado S.A., aseguradora de la sociedad ESGEM (contratista), y, en consecuencia, reconozca y pague lo establecido en las resoluciones que declararon el riesgo de incumplimiento e hicieron efectiva la póliza de seguro. Asimismo, deprecó que, con cargo a la aludida póliza, se condene a dicha aseguradora a pagar a EPM los dineros dejados de percibir como consecuencia del incumplimiento de su afianzado, menoscabos concretados en la no generación de energía y el costo del personal.

¹ En el encabezado de la sentencia de primera instancia se aprecia una discordancia de la fecha entre lo expresado en letras y números, pues en letras se calendó la sentencia para el año dos mil dieciocho, mientras que, en números se inscribió 2017. Con todo, la Sala entiende por la cronología de la actuación procesal, que la fecha real del año es 2018.



El Tribunal dilucidó el asunto en primera instancia, y en ese sentido declaró la nulidad absoluta de las disposiciones del pliego de condiciones que resultaban extensivas al contrato mediante las cuales se habilitó a EPM para imponer multas y declarar incumplimientos, y, por contera, anuló las resoluciones mediante las cuales declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento e hizo efectiva la póliza que amparaba el contrato, y a título de restablecimiento, ordenó la devolución indexada de los dineros que la Aseguradora hubiese pagado con ocasión a la expedición de los actos anulados. En lo atinente a la demanda de reconvención, declaró la caducidad de las pretensiones de EPM, habida cuenta de que, entre la fecha de declaración de incumplimiento del contrato y la presentación de la demanda se superó el término bienal previsto en el Decreto 01 de 1984. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. recurrió la antedicha decisión. Pretende que esta sea revocada y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la Aseguradora.

II. ANTECEDENTES

2.1. El siete (7) de diciembre de dos mil once (2011)², **Seguros del Estado S.A.**, presentó, con fundamento en los hechos relatados en el acápite anterior, **demanda de controversias contractuales**, contra **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, con la cual, en síntesis, pretende que: **(i)** se declaren ineficaces y nulas las disposiciones del pliego de condiciones que rigió la celebración del Contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre EPM y la Sociedad ESGEM WORLDWIDE CORPORATION S.A. CI en liquidación, y que le confirieron potestades exorbitantes a la referida empresa de servicios públicos, distintas a las tipificadas en el artículo 14 del EGCAP; **(ii)** se anulen las Resoluciones 6719 de 2010, 7170 y 7424 de 2011, comoquiera que a través de aquellas EPM declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato e hizo efectiva la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A.; **(iii)** se condene a EPM a reintegrar debidamente indexadas, las sumas de dinero que hubiese pagado la Aseguradora con cargo a la aludida póliza y **(iv)** se condene a pagar costas y gastos procesales.

2.1.1. La Aseguradora enunció, como **normas violadas**: los artículos 6 y 29 de la Constitución Política; el artículo 84 del Decreto 01 de 1984; el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio, la Ley 689 de 2001; y, las Resoluciones 151 de 2001 y 296 de 2004 expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable. Con fundamento en estas normas, refirió, como **concepto de violación**, que EPM carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados y que, al proferirlos obró con desviación de poder. Además, que no motivó debidamente su decisión al determinar arbitrariamente el valor del daño supuestamente causado por el contratista con su incumplimiento, y que omitió el procedimiento previo establecido para la declaración del siniestro. Finalmente, arguyó que la actuación de EPM, que inició con el fin de declarar el incumplimiento puro y simple del contrato, al paso de la expedición de las resoluciones acusadas, mutó por el de declarar el incumplimiento como presupuesto para hacer efectiva la cláusula penal, como estimación anticipada de perjuicios, camino que le permitió obviar la motivación en materia de estimación del daño.

2.2. El diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013)³, EPM **contestó la demanda**, con oposición a todas las súplicas en ella formuladas. Arguyó en su favor, que en ningún momento anunció la emisión de los actos administrativos acusados como ejercicio de cláusulas exorbitantes, pues, ni el pliego de condiciones, ni el contrato la habilitaban para proceder de esa manera. Precisó, sin embargo, que conforme al

² Folios 32 a 52 del cuaderno 1.

³ Folios 67 a 93 del cuaderno 1.



numeral 5 del contrato de seguros, referido a la efectividad de la garantía, y concretamente el numeral 5.3. EPM debía expedir resolución administrativa para lograr que, de su parte, se generara el reconocimiento del riesgo asegurado. Acotó que, en cualquier caso, de acuerdo con la normativa vigente a la fecha de suscripción del contrato, resultaba válido declarar el riesgo para hacer efectiva la cláusula penal con cargo al seguro tomado por el contratista, de manera que no existió vulneración al debido proceso, pues fueron múltiples las ocasiones en que se instó a la sociedad contratista para que conjurara los hechos de incumplimiento, requerimientos que fueron también dados a conocer a la aseguradora, sin que aquella o esta los hubieren atendido. A manera de excepciones, propuso las que intituló incumplimiento del contrato por parte de ESGEM y de SEGUROS DEL ESTADO, cumplimiento de contrato por su parte y mala fe de la demandante.

2.3. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. presentó **demanda de reconvención** el diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013)⁴, mediante la cual solicitó que **(i)** se declare que Seguros del Estado S.A., en calidad de Aseguradora de la sociedad ESGEM Worldwide Corporation S.A., es responsable de reconocer y pagar lo establecido en las resoluciones que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la póliza de seguro de cumplimiento, y **(ii)** que, con cargo a la misma póliza se sufraguen los demás perjuicios sufridos por el incumplimiento del afianzado por concepto de la no generación de energía y del costo del personal que debió contratar para conjurar la situación derivada del incumplimiento.

2.3.1. Para sustentar los referidos pedimentos, inicialmente relató los hechos desplegados en el proceso de contratación, aludió a la suscripción del contrato y describió la actuación seguida contra el contratista y la aseguradora por causa del incumplimiento del primero; hizo alusión al incumplimiento del contrato por ESGEM, al procedimiento seguido infructuosamente para la notificación personal de la resolución declarativa de aquella al contratista y a su garante; refirió la notificación por edicto y el silencio de los notificados respecto de los recursos que procedían contra la resolución. Finalmente, describió paso a paso el procedimiento seguido para hacer efectiva la garantía y para la notificación de la resolución expedida para el efecto, dio cuenta del recurso que interpuso la aseguradora contra la resolución 7170, e hizo referencia a la resolución 7424, con la que resolvió el recurso, y al procedimiento seguido hasta su notificación por edicto. En síntesis, allende los antecedentes procedimentales de la actuación que desplegó para expedir los actos acusados, en lo concerniente a las causas del incumplimiento que atribuye a EGGEM y a la Aseguradora, aclaró que según versión de la que fue su contratista, a través de su representante legal, esa empresa atravesaba graves condiciones financieras y de liquidez, una situación que EPM desconocía cuando aceptó su oferta; y que, la aseguradora, ante tal situación, se abstuvo de indemnizar a EPM conforme a lo que estaba convenido en el contrato de seguro de cumplimiento.

2.4. Seguros del Estado S.A. **contestó la demanda de reconvención**⁵ con oposición a las súplicas en ella contenidas. Propuso las excepciones intituladas caducidad de la acción e improcedencia de solicitar perjuicios no amparados en la póliza.

2.5. Los sujetos procesales⁶ **alegaron de conclusión** con reiteración de lo argumentado en las oportunidades precedentes y que sirvió de fundamento a la causa y a la contradicción. El Ministerio Público permaneció silente.

⁴ Folios 2 a 34 cuaderno demanda de reconvención.

⁵ Folios 182 a 189 cuaderno demanda de reconvención.

⁶ Folios 338 a 355 y 356 a 366 a 334 del cuaderno 1.



2.6. El veintiuno (21) de mayo de dos mil diecisiete (2017)⁷, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó **fallo de primera instancia**, en el cual, entre otras decisiones, resolvió: **(i)** declarar la nulidad absoluta de los incisos primero a cuarto del numeral 5.2.1.9 del pliego de condiciones del proceso de contratación No. PC 2002-0043, aplicable al contrato CT 2009 0583; **(ii)** anuló las Resoluciones 6719 del 16 de septiembre de 2010, 7170 del 15 de febrero y 7424 del 16 de mayo de 2011 por medio de las cuales EPM declaró el riesgo de incumplimiento del contrato e hizo efectiva la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A.; **(iii)** a título de restablecimiento del derecho declaró que Seguros del Estado S.A. no estaba obligado a pagar a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. ninguna suma de dinero en razón de los actos administrativos anulados, y, por contera, dispuso que EPM debería devolverle al demandante las sumas indexadas que este último le hubiese pagado con cargo a la póliza; y **(iv)** en el marco de la demanda de reconvención, declaró probada la excepción de caducidad formulada por Seguros del Estado S.A.; y no condenó en costas.

Como **fundamento de lo resuelto**, el Tribunal, inicialmente, destacó que el contrato objeto de análisis no se encontraba sujeto al marco regulatorio contenido en el EGCAP, comoquiera que la entidad contratante era una empresa de servicios públicos domiciliarios, esto por expresa disposición de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, adicionalmente precisó que el legislador, con la finalidad de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, instituyó la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales en tratándose de contratos estatales; luego, explicó la naturaleza jurídica del contrato de seguro de cumplimiento y al paso de ello ilustró su finalidad como respaldo de las obligaciones que adquieren los contratistas del Estado en la celebración, ejecución y liquidación del mismo.

Al descender al análisis del caso en concreto, el Tribunal explicó que las facultades para imponer multas y declarar incumplimientos provenían de la aplicación del EGCAP, Ley 446 de 1998 y Ley 1150 de 2007, lo que significaba que se trataba de una potestad pública que solo era aplicable a aquellos contratos regidos por dicho estatuto, no obstante, subrayó que aun cuando en el sub examine, las partes, valiéndose de la autonomía de la voluntad pactaron que la entidad contratante podría imponer multas de manera unilateral, lo cierto era que aquella estipulación contravenía las normas de orden público que regían el contrato, pues dicha disposición no era extensible a un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos, como lo era EPM, razón por la cual declaró la nulidad del clausulado que habilitaba el ejercicio de tales facultades, y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó la devolución indexada de los dineros que hubiese pagado la Aseguradora con cargo a los amparos ejecutados. Frente a las pretensiones de la demanda de reconvención, declaró la caducidad de la acción, comoquiera que EPM conoció el daño tan pronto dio por terminado el contrato por el incumplimiento hallado (4 de mayo de 2010) y el libelo introductorio lo presentó el 19 de febrero de 2013, esto es, superado el término bienal previsto en el Decreto 01 de 1984.

2.7. El treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)⁸, **Empresas Públicas de Medellín E.S.P. recurrió** la antedicha providencia con la pretensión de que sea revocada y que, en su lugar, se nieguen las pretensiones, y se declare que *“tanto contratista como aseguradora incumplieron el contrato conocido de autos”*. Respecto de la demanda de reconvención, solicitó que se declare que no caducó el ejercicio de la acción y se acceda a las súplicas contenidas en dicho escrito. Como argumentos de inconformidad adujo, los que a continuación se expondrán en varios apartes:

⁷ Folios 369 a 383 del cuaderno principal.

⁸ Folios 385 a 395 del cuaderno principal.



2.7.1. La Aseguradora [demandante] carecía de legitimación para reclamar la nulidad de cláusulas de un contrato del cual no fungió como parte, amén de que las estipulaciones acusadas de nulidad, de ninguna manera instituían cláusulas exorbitantes, pues aquello no quedó así establecido en los pliegos ni en el contrato mismo.

2.7.2. Expuso que la demandante pasó por alto que en el numeral 5 del contrato de seguro tomado por el contratista, referido a la efectividad de la garantía, concretamente el acápite 5.3, se dispuso la exigencia de una resolución administrativa previa para que se reconociera el evento por el correspondiente riesgo asegurado. Así las cosas, cuestionó de la Aseguradora, que haya venido a este proceso contraviniendo, no sólo, el principio según el cual "el contrato es ley para las partes" , sino, el deber de no obrar contra el acto propio.

Por tal motivo reiteró que la exigencia de la expedición del acto de declaración del siniestro devino de las mismas condiciones preestablecidas por la Aseguradora.

2.7.3. Cuestionó la inconsecuencia que habría entre el régimen jurídico de derecho privado que atribuyó la providencia, al contrato fuente de la litis, y la cimentación de las consideraciones restantes del fallo en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación a aquella normativa, Además, se apartó de cualquier consideración relativa con el ejercicio de potestades especiales de derecho público en materia de imposición de multas.

2.7.4. En lo que concierne a la caducidad de la demanda de reconvención, señaló la inconsecuencia que habría en la exigencia de la presentación de la demanda de reconvención en término legal sin considerar que "*si no hay demanda inicial, no puede haber, por sustracción de materia, demanda de reconvención*". Para esta parte recurrente, exigir que la reconvención se haya presentado en término va en contra de la naturaleza de su propósito, para convertirla en una "*demanda inicial*".

2.7.5. Manifestó haber acreditado en este proceso el incumplimiento del contratista, y haber declarado la materialización del riesgo dentro den los límites que imponía el monto de la cláusula penal pactada. Reiteró su aseveración sobre la ausencia de violación al debido proceso frente al contratista y su Aseguradora en el curso de su actuación, aserto que sustentó con el recuento de todo lo actuado durante la ejecución y seguimiento contractual, así como en la declaración del siniestro. Al efecto, aludió a las pruebas documentales, testimoniales y periciales allegadas y practicadas en el plenario para denotar la prueba que trajo sobre la adecuada adjudicación del contrato, sobre la legalidad del procedimiento declaratorio de incumplimiento, así como sobre el monto de los perjuicios que sufrió en razón de la energía que dejó de comercializar.

2.8. En su momento EPM⁹ y Seguros del Estado S.A.¹⁰ presentaron alegaciones de conclusión en línea con lo expuesto en precedencia. El delegado del ministerio público presentó concepto No. 022-2019¹¹ mediante el cual solicitó la confirmación de la sentencia impugnada.

⁹ Folios 4120a 430 del cuaderno principal.

¹⁰ Folios 406 a 419 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 432 a 438 del cuaderno principal



2.9. El doctor Nicolás Yepes Corrales fungió como Procurador Delegado ante esta Corporación, por lo que en dicha calidad, fue quien presentó el concepto en el *sub examine*, motivo por el cual formuló su respectiva manifestación de impedimento para conocer el asunto de conformidad con lo previsto en el inciso 1° del artículo 140 y en el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso (CGP). El doctor Yepes Corrales se ausentó del recinto para propiciar la deliberación. Discutida la solicitud, aquella fue aprobada en Sala de Decisión por los demás miembros de la Subsección.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. De conformidad con los motivos de inconformidad que EPM expuso contra la sentencia de primera instancia, y atendiendo a las limitaciones que impone el artículo 357 del C.P.C.¹² —aplicable al caso—, la Sala dará respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

3.2.1. ¿Está Seguros del Estado S.A. legitimada en la causa para reclamar la nulidad e ineficacia de las cláusulas del pliego de condiciones que dieron origen al contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre EPM y ESGEM?

3.2.2. ¿Trajo EPM, en su calidad de demandante en reconvención, oportunamente a esta jurisdicción las pretensiones con las cuales busca que Seguros del Estado asuma los perjuicios derivados de la declaración del riesgo de incumplimiento contractual amparado mediante la póliza número 14-44-101014606?

3.2.3. ¿La declaración del riesgo de incumplimiento contractual amparado mediante la póliza número 14-44-101014606, provino de la inclusión de cláusulas exorbitantes en el pliego de condiciones que reguló la celebración del contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre EPM y ESGEM?

3.2.4. ¿Son nulas las Resoluciones 6719 del 16 de Septiembre de 2.010, 7170 del 15 de Febrero y 7424 del 16 de Mayo de 2.011, por medio de las cuales EPM declaró, la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato No. CT-2009-0583, e hizo efectiva la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A.?

Dependiendo de las respuestas que ameriten estos problemas, eventualmente, la Sala analizará si las pruebas traídas a este contencioso dan cuenta de los perjuicios a que haya lugar.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Validada la **competencia** que le asiste para conocer del recurso de apelación interpuesto por EPM, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 129¹³ y 132.5¹⁴

¹² Norma que delimita la competencia del juez de la apelación y que se aplica al presente asunto, en virtud de la remisión prevista el artículo 267 del CCA, disposiciones vigentes para el 7 de diciembre de 2011 cuando se interpuso la demanda.

¹³ CCA. "Artículo 119. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos".

¹⁴ CCA. "Artículo 132. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes [...], cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".



del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹⁵, la Subsección procederá a resolver los problemas jurídicos restantes y planteados en precedencia.

Tal competencia se reafirma en el presente asunto, ya sea porque se admita que en el contrato que surja entre un contratista estatal y una aseguradora, la Administración toma parte, pues tal como se ha dicho en otras oportunidades¹⁶, en ese contexto la Administración es beneficiaria de una “estipulación a favor de otro” y, por tanto, queda vinculada directamente a esa relación contractual, a tal punto que el contrato de seguro requiere de la aprobación que la entidad estatal le imparta al clausulado. Ora, porque aun considerándose que el contrato de seguro que realiza el contratista del Estado con una aseguradora para garantizar el cumplimiento del contrato estatal no es, en sí mismo, de naturaleza pública, no se desconoce que tal instrumento puede alcanzar, por vía de conexidad, tal connotación; esto, en la medida que de llegarse a realizar el siniestro asegurado, el crédito que surge a favor de la Administración tiene fuente en el contrato estatal de derecho privado porque la causa del riesgo asegurado es el incumplimiento del contrato público y, porque “*el siniestro que debe indemnizar el Asegurador es el reconocido por la Administración*”¹⁷.

Cualquiera que sea en entendimiento que se acoja, determina la competencia del Consejo de Estado para conocer del *sub examine*.

4.2. ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

Legitimación en la causa de la Aseguradora frente a los reparos al pliego de condiciones

Protesta EPM que Seguros del Estado, al no haber sido parte del contrato, carece de legitimación en la causa por activa para invocar pretensiones de nulidad o ineficacia respecto del pliego de condiciones que gobernó el proceso que dio vida al contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre E. P. M. y ESGEM.

Para establecer si le asiste razón a la recurrente, la Sala parte de la premisa según la cual, tiene legitimación quien acude al proceso porque tiene y demuestra una relación estrecha con los intereses que allí se debaten o, en otras palabras, porque demuestra ser titular de un interés jurídico susceptible de ser resarcido; por tanto, la legitimación guarda conexión con las pretensiones alegadas y se decanta en función de la titularidad del derecho que se dice tener. Así, a través de la legitimación se verifica que, quien postula para sí un reclamo judicial sea la persona titular del interés jurídico lesionado o comprometido. De este modo, quien aspire a legitimarse en una causa debe demostrar que en su haber material o inmaterial reside la titularidad del derecho por el cual reclama.

Al tamizar a través de tales contenidos la intención manifiesta de Seguros del Estado para constituirse en parte demandante dentro de la presente litis, se advierte que, en función de las pretensiones que expuso, su interés es legítimo y está acreditado, como quiera que exhibe, a través de la póliza que expidió¹⁸ y de su condición de asegurador

¹⁵ La demanda fue presentada en el 2011, época para la cual el salario mínimo era de \$535.600, por lo tanto, los 500 salarios mínimos equivalían a \$267.800.000, lo cual supone que la cuantía estimada en dicho escrito, que ascendía a US\$285.000, supera el monto legalmente exigido.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto del 30 de enero de 2008, exp. 32.867.

En una línea similar de entendimiento pero con distintos argumentos, la Corte Constitucional ha considerado que entre “el contrato estatal y el contrato otorgado para garantizar el cumplimiento del primero forman una unidad jurídica”. CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 199-22 del 24 de febrero de 2022, exp. CJU-582.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 12 de octubre de 2000, exp. 18.604, posición reiterada recientemente por la Sección A, en sentencia del 8 de abril de 2024, exp. 60.718.

¹⁸ A folios 26-28 del c. ppal. 1, obra la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A., tomada por ESGEM, en beneficio de E.P.M., cuyo objeto consistió en garantizar: “El cumplimiento general, (...), según



del negocio, una relación estrecha con el contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre E. P. M. y ESGEM. Esto, sumado a los fundamentos de conexidad expuestos de manera precedente entre el contrato de seguros y el contrato estatal cuando el primero es garantía del segundo.

Así mismo, en la medida en que Seguros del Estado predica que la declaración de la realización del riesgo de incumplimiento con la que se afectó la póliza No. 14-44-101014606 se gestó con fundamento en unas cláusulas del pliego de condiciones que dio origen al contrato amparado que, a su juicio, padecen de ineficacia o nulidad, se avizora la relación que existe entre las pretensiones que expone la Aseguradora y los vicios que le achaca a las estipulaciones del pliego, pues, al margen de que no hizo parte de la relación comercial que se formó a partir del pliego, la Aseguradora apareció en la senda del contrato estatal para asegurarlo y, para asumir el lugar del contratista en caso de incumplimiento. En tal sentido, el clausulado del pliego rige la ejecución del contrato y vincula a su suerte, a la Aseguradora.

Así las cosas, respecto de la relación contractual, al expedir Seguros del Estado la póliza que aseguró el contrato estatal, éste se convirtió, cuando menos, en un tercero con interés¹⁹ y, por ende su legitimación surge de los efectos o repercusiones probables que la relación comercial difumina hacia su patrimonio, como aquí ocurre con la Aseguradora en virtud de la materialización del riesgo de incumplimiento que se obligó a cubrir.

De esta manera, la respuesta al primer problema jurídico es de signo positivo, como también y con un sustento similar, E.P.M. se encuentra legitimado tanto para ser demandado, como para reconvenir la demanda por ser, como es, parte integrante del contrato No. CT 2009 0583 objeto de la póliza de cumplimiento sobre la que descansa el eje de la controversia.

4.3. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Oportunidad de las pretensiones de reconversión

La primera instancia, en respuesta a la excepción de caducidad propuesta por Seguros del Estado en su condición de reconvenido, advirtió que aun cuando era posible que durante el término de fijación en lista el demandado presentara demanda de reconversión, lo debía hacer de manera oportuna ya que la reconversión es una acción autónoma que no pretende enervar las pretensiones de la demanda inicial, sino que se encamina a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes y, que, para el caso concreto, era claro que E.P.M. conoció del daño que pretende reclamar como incumplimiento del contrato desde el 4 de mayo de 2010 cuando dio por terminado el contrato con ESGEM. Así, debió demandar a más tardar el 5 de mayo de 2012, una actuación de su parte que en modo alguno estaba supeditada a la condición futura y contingente de la presentación de una demanda por su contraparte en el contrato, que

contrato referente con el diseño, fabricación, pruebas en fábrica, suministro y repuestos, embalaje, empaque, despacho, transporte, supervisión del montaje, pruebas en campo y puesta en servicio, capacitación y entrenamiento del personal del EE.PP. M. E.S.P. para la operación y mantenimiento de los equipos para la mini central hidroeléctrica (M.C.H.) que aprovechará para generación el caudal ecológico permanente que se descargará del embalse del proyecto hidroeléctrico Porce III.

¹⁹ En este punto, vale colacionar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que “la calidad de ‘tercero’ que ostenta el beneficiario lo es solo frente al hecho de que no intervino en su formación. Mas, desde la perspectiva de la titularidad de la prestación de seguro, “no es un “tercero” sino la persona que sufre un menoscabo en su patrimonio y tiene, por ello, interés asegurable en el pago de la indemnización”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018, exp., SC5681-2018/2009-00687. CIT. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, exp. 60718, op. cit.



le habilitara para demandar. En otras palabras, nada le obligaba a esperar hasta el 19 de febrero de 2013 para ejercer su derecho de acción.

E.P.M. contraponen esa conclusión, bajo el entendido que como existe una relación de coexistencia entre la demanda inicial y la de reconvención, de suyo debe esperarse a que se incoe la primera, para que surja la posibilidad de entablar la segunda.

La Corporación, ya de antaño, frente a casos similares ha sostenido que, *“en lo que concierne al argumento planteado por la parte recurrente, en el sentido de indicar que la demanda de reconvención es una consecuencia de la demanda principal y que, por tal razón, con la presentación de la demanda inicial se interrumpieron los términos para la de reconvención, cabe señalar, como ya se dijo, que la demanda de reconvención, en esencia, es una acción autónoma que no pretende enervar las pretensiones de la demanda principal sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes, razón por la cual no es una consecuencia de la demanda principal”*²⁰.

Esto hace que le asista razón a la primera instancia en cuanto siguió tal derrotero, de suerte que, al tratarse de pretensiones diferentes e independientes, tanto las unas como las otras deben efectuarse dentro del término en que se puede ejercer el derecho de acceder a la administración de justicia. Si esa regla se sigue de forma irrestricta en casos en que dentro de la misma demanda se adicionan pretensiones al momento de su reforma²¹, con mayor razón frente a la demanda de reconvención en la que se trata de pretensiones antagónicas que provienen desde el otro extremo de la controversia.

En el presente caso, al conteo del término de caducidad de 2 años para el ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales resulta aplicable el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (CCA), de acuerdo con el cual el término bienal se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Como el asunto materia de la demanda que dirigió EPM contra la Aseguradora es de aquellos que se rigen por el derecho privado — Cfr. artículos 31²² y 32²³ de la Ley 142 de 1994— y, las pretensiones se cimientan sobre el acaecimiento del riesgo de incumplimiento asegurado mediante la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A., habrá de tener en cuenta la Sala que el 4 de mayo de 2010 EPM decidió dar por terminado el contrato CT-2009-0583 suscrito con la firma ESGEM para el suministro de los equipos de la minicentral del caudal ecológico, y le informó que procedería a declarar la ocurrencia del riesgo conforme a las pólizas otorgadas²⁴ y, así lo hizo el 16 de septiembre de 2010 cuando formalmente declaró la realización del riesgo de incumplimiento²⁵; lo que no obsta para que, al igual que lo hizo la primera

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 14 de agosto de 2013, exp. 45191.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Sala Plena, Auto de unificación del 25 de mayo de 2016, exp. 40077.

²² Artículo 31. “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 (...)”.

²³ Artículo 32. “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

²⁴ Comunicación núm. 1624246 dirigida por EPM a ESGEM. Folios 164-165 del c. ppal. 1.

²⁵ Mediante Resolución No. 6719 del 16 de septiembre de 2010, EPM resolvió: “Declarar la realización del riesgo de INCUMPLIMIENTO del contrato, CT 2009 0583, perfeccionado con la compañía “ESGEM WORLD WIDE CORPORATION” amparado por la póliza 14-44-101014606 (...), expedida por la Compañía de Seguros del Estado y, en consecuencia hacer efectiva dicha garantía (...). Folios 4-5 del c. ppal. 1.



instancia, se tome como hito de partida para la contabilización de la caducidad el día en que EMP obtuvo el pleno conocimiento del acaecimiento del riesgo, esto es, cuando terminó el contrato con ESGEM. De allí se desprende que, a partir del día siguiente a esa calenda comenzó a correr el término de caducidad que fenecía el 5 de mayo de 2012. Como la demanda de reconvención se incoó el 19 de febrero de 2013²⁶, devino extemporánea.

Inclusive, si se tomara la fecha en que se declaró oficialmente la declaración del riesgo de incumplimiento, también se llegaría a la misma conclusión de extemporaneidad.

Por consiguiente, en este punto la respuesta al segundo problema jurídico se resuelve de forma negativa y, en consecuencia, se confirmará la decisión de caducidad de la demanda de reconvención resuelta por el *a quo*.

Huelga decir que la demanda de Seguros del Estado S.A. en contra de EPM fue interpuesta de manera oportuna, comoquiera que la decisión que declaró el riesgo de incumplimiento de forma definitiva y lo acotó a la cifra pactada en la cláusula penal data del 16 de mayo de 2011²⁷, mientras que la demanda de la Aseguradora se impetró el 30 de noviembre de 2011²⁸; es decir, antes del tiempo legalmente previsto.

4.4. ANÁLISIS DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO: Proveniencia de la declaración del riesgo de incumplimiento

Seguros del Estado adujo que la declaración del riesgo de incumplimiento contractual amparado mediante la póliza número 14-44-101014606, tuvo fuente en la inclusión de cláusulas exorbitantes en el pliego de condiciones que reguló la celebración del contrato No. CT 2009 0583 suscrito entre EPM y ESGEM, de ahí que deprecó la ineficacia o nulidad de tal clausulado, así como también, de la declaración del riesgo. La primera instancia le dio la razón a la demandante, pues, consideró que como la actividad contractual de EPM se regía por el derecho privado, no le estaban dadas las facultades para imponer multas y declarar incumplimientos ya que estas solo aplicaban a los contratos regidos por el EGCAP, en cuyo caso, por más que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad hayan pactado que la entidad contratante podía ejercer tales potestades exorbitantes, dicha estipulación era nula al ir en contravía de normas de orden público.

Desde la contra cara, el apelante insistió en que ni la declaración del riesgo de incumplimiento, ni su inclusión dentro del formato de una “resolución administrativa” provino del ejercicio de alguna cláusula exorbitante, sino que ello obedeció a una exigencia de la Aseguradora.

Con miras a la resolución de este asunto, antes que nada, se contextualizarán los **hechos relevantes del caso** —esto es, los que guardan estrecha relación con las pretensiones—, para luego sí, analizar el **régimen aplicable al contrato** y resolver el aspecto en cuestión.

4.4.1. A comienzos del año 2009, EPM dio inicio al proceso de contratación PC-2009-0043, para el diseño, fabricación y montaje de una minicentral de caudal ecológico

²⁶ Folios 2 a 34 cuaderno demanda de reconvención.

²⁷ Folios 12-18 del c. ppal. 1. Resolución 7424, notificada a través de edicto fijado el 30 de mayo de 2011 y desfijado el 13 de junio de 2011 (folios 21-22 del c. ppal. 1).

²⁸ Conforme al sello de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia, obrante a folio 52 del c. ppal. 1. Lo anterior, inclusive, sin tener en cuenta el tiempo de suspensión que tomó el agotamiento de la conciliación prejudicial. Cfr. Constancia de conciliación expedida por la Procuraduría 112 Judicial II Administrativa, en la que aparece que se presentó solicitud el 11 de octubre de 2011 y se declaró fallida el 30 de noviembre de 2011. Folio 31 del c. ppal. 1.



para el proyecto Hidroeléctrico Porce III²⁹, cuyas especificaciones y condiciones fueron recogidas en el respectivo “Pliego de Condiciones y Especificaciones Técnicas³⁰.”

4.4.1.1. En el Pliego se estableció, conforme al artículo 1592 del C.C., que en caso de incumplimientos del contratista o de la terminación del contrato por causas imputables al contratista, éste pagaría a EPM a título de cláusula penal pecuniaria el equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato³¹.

4.4.1.2. Dentro del acápite de “Garantías”, en el numeral 4.4.1.1. respecto del “Amparo de cumplimiento”, se estableció: *“Para asegurar el total y estricto cumplimiento de las obligaciones del contrato, deberá amparar una suma igual al veinte por ciento (20%) del valor inicial del contrato, con la cual se cubren, además, las multas y la cláusula penal pecuniaria. Se hará efectiva al CONTRATISTA, en favor de LAS EMPRESAS, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que haya adquirido en virtud del contrato. Este amparo deberá estar vigente durante el plazo del contrato y sesenta (60) días calendario más”*³².

4.4.1.3. En el numeral 5.2.1.5. del Pliego, en el acápite de cumplimiento, se consignó: *“Cualquier desviación, modificación u omisión de dichas acciones que no haya sido consentida expresamente por la contratante, constituirá legalmente un caso de “incumplimiento” del contrato y será suficiente para que se produzcan los efectos legal o contractualmente previstos para ello. Cuando se estipule expresamente, será suficiente la configuración objetiva del evento constitutivo de incumplimiento, para que la contraparte que lo sufre exija las reparaciones o tome las medidas reparatorias correspondientes. (...)”*³³.

4.4.1.4. Fruto del proceso de contratación, EPM suscribió con ESGEM el contrato No. CT-2009-0583³⁴. En la cláusula segunda, atinente al valor, se pactó: *“El valor total estimado del contrato es por la suma de dos millones ochocientos cincuenta y siete mil trescientos setenta dólares de los Estados Unidos de América con cero centavos (USD\$2.857.370,00) (...)”*³⁵. En la cláusula quinta, se acordó: *“EL CONTRATISTA constituirá a favor del EE.PP. M.E.S.P., una garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones contractuales (...) y amparar los riesgos descritos en el numeral 4.4. “GARANTÍAS” del pliego de condiciones y especificaciones (...)”*³⁶ y, en la cláusula sexta se pactó la aplicación del pliego de condiciones y especificaciones junto con sus adendas, y la oferta incorporadas en el contrato³⁷.

4.4.1.5. El contratista —ESGEM—, para garantizar el aludido contrato, constituyó la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A.³⁸. La vigencia de la póliza, para el ramo de cumplimiento, iba desde el 01/10/2009 hasta el 22/02/2011³⁹ con una suma asegurada de US\$571.474,00.

²⁹ El objeto específico del proceso de contratación tenía el siguiente alcance: “Diseño, fabricación, pruebas en fábrica, embalaje, empaque, despacho, transporte, prestación de los servicios de supervisión de montaje, pruebas en campo y puesta en servicio de los equipos especificados; capacitación y entrenamiento del personal de EE.PP.M. E.S.P., para la operación y mantenimiento de los equipos especificados con destino a la Minicentral de caudal ecológico para el proyecto Hidroeléctrico Porce III”. Cfr. Cuaderno Anexo 3.

³⁰ Cuaderno Anexo 3. Contiene la totalidad del pliego.

³¹ Numeral 4.6 del pliego. Folio 171 del cuaderno anexo 3.

³² Folios 165-166 del cuaderno anexo 3.

³³ Folios 177-178 del cuaderno anexo 3

³⁴ Folios 23-25 del cuaderno ppal. 1.

³⁵ Folio 23 c. ppal. 1.

³⁶ Folios 24-25 del cuaderno ppal., 1.

³⁷ Cfr. folio 25 del c. ppal. 1.

³⁸ Folios 26-28 del c. ppal. 1.

³⁹ Con el anexo 4 se modificó la vigencia de la póliza, para correrla hasta el 16/04/2011. Cfr. Folio 34, c. ppal. 1.



Dentro de los amparos, el amparo de cumplimiento del contrato tuvo el siguiente alcance: *“El amparo de cumplimiento, cubre a la entidad estatal asegurada, por los perjuicios directos que le ocasione el incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas por el garantizado, por la firma del contrato, así como por su cumplimiento tardío o defectuoso, cuando ellos sean imputables al contratista garantizado. Este amparo comprende la garantía para el pago del valor de las multas, **así como de la cláusula penal pecuniaria**, siempre que se hubieren pactado previamente en el contrato garantizado⁴⁰. —se resalta—.*

4.4.1.6. Estando dentro del proceso de formalización del contrato, surgieron dificultades, principalmente porque ESGEM el 24 de marzo de 2010 confirmó la difícil situación de iliquidez por la que atravesaba la empresa y ofreció como un posible plan la ejecución a través de la cesión del contrato a un tercero⁴¹, ofrecimiento que reiteró el 3 de abril de 2010⁴². Mediante comunicación del 28 de abril de 2010, EPM le comunicó a Seguros del Estado la imposibilidad en que se encontraba ESGEM de realizar, por sí sola, la ejecución del contrato, así como que le había conferido plazo hasta el 27 de abril de 2009 a ESGEM para que manifestara la intención de continuar con el contrato, y que aquella había guardado silencio, razón por la cual, EPM procedería a realizar los estimativos de los perjuicios para proceder a efectuar el reclamo oficial ante la Aseguradora⁴³.

4.4.1.7. Mediante comunicación núm. 1624246 del 4 de mayo de 2010, EPM comunicó a ESGEM que, ante la manifestación de que el contratista por sí solo no podía ejecutar el contrato, aunado a que financieramente ESGEM se encontraba en estado de liquidación, decidió *“dar por terminado el contrato CT-2009-0583 suscrito con la firma ESGEM para el suministro de los equipos de la minicentral del caudal ecológico, y procederá a declarar la ocurrencia del riesgo a que haya lugar conforme con las pólizas otorgadas⁴⁴”*. Para ese momento ni se había suscrito acta de inicio, ni se había dado anticipo⁴⁵.

4.4.1.8. Mediante Resolución No. 6719 del 16 de septiembre de 2010⁴⁶, EPM resolvió:

“Artículo 1°. Declarar la realización del riesgo de INCUMPLIMIENTO del contrato, CT 2009 0583, perfeccionado con la compañía “ESGEM WORLD WIDE CORPORATION” amparado por la póliza 14-44-101014606 (...), expedida por la Compañía de Seguros del Estado y, en consecuencia hacer efectiva dicha garantía por la suma de SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO DOLARES (USD\$71.474.00), como consecuencia del incumplimiento contractual, al que se hizo referencia en los considerandos de la presente resolución.

Artículo 2°. El valor de los perjuicios causados a la entidad contratante y no cubiertos por la garantía, se hará efectivo por la vía judicial”.

4.4.1.9. A través de la Resolución No. 7170 del 15 de febrero de 2011⁴⁷, EPM resolvió extender la declaración de realización del riesgo de incumplimiento *“por la suma que*

⁴⁰ Folio 27, c. ppal. 1.

⁴¹ Acta de reunión No. 1, obrante a folios 118-119 del c. ppal.

⁴² Folio 122-123 del c. ppal.

⁴³ Comunicación 1622663 dirigida por EPM a la Vicepresidencia de Fianzas de Seguros del Estado. Folios 162-163 del c. ppal. 1.

⁴⁴ Folios 164-165 del c. ppal. 1.

⁴⁵ Así lo refiere EPM en oficio de febrero de 2014. Folios 208-219, del c. ppal. 1.

⁴⁶ Folios 4-5 del c. ppal. 1.

⁴⁷ Folios 6-8 del c. ppal. 1.



aún no se había declarado y que equivale a “QUINIENTOS MIL DOLARES (USD\$500.000.00)”. En lo demás, reprodujo lo declarado en la resolución anterior.

4.4.1.10. La Resolución 7170, atrás referida, fue recurrida por la Aseguradora, recurso que se resolvió a través de la **Resolución 7424** del 16 de mayo de 2011⁴⁸, en la que EPM modificó su decisión de declarar el riesgo de incumplimiento y ajustarla para “hacer efectiva la cláusula penal amparada en dicha garantía por la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE DOLARES (US\$285.737,00)⁴⁹, como consecuencia del incumplimiento contractual”.

4.4.2. Régimen jurídico del contrato y naturaleza de los actos expedidos por las empresas de servicios públicos en desarrollo de la actividad contractual

En atinencia con lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por regla general, los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos no están sometidas al EGCAP, sino que se rigen por el derecho común, tal como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación⁵⁰.

Ahora, sobre la naturaleza de los actos que unilateralmente expide el prestador de servicios públicos domiciliarios, en reciente unificación se indicó que aquellos, “se afilia[n] a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos”⁵¹. Esta connotación vale tanto para los actos que profiere en la etapa contractual, como para aquellos que dicta en la fase precontractual⁵², aunque a estos últimos también se les denomina “actos de gestión contractual”⁵³.

En ese sentido el criterio unificado precisó: “Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial.”⁵⁴.

Establecido que tales actos, además de que se rigen por el derecho común, son meramente actos jurídicos contractuales, la Sala estudiará si para cuando EPM declaró el riesgo de incumplimiento, tal manifestación se incardinó en el ejercicio de una cláusula exorbitante como aduce la Aseguradora.

⁴⁸ Folios 12-18 del c. ppal. 1. La Resolución 7424 fue notificada a través de edicto fijado el 30 de mayo de 2011 y desfijado el 13 de junio de 2011 (folios 21-22 del c. ppal. 1).

⁴⁹ Valor que corresponde al 10% del valor total del contrato.

⁵⁰ Baste citar, lo expuesto en reciente sentencia de unificación. Allí se indicó: “La aplicación del derecho privado obra como regla general, sin perjuicio de que la misma ley autoriza a los prestadores de servicios públicos domiciliarios a incursionar en un ámbito normativo diverso (...) Bajo el régimen que se comenta, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad -eje central en que se edifica la institución de los contratos-, el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos la facultad de autorregular sus intereses y de dotar de efectos jurídicos vinculantes a tales actos dentro de los límites que impone la ley, el orden público y las buenas costumbres”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de unificación del 9 de mayo de 2024, exp. 53.962.

⁵¹ Ibidem.

⁵² En sede de unificación quedó establecido que: “los actos precontractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

Ya de antes, el Consejo de Estado había indicado que, las pretensiones relativas a determinar la invalidez de los actos que se rigen por el derecho privado deben encauzarse por el medio de control de reparación directa. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020 de la Subsección C, exp. 58562.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de julio de 2021, exp. 51307.

⁵⁴ Ibidem.



En este punto cabe advertir que, en la medida que la demandante protesta la nulidad o ineficacia de cláusulas insertas en el pliego de condiciones, así como la nulidad de las resoluciones que declararon el riesgo de incumplimiento asegurado, en el presente asunto confluye el reproche tanto sobre actos precontractuales, como contractuales.

Sobre los primeros, esto es, los de carácter precontractual, esta Corporación sostuvo que: *“Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa”*⁵⁵. No obstante, como criterio modulador aplicable para aquellas demandas que se habían interpuesto con anterioridad a la unificación, se estableció que, aun cuando no se hubiera empleado la acción o medio de control adecuado, se debían resolver de fondo en garantía del acceso a la administración de justicia; por esta razón, aun cuando este caso viene siendo tramitado por el CCA y, en principio, esto implicaría una ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo el derrotero unificado se avanzará al estudio del fondo de este cargo.

Sobre los segundos —declaración del riesgo de incumplimiento—, siguiendo el criterio conforme al cual, *“si no se trata de un acto administrativo, aunque sí de un acto jurídico contractual, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está disponible para efectuar su examen, aun como pretensión promovida en sede de controversias contractuales, pues su objeto se dirige a enjuiciar la presunción de legalidad que sólo acompaña a tales actos, los administrativos, atributo del que carecen los actos contractuales emitidos en desarrollo de negocios jurídicos sujetos al derecho común”*⁵⁶. La Sala se adentrará en el análisis de fondo, teniendo en cuenta las razones ya expuestas⁵⁷.

4.4.3. Las disposiciones del pliego acusadas de generar la declaración del riesgo de incumplimiento

Conforme a lo expuesto, los actos proferidos por EPM, tanto en sede precontractual como contractual, no se escrutarán bajo el rigor de los vicios que padecen los actos administrativos, pues sí así fuera, las pretensiones dirigidas contra el pliego de condiciones encontrarían dificultades en la antesala del análisis, dado que la Aseguradora difirió al juez la tarea suya de identificar las disposiciones que hubieran conferido “potestades exorbitantes”, sin precisarlas como de ordinario le correspondería hacerlo en un juicio de legalidad, en donde no es de recibo que el demandante deposite en el juez una labor revisionista y de hallazgo frente a todo el pliego, sino que, es el demandante quien debe detallar las disposiciones que merecen ser reprochadas.

Ante esa falta de precisión de la parte actora, como en el ejercicio de adecuación del estudio al régimen de los actos jurídicos contractuales el fallador debe *“interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo”*⁵⁸, en ese propósito la Sala se dirigirá solamente hacia aquellas disposiciones del pliego que guardan relación directa con

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Exp. 53.962, op. cit.

⁵⁷ En la sentencia de unificación, la Corporación precisó: *“no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación”*. *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*



la declaración del siniestro de incumplimiento que es, en últimas, hacia donde apunta su desazón.

Por lo mismo, la Sala, a diferencia de lo que hizo la primera instancia, no hará ningún análisis sobre las condiciones del pliego atinentes a la facultad para imponer multas, pues no fue en ese ámbito donde se produjo la afectación de la que se duele la Aseguradora. En cambio sí, lo hará respecto de las disposiciones que aluden al incumplimiento contractual y a la cláusula penal pecuniaria, dado que fue esta penalidad la que finalmente llevó a la cuantificación del riesgo de incumplimiento.

Sobre la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual, en el pliego de condiciones, lo único que aparece es la siguiente disposición:

5.2.1.5. **Cumplimiento.**

El contrato se considera cumplido cuando cada una de las partes lleva a cabo las acciones que explícita o implícitamente quedan comprendidas en los compromisos u obligaciones que asume, y con atención a las características formales y de tiempo previstas para ello.

Cualquier desviación, modificación u omisión de dichas acciones que no haya sido consentida expresamente por la contratante, constituirá legalmente un caso de “incumplimiento” del contrato y será suficiente para que se produzcan los efectos legal o contractualmente previstos para ello.

Cuando se estipule expresamente, será suficiente la configuración objetiva del evento constitutivo de incumplimiento, para que la contraparte que lo sufre exija las reparaciones o tome las medidas reparatorias correspondientes.

(...)⁵⁹

Tal disposición, como fue concebida, no revela el ejercicio de una potestad exorbitante, sino, antes bien, una estipulación bilateral acorde con los efectos que el artículo 1602 del Código Civil les imprime a las obligaciones contraídas en el contrato y que, en tanto ley para las partes, **cualquiera de ellas**, o más exactamente, la que sufra el incumplimiento está facultada para exigir o tomar las medidas reparatorias correspondientes. Luego entonces, no se avizora en esta cláusula una estipulación impositiva que prevalezca en favor de la administración y en desmedro del contratista y/o el asegurador del riesgo de incumplimiento, ni de aquella se desprende el uso de una potestad de aquellas que la ley prevé solo para las entidades estatales, pues el alcance de tal cláusula puede ser pactada inclusive por particulares.

Por otro lado, se estableció una cláusula penal con el siguiente alcance:

4.6. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil Colombiano, las partes convienen que en caso de incumplimientos de EL CONTRATISTA de las obligaciones del contrato, o de la terminación del mismo por hechos imputables a él, éste pagará a EE.PP. M E.S.P., en calidad de cláusula penal pecuniaria una suma que se tasa de manera anticipada y expresa en el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual será considerada como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a EE.PP.M. E.S.P.

⁵⁹ Folios 177-178 del cuaderno anexo 3



El valor de esta pena pecuniaria se tomará directamente de cualquier suma que se adeude al contratista, si la hay, o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato; si lo anterior no es posible, se cobrará por la vía judicial.

(...).⁶⁰

Aun cuando esta disposición se previó únicamente en contra del Contratista incumplido y en favor de EPM, no quiere significar ello que lo fue en despliegue de una potestad exclusiva de la Administración, sino en los términos y alcances del propio artículo 1592 del Código Civil, norma que prescribe la cláusula penal como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*. Es decir, el contenido de esa norma aplica de esa manera en el ámbito de los contratos que se rigen por el derecho civil, como aquí ocurre, de manera que no se trata del ejercicio de una prerrogativa, ni de una arbitrariedad, o de un abuso por parte de EPM, sino del concierto de la voluntad de las partes, que bien pudieran ser particulares entre sí.

Además, en ese contexto —el del derecho civil— la cláusula penal se traduce en *“una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”*⁶¹, lo que viene a indicar que no era contrario a derecho la posibilidad que tenía EPM de exigir tal compensación de forma uniprocedente con la declaración del incumplimiento del contrato.

Ahora, este tipo de cláusulas, la jurisprudencia de la Corporación las adscribe como cláusulas accidentales que emanan de la voluntad de las partes, mas no de una facultad extraña al derecho común como parece entenderlo la demandante. Al respecto se ha dicho:

*“[R]esulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público. De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante (...)”*⁶².

Por consiguiente, las aludidas disposiciones del pliego de condiciones, que además fueron aceptadas por el contratista asegurado, en modo alguno precisaban de competencias especiales más allá del ámbito volitivo de las partes, razón por la cual se habrá de concluir que las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones y

⁶⁰ Folio 171 del cuaderno anexo 3.

⁶¹ Sentencia del 23 de mayo de 1996, expediente 4607, COT. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp. 36600.

⁶² Exp. 53.962, op. cit.



especificaciones técnicas para el proceso de contratación 2009-0043 que dio lugar al contrato asegurado — CT-2009-0583— y que guardan relación con el riesgo de incumplimiento contractual que se hizo efectivo en el caso concreto, no riñen con el ordenamiento jurídico bajo el cual se rigen.

En línea con lo expuesto, a diferencia de la primera instancia, la Sala no encuentra razones para declarar la nulidad de las referidas disposiciones del pliego, siendo entonces de signo negativo la respuesta al tercer problema jurídico planteado.

4.5. ANÁLISIS DEL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: La pretendida nulidad de las resoluciones que declararon el riesgo de incumplimiento

Seguros del Estado pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones **(i)** 6719 del 16 de septiembre de 2010, **(ii)** 7170 del 15 de febrero y **(iii)** 7424 del 16 de mayo de 2011, por medio de las cuales EPM declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato No. CT- 2009-0583, e hizo efectiva la póliza No. 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A., pedimento que encontró eco en la primera instancia.

Por su parte, EPM arguye en la apelación que la razón por la que expidió las mentadas resoluciones, fue porque la Aseguradora, en los términos del clausulado de la póliza, condicionó la declaración del riesgo de incumplimiento a que se emitiera una resolución, de ahí que estime que la demandante pretende ahora volverse contra sus propios actos.

De vuelta a lo ya dicho, por su naturaleza, estos pronunciamientos de EPM no tienen la connotación de actos administrativos, sino de actos jurídicos contractuales, regidos por el derecho común. Bajo esa consideración, la Sala pasará a estudiar si las resoluciones mencionadas están viciadas de nulidad, que lo sería en el evento en que se demuestre que hayan sido expedidas como expresión de una potestad extraordinaria —que ya se descartó en el acápite anterior— o que se hayan arrogado el carácter de un acto administrativo que por ley no tienen.

Para esto, el análisis de este cargo se hará en armonía con las cláusulas de la póliza, sin que estas últimas merezcan enjuiciamiento ya que sobre ellas no se postuló ninguna irregularidad, lo que resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que es la Aseguradora quien demanda, situación que, en todo caso no es óbice para que no se integren tales estipulaciones al análisis del caso, en tanto así se requiera.

Como se indicó, en ninguna parte de los pliegos se hizo mención a que EPM, en caso de incumplimiento contractual, expediría actos administrativos para declarar el riesgo o siniestro de incumplimiento. La expresión surgió a partir del texto de la póliza número 14-44-101014606. En efecto, dentro del clausulado general de la póliza, se estipuló:

*“5.3. En los demás eventos de incumplimiento del contratista GARANTIZADO, y una vez cumplido el procedimiento administrativo previo y ejercidos los derechos de defensa y contradicción de éste y de SEGURESTADO, LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, **deberá proferir la resolución administrativa correspondiente, en la cual declare el incumplimiento de la obligación contractual o poscontractual respectiva, y proceda a cuantificar el monto de la pérdida (o a hacer efectiva la cláusula penal si ella está pactada, entrándose del amparo de cumplimiento) y a ordenar su pago al contratista GARANTIZADO, y a SEGURESTADO, previa orden de efectividad del amparo respectivo. Siempre que***



*se busque la afectación de los amparos de cumplimiento (...)” . 7.2. Para el caso previsto en el numeral 5.3., de estas condiciones, dentro del mes siguiente a la fecha de comunicación que contenga el requerimiento de pago formulado por LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, **acompañada de la copia auténtica del Acto o actos administrativos ejecutoriados, en el que se hubieren hecho efectivos el amparo o los amparos correspondientes, y cuantificada la pérdida sufrida por LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, (...)”**⁶³. —se resalta—.*

En atención a lo así previsto, cuando EPM verificó el incumplimiento de su contratista, procedió a dar por terminado el contrato y, consecuentemente, a declarar la realización del riesgo de incumplimiento del contrato —hechos 4.4.1.7 y 4.4.1.8—, lo cual hizo a través, inicialmente, de la Resolución No. 6719 del 16 de septiembre de 2010 —hecho 4.4.1.8.—, modificada por la Resolución No. 7170 del 15 de febrero de 2011 —hecho 4.4.1.9— y, por la Resolución 7424 del 16 de mayo de 2011 —hecho 4.4.1.10— esta última, con el fin de ajustar el valor del siniestro y equivalerlo a la cláusula penal pecuniaria pactada entre las partes, esto es, al diez por ciento (10) del valor del contrato.

Al punto, lo primero que advierte la Sala es que el solo rótulo de “Resolución”, no torna esos proferimientos en actos administrativos propiamente dichos, dado que, como bien lo ha manifestado la Corporación, *“resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la adquieren por la fuerza de su sola denominación”*⁶⁴; es decir, que el «nomen» que se le atribuya no define ni trastoca su naturaleza.

Adicionalmente, en casos similares la jurisprudencia ha precisado que por más que sea claro que las prestadoras de servicios públicos domiciliarios no pueden declarar un siniestro a través de un acto administrativo, *“ello no es suficiente para determinar la nulidad por falta de competencia, sino que es necesario verificar si la administración actuó con la intención de expedir un acto de dicha naturaleza o, si por el contrario, fue el simple desarrollo del trámite establecido por las partes del contrato de seguro para la efectividad de la garantía y de sus amparos”*⁶⁵.

Así mismo, al analizar cláusulas similares a las que introdujo la póliza número 14-44-101014606 expedida por Seguros del Estado S.A., la Corporación ha concluido que aquellas surgen del ámbito de la autonomía de la voluntad, dentro de los límites que el ordenamiento les confiere, sin que por ello se entienda que a través de estas se esté otorgando la posibilidad de ejercer potestades exclusivas de la Administración. Así razonó la jurisprudencia en un caso de cierta forma parecido:

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

⁶³ Folio 28 del c. ppal. 1.

⁶⁴ Exp. 53.962, op. cit.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 d abril de 2024, exp. 60.718.



estatal asegurada acompañada de la copia auténtica de tal acto, no fue otro que definir la ruta que debía seguir la beneficiaria de la póliza para acceder al pago la suma asegurada.

En ese entendido, encuentra la Sala claramente establecido que la intención con la que se incluyeron las cláusulas (...) en las condiciones generales de la póliza fue estipular, bajo la libertad de configuración negocial que asiste a las partes del contrato (...) en ejercicio de su autonomía de la voluntad y dentro de los límites del orden público, que para hacer efectiva la garantía, la Asegurada debía manifestar motivadamente y por escrito que el riesgo amparado se había realizado (...); por tanto, según lo previsto en el artículo 1618 de Código Civil (...), debe estarse a esta intención más que al tenor literal de las expresiones utilizadas en las referidas cláusulas para calificar la naturaleza jurídica de tal manifestación⁶⁶.

Así las cosas, no fue la intención de EPM al momento de expedir las precitadas resoluciones la de atribuirse prerrogativas excepcionales, sino, por el contrario, estarse a las condiciones que puso la Aseguradora para tramitar el siniestro, entre otros aspectos, corrigiendo y limitándose al monto de la cláusula penal pecuniaria que había sido pactada entre las partes del contrato.

Tal conclusión no se resquebraja por el hecho de que en la Resolución 6719 de 2010 EPM haya indicado que contra la decisión que declaró la realización del riesgo de incumplimiento procedía el recurso de reposición, ni por el hecho de que, efectivamente, la Aseguradora haya hecho uso de ese medio de protesta, como tampoco, porque mediante la Resolución 7424 de 2011 se haya modificado el monto del riesgo de incumplimiento para ajustarlo a la cláusula penal, pues todas estas actuaciones se encuentran dentro del marco de las exigencias que hizo la Aseguradora en el clausulado de la póliza para dar trámite a la reclamación del riesgo y no surgieron de forma espontánea ni por la voluntad unívoca de EPM.

En efecto, como ya se mencionó, la póliza número 14-44-101014606, en su numeral 5.3. no solamente dispuso que la declaración del siniestro de incumplimiento se hiciera a través de resolución, sino que, además, previó que allí mismo se cuantificara el monto de la de la pérdida —que, en los términos de la póliza y del amparo cubierto podía comprender los perjuicios directos o la cláusula penal— y que dicha resolución se encontrara “ejecutoriada”. Es decir, que fue la Aseguradora la que impuso un trámite para el reconocimiento del riesgo, trámite que, al exigir una “ejecutoria” incluía la posibilidad de que se concibiera una oportunidad para contraponer el alcance de la declaración del siniestro.

Entonces, al margen de que su hubiese denominado ese instrumento de reparo como “recurso de reposición”, no por ello se muta la naturaleza de actos jurídicos que tienen tales pronunciamientos para convertirlos en actos administrativos, porque, se insiste, sin perjuicio del nombre que se les hubiese asignado, no se produjeron a expensas de una genuina potestad unilateral de la administración, sino del pacto entre las partes.

Así mismo, tales proferimientos estuvieron precedidos de la oportunidad para que el contratista incumplido ejerciera los derechos de defensa y contradicción, pues, como surgieron dificultades para la formalización del contrato, principalmente por documentación faltante que el Contratista debía aportar⁶⁷, se programó una reunión

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. 44.707.

⁶⁷ Cfr. comunicación 1586679 del 18 de diciembre de 2009, dirigida por EPM a ESGEM, Folios 109-110 del c. ppal.



entre las partes para el 11 de marzo de 2010⁶⁸, a la cual no asistió ESGEM, en vista de ello EPM la reprogramó, con el fin de que se le indicara si se podía continuar con el proceso, máxime que había sido enterada que ESGEM atravesaba una crisis que ponía en riesgo la viabilidad de la ejecución del contrato⁶⁹, reprogramación que, según allí se indica, le comunicada a Seguros del Estado. El 24 de marzo de 2010 se surtió la reunión entre las partes en la que el representante legal del ESGEM confirmó la difícil situación de iliquidez por la que atravesaba la empresa y ofreció como un posible plan la ejecución a través de la cesión del contrato a un tercero⁷⁰, ofrecimiento que reiteró el 3 de abril de 2010⁷¹. Mediante comunicación del 28 de abril de 2010, EPM le comunicó a Seguros del Estado la imposibilidad en que se encontraba ESGEM de realizar, por sí sola, la ejecución del contrato, así como que le había conferido plazo hasta el 27 de abril de 2009 a ESGEM para que manifestara la intención de continuar con el contrato y aquella había guardado silencio, razón por la cual, EPM realizaría los estimativos de los perjuicios para proceder a efectuar el reclamo oficial ante la Aseguradora⁷². Valga indicar que, habiendo obrado tales comunicaciones dentro del expediente y estando disponibles para el ejercicio de contradicción, la Aseguradora no las tachó de falsas.

Ahora, más allá de la potestad de declarar el incumplimiento del contratista a la luz de la autonomía de la voluntad con apoyo en el Código Civil, igualmente se observaron las normas referentes a la reclamación del seguro a la luz del Código de Comercio, que, ante la ausencia de la facultad de expedir actos administrativos que así lo declaren y exigir su efectividad por la vía del CCA, eran las normas que debió observar EPM en relación con la aseguradora que, al cabo es la demandante. En ese sentido, resulta claro que desde el 28 de abril de 2010 la Aseguradora ya estaba al tanto, porque así se lo había comunicado EPM de que ante el incumplimiento de ESGEM procedería a hacer efectiva la póliza, luego entonces, previo a que se declarara formalmente el riesgo de incumplimiento EPM ya le había hecho saber a la Aseguradora que así procedería, como también le comunicó las decisiones que adoptó al respecto, todo por lo cual puede decirse que EPM dio cumplimiento al artículo 1075 del Código de Comercio sobre el aviso de concurrencia del siniestro y a partir de allí el reclamo se recondujo conforme lo dispone tal normatividad.

Así las cosas no advierte la Sala que EPM, al haber declarado el riesgo de incumplimiento, haya asumido competencias que no le correspondieran o haya defraudado normas de orden público. Nótese que aun cuando es cierto que en su condición de empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no puede hacer uso de cláusulas exorbitantes, en el caso concreto, de conformidad el ámbito obligacional en el que por su propia voluntad consintieron las partes, sí gozó de capacidad para unilateralmente declarar el siniestro del riesgo como se lo exigía la propia Aseguradora y, además, porque tal manifestación no escapa al marco común de las obligaciones que a cualquier particular la Aseguradora le impone al momento de tramitar el pago de un siniestro⁷³.

⁶⁸ Cfr. comunicación 1606829 del 3 de marzo de 2010, dirigida por EPM a ESGEM, Folio 113 del c. ppal.

⁶⁹ Comunicación 1609509 del 12 de marzo de 2010. Folios 114-115, c. ppal. 1.

⁷⁰ Acta de reunión No. 1, obrante a folios 118-119 del c. ppal.

⁷¹ Folio 122-123 del c. ppal.

⁷² Comunicación 1622663 dirigida por EPM a la Vicepresidencia de Fianzas de Seguros del Estado. Folios 162-163 del c. ppal. 1.

⁷³ Respecto de un caso con ciertas similitudes, la Corporación precisó: “se concluyó que no le era posible a la Aseguradora excusarse del pago del siniestro con fundamento en la falta de “competencia”, puesto que al margen de la denominación que se le diera en la póliza, las empresas de servicio públicos, si bien actúan en sus relaciones contractuales desprovistas de prerrogativas derivadas del poder público, lo cierto es que sí tienen capacidad para hacerlo a través de una manifestación unilateral, no sólo porque así fue pactado en el contrato de seguros, sino porque “esa manifestación, así como la estimación de la cuantía del perjuicio, hacen parte de las obligaciones que a cualquier particular corresponde asumir para lograr el pago de la suma asegurada”²¹, sin que tales estipulaciones vulneren el orden público”. CONSEJO DE ESTADO, exp. 44.707, reiterado en exp. 60.718, op. cit.



De acuerdo con lo anterior, la respuesta a este último problema es negativa, lo que viene a indicar que las pretensiones de la demanda inicial no están llamadas a prosperar. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia proferida el veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Tribunal Administrativo de Antioquia, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, no sin antes declarar la caducidad de la acción presentada a través de la demanda en reconvención que formuló E.P.M. .

V. COSTAS

5.1. No hay lugar a la imposición de costas debido a que en el presente asunto no se evidenció actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para proceder de esta forma.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Quinta Mixta, el veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018), que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en su lugar:

PRIMERO: DECLÁRASE fundado el impedimento manifestado por el Consejero Nicolás Yepes Corrales.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de la caducidad de la acción en relación con la demanda de reconvención promovida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda incoada por Seguros del Estado S.A.

CUARTO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Firmado electrónicamente

VF
BRC*/