

ACUERDO DE VOLUNTADES – Ejecución del contrato – Aceptación de la oferta

las partes reconocieron que el acuerdo de voluntades nació a la vida jurídica, según las normas del Código de Comercio, con la aceptación de la oferta [...] y a partir de ese momento surgieron las obligaciones contractuales, mientras que la ejecución de la transmisión de energía estaba supeditada al registro ante la ASIC (se trató, entonces, de dos eventos separados e independientes). De igual manera, se estipuló que, de no ser posible el registro del acuerdo por causas imputables al contratista, se haría efectiva la garantía de cumplimiento, sin perjuicio de las acciones legales conducentes al reconocimiento de los perjuicios causados (conforme al literal (a) del párrafo de la cláusula décima).

En ese orden de ideas, si bien es cierto que la ejecución de la obligación principal del negocio no había iniciado, como consecuencia de la imposibilidad de realizar el registro llevado por XM, motivado por las acciones y omisiones imputables a Axia, el contrato se perfeccionó, incluso, desde la aceptación de la oferta. Así, no se advierte que se haya desvirtuado lo considerado por el a quo, en cuanto a que se configuró un incumplimiento contractual, no solo porque el suministro de energía pactado nunca ocurrió, sino también por los hechos que originaron la negativa de inscripción del negocio, por lo que no es posible compartir lo argumentado por la contratista frente a la supuesta imposibilidad de acudir a la jurisdicción para demandar esa desatención de las actividades a su cargo en virtud de lo estipulado [...] con sustento en la inejecución alegada.

MERCANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS – Arreglo directo -

[...] esta pauta se refiere a los mecanismos con los que contaban las partes para solucionar las controversias surgidas en el marco de la ejecución del negocio [,,,] en este caso la fase de arreglo directo no inició, pues no se logró, siquiera, registrar el acuerdo [...]. En ese sentido, esta estipulación no resulta aplicable de entrada para resolver el presente asunto, es decir, no era necesario agotar el procedimiento del arreglo directo para demandar ante el juez natural del contrato.

ESTIPULACIÓN DE LAS PARTES – Arreglo directo - Corte Constitucional – Acceso a la administración de justicia

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-602 de 2019, declaró la exequibilidad de esta disposición al ratificar que “las estipulaciones de las partes que surjan de la autonomía de su voluntad podrían solo producir efectos entre estas, en la medida en que deseen honrarlas y asumir su cumplimiento. Pero si llegaran a establecerse como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia no son de obligatoria observancia, y su inobservancia no constituirá incumplimiento del negocio jurídico”.

Esta postura es concordante con el criterio adoptado por la Sección Tercera de esta Corporación de tiempo atrás, en cuanto a que el agotamiento previo de una determinada etapa de arreglo directo “no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto

de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes”. Al estudiar la aplicabilidad de dichas cláusulas, se ha establecido que esa exigencia “constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”, pauta que es plenamente aplicable al presente litigio.

CLÁUSULA PENAL – Tasación anticipada de perjuicios – Naturaleza

[...] la Subsección evidencia que el Tribunal de primera instancia caracterizó la cláusula penal pecuniaria y diferenció su alcance, dependiendo de lo acordado por las partes frente a su efecto, para determinar que, en el caso analizado, este pacto tenía una naturaleza anticipativa, al ser concebida como una tasación previa de perjuicios y, por ello, lo único que tenía que probar el acreedor era el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte para poder hacer efectivo su cobro, a la luz del artículo 1599 del Código Civil: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

ESTIPULACIÓN DE LAS PARTES – Requisitos de procedibilidad – No son de obligatoria observancia

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del CGP, las estipulaciones que pacten las partes en las que se establezca el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a la jurisdicción no son de obligatoria observancia, y su desatención no constituye un incumplimiento del negocio en el cual se haya suscrito este acuerdo. Por ello, en el caso sub examine, el hecho de que no se hubiese agotado la etapa de arreglo directo entre las partes no modifica la decisión en cuanto a la procedencia de la condena al pago de la cláusula penal pecuniaria.



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

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

Temas: COMPETENCIA DEL SUPERIOR – El marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia se circunscribe a las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión de primer grado. Por regla, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en sede de apelación. PACTO DE REQUISITOS PARA ACUDIR A LA JURISDICCIÓN – Las estipulaciones que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para demandar no son obligatorias y su omisión no constituye el incumplimiento del negocio jurídico en el que se hayan pactado. / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Hay lugar a su cobro en los casos en que se hubiere pactado. El deudor no puede alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio. / EXTENSIÓN DE LA CONDENA EN SEGUNDA INSTANCIA – No es viable cuando la sentencia de primera instancia no fija una suma específica.

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada, Axia Energía S.A.S. E.S.P., en contra de la sentencia del 5 de diciembre de 2024, dictada por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, por la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. La Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P. y Axia Energía S.A.S. E.S.P. suscribieron el contrato CT-002-2019, mediante el cual esta última compañía se obligó a suministrar parte de la energía y potencia eléctrica requeridas para atender el mercado regulado de enero de 2021 a diciembre de 2022. Sin embargo, cuando se intentó registrar el negocio, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales negó la solicitud porque la contratista se encontraba en un proceso de limitación del suministro. Ante ello, la accionada decidió dar por terminado unilateralmente el referido contrato, con sustento en la configuración de una causal de fuerza mayor, consistente en la volatilidad del precio de la energía en bolsa durante 2019 y 2020. En ese contexto, la contratante interpuso demanda ante esta jurisdicción al considerar que se presentó un incumplimiento del acuerdo.

ANTECEDENTES

La demanda

3. En escrito presentado el 16 de diciembre de 2022, la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P. (en adelante, la contratante, la demandante, la accionante, o la EDEQ), interpuso demanda de controversias contractuales en contra de Axia



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

Energía S.A.S. E.S.P. (en lo sucesivo, Axia, la demandada o la contratista) y de Chubb Seguros Colombia S.A. (nombrada como Chubb o la aseguradora), con las siguientes pretensiones (se transcriben de forma literal, con énfasis y posibles errores incluidos)¹:

“1. Principales

1. Se declare que la sociedad AXIA ENERGÍA S.A.S. incumplió el contrato EDEQ CT002-2019 celebrado entre la Empresa de Energía del Quindío S.A. ESP. y la sociedad AXIA ENERGÍA S.A.S.

2 Como consecuencia de la declaración anterior, se declare la ocurrencia del siniestro a cargo de la Sociedad CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. que garantizó el contrato EDEQ CT-002-2019 celebrado entre EDEQ y AXIA mediante el contrato de seguros estipulado en la Póliza número 59802 a favor de EDEQ como Asegurado y/o Beneficiario.

3 Que se declare que como consecuencia del incumplimiento del contrato EDEQ CT002-2019 AXIA ENERGÍA S.A.S, conforme a la pactado en la cláusula Décima Cuarta Literal b, debe pagar a EDEQ el 20% del valor que resulte de multiplicar la energía adjudicada que falte por suministrar, por el precio adjudicado actualizado con IPP serie oferta interna, según aplique, de acuerdo con los topes horarios contratados, correspondiente a la fecha de presentación de la demanda a la suma de mil ochenta y siete millones trescientos setenta y siete mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$1.087.377.359).

4 Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y a AXIA ENERGÍA S.A.S. al pago de las siguientes sumas:

4.1 A la sociedad CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., al pago de la suma asegurada en cuantía de ciento veinte millones seiscientos treinta y dos mil cuatrocientos once pesos (\$120.632.411.), conforme al contrato de seguro en el riesgo de cumplimiento.

4.2 A la sociedad AXIA energía S.A.S. en la suma que excede del valor asegurado en la cuantía de novecientos sesenta y seis millones setecientos cuarenta y cuatro mil novecientos cuarenta y ocho pesos (\$966.744.948).

5 Se liquide judicialmente el contrato EDEQ CT-002-2019.

6 Se condene al pago indexado de las sumas de dinero a que se condene a las demandadas.

7 Se condene a las demandadas CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AXIA ENERGÍA S.A.S. a pagar las costas y agencias en derecho.

2. Subsidiarias:

En caso de que la póliza de seguros número 59802 expedida por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., no cubra la indemnización reclamada, las pretensiones son las siguientes:

1. Se declare que la sociedad AXIA ENERGÍA S.A.S. incumplió el contrato EDEQ CT002-2019 celebrado entre la Empresa de Energía del Quindío S.A. ESP. y la sociedad AXIA ENERGÍA S.A.S.

¹ Índice electrónico No. 011 de la primera instancia de SAMAI. Se precisa que la demanda fue inadmitida mediante auto del 17 de febrero de 2023, porque no cumplía con el requisito de estimación razonada de la cuantía, pero la accionante subsanó la falencia advertida, por lo que se transcriben y se relacionan las pretensiones y los hechos referidos en este documento.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

2. *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento del contrato EDEQ CT002-2019 AXIA ENERGÍA S.A.S, conforme a la pactado en la cláusula Décima Cuarta Literal b, debe pagar a EDEQ el 20% del valor que resulte de multiplicar la energía adjudicada que falte por suministrar, por el precio adjudicado actualizado con IPP serie oferta interna, según aplique, de acuerdo con los topes horarios contratados, correspondiente a la fecha de presentación de la demanda a la suma de mil ochenta y siete millones trescientos setenta y siete mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$1.087.377.359)*
3. *Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a AXIA ENERGÍA S.A.S. al pago de la suma de mil ochenta y siete millones trescientos setenta y siete mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$1.087.377.359).*
4. *Se liquide judicialmente el contrato EDEQ CT-002-2019.*
5. *Se condene al pago indexado de las sumas de dinero a que se condene a AXIA ENERGÍA S.A.S.*
6. *Se condene a AXIA ENERGÍA S.A.S. a pagar las costas y agencias en derecho”.*

Los hechos

4. Como fundamentos fácticos, en síntesis, se narraron los siguientes²:
5. Empresas Públicas de Medellín (EPM), en nombre propio y en el de sus filiales Centrales Eléctricas de Norte de Santander S.A. E.S.P., Central Eléctrica de Caldas S.A. E.S.P., Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P. y Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., realizó la solicitud pública de ofertas No. PC-2019-00823 para el suministro parcial de la energía y potencia eléctrica requerido para atender el mercado regulado, incluyendo las pérdidas en el sistema de transmisión nacional, para el período comprendido entre el 1° de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2022 y, después de realizar la evaluación de las propuestas, estableció que la de Axia era la mejor.
6. De conformidad con lo anterior, la EDEQ y Axia suscribieron el contrato CT-002-2019, a través del cual la contratista se obligó a suministrarle a la contratante parte de la energía y potencia eléctrica requerida para atender su mercado regulado, según los meses, precios y las cantidades indicadas en el pliego de condiciones de la solicitud pública de ofertas. El contrato fue suscrito el 16 de octubre de 2019 por la EDEQ y el 29 de septiembre del mismo año por Axia.
7. Con el fin de amparar el cumplimiento del acuerdo antes referenciado, la contratista tomó ante Chubb la póliza No. 59802, que fue emitida el 27 de noviembre de 2019.
8. El 11 de diciembre de 2019, la EDEQ y Axia solicitaron el registro del acuerdo ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), cuya función la ejerce la empresa XM S.A. E.S.P. (XM), a través del aplicativo GESCON. Según se relató, las solicitudes de registro del negocio fueron consignadas en dicho sistema para los periodos comprendidos entre el 1° de

² Índice electrónico No. 05 de la primera instancia de SAMAI.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

enero y el 31 de diciembre de 2021 y entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2022.

9. Antes de iniciar con el despacho de energía, XM, al validar los requisitos que deben cumplir los agentes del mercado, establecidos en el artículo 15 de la Resolución CREG 157 de 2011, rechazó el registro del contrato CT-002-2019 con el código SIC 39332 (correspondiente a la solicitud realizada para el periodo 2021), mediante el oficio No. 6027-11-20191211007 del 1° de enero de 2021.
10. Ante esta negativa, a través de correo electrónico del 7 de enero de 2021, la demandante le solicitó a XM que le informara las razones de esa decisión. Esta petición fue resuelta el 12 del mismo mes, en la que se señaló que la determinación se adoptó porque Axia se encontraba incurso en un proceso de limitación de suministro.
11. Por lo expuesto, el 21 de enero de 2021, la EDEQ remitió un aviso de incumplimiento contractual a Chubb Seguros Colombia S.A.
12. A su vez, el 3 de febrero de 2021, Axia le comunicó a la contratante su decisión de dar por terminado unilateralmente el referido negocio, con el argumento de la configuración de una causal de fuerza mayor. Frente a lo anterior, la accionante respondió que no compartía lo expuesto y que advertía un incumplimiento del acuerdo CT-002-2019, porque no suministraría la energía a la que se obligó tanto para el 2021 como para el 2022 y, como consecuencia, debía pagar lo establecido en literal b) de la cláusula decimocuarta del contrato³.
13. Posteriormente, también en virtud de la solicitud de registro del contrato presentada el 11 de diciembre de 2019, por oficio No. 1162-11-20191211011 del 1° de enero de 2022, XM rechazó la petición para la vigencia 2022, en tanto que, en ese momento, debía iniciar la operación de suministro para ese período, y, por ello, se volvieron a revisar los requisitos previstos para efectuar esa inscripción del negocio.
14. Como consecuencia de lo expuesto y de conformidad con lo previsto en el literal b) de la cláusula decimocuarta del negocio, el 28 de noviembre de 2022, la EDEQ presentó reclamación ante Chubb para que la indemnizara por el incumplimiento advertido e imputado a Axia, correspondiente al 20% del valor de la energía adjudicada que se dejó de suministrar multiplicado por el precio adjudicado actualizado.

³ La misma reza: "DÉCIMA CUARTA: Modificación y Terminación. Además de las causales previstas en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones complementarias sobre modificación y terminación de contratos, el presente contrato (...) podrá darse por terminado, cuando se presente una de las siguientes circunstancias: (...) b) Incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, caso en el cual la parte responsable del incumplimiento cancelará a la otra, el 20% del valor que resulte de multiplicar la energía adjudicada que falte por suministrar, por el precio adjudicado actualizado con IPP serie Oferta interna, según aplique, de acuerdo con los topes horarios contratados; en el caso de que el incumplimiento provenga del CONTRATISTA y este no cancele dicha suma, EL CONTRATANTE hará efectiva la garantía que ampara el cumplimiento del contrato, si lo anterior no es posible acudirá a la vía judicial, para lo cual este contrato presta mérito ejecutivo".



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

Contestaciones de la demanda

15. Axia contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, al considerar que estas no tenían sustento legal.
16. Para el efecto, propuso la excepción de *“ocurrencia de eventos de fuerza mayor y caso fortuito”*, reiterando los argumentos expuestos en el oficio que remitió a la EDEQ para dar por terminado el contrato, documento en el que indicó que en el 2019 y 2020 se presentaron desajustes inesperados e irresistibles en la bolsa de energía, que ocasionaron una volatilidad superior al 200%, lo que desbordó cualquier proyección y pese a que trató de soportar esa carga, no lo logró y, por ello, el 30 de enero de 2020 fue retirada del Mercado de Energía Mayorista (MEM) por disposición del ASIC, situación conocida por todos los agentes participantes en este sector, incluida la demandante.
17. Así las cosas, señaló que la fuerza mayor se originó con la decisión que la excluyó del mercado, el 30 de enero de 2020, que se produjo por la afectación directa de sus finanzas, producto de la volatilidad de los precios en el sector, de lo cual no pudo recuperarse, por lo que se acogió a un plan de reorganización empresarial previsto en el Decreto 560 de 2020 y la Ley 1116 de 2006 y esa suerte la corrieron sus dos vocaciones de servicio, tanto la de generador como la de comercializador de energía, teniendo en cuenta que eran ejercidas por la misma sociedad, Axia Energía S.A.S.
18. Sostuvo que la volatilidad de los precios se debió al efecto causado en el MEM por el retraso del proyecto Hidroituango, que fue un factor exógeno al contrato suscrito entre las partes, de tal magnitud para el sector, por lo que, incluso, en el informe del 12 de enero de 2017, dirigido al Consejo Nacional de Operación, XM resaltó la importancia y el impacto de la entrada en operación de esta planta sobre los precios de la energía.
19. También propuso las siguientes excepciones: (i) *“inexistencia del nexo causal”*, dado que el demandante no probó ni justificó los eventuales daños sufridos con la falta de ejecución del negocio ni definió el momento de su ocurrencia, así como tampoco demostró el *“grado de culpabilidad del eventual deudor”*, es decir, la relación entre la acción que produjo la afectación y la conducta de la parte incumplida, más aún cuando la contratante conocía el riesgo de volatilidad de los precios de la energía, al hacer parte del Grupo EPM, sociedad promotora de Hidroituango y porque se favoreció al haber adquirido la energía en el 2021 y 2022 con otros proveedores a un menor valor que el contratado; (ii) *“ausencia del perjuicio económico vinculado a la inejecución del contrato de suministro de energía”*, debido a que la demandante solo formuló su ocurrencia de manera conceptual con sustento en la cláusula penal pactada, sin referirse a la realidad de la supuesta pérdida económica; y (iii) *“limitación de las partes para acudir a las autoridades en demanda del contrato no ejecutado”*, en la medida en que la cláusula décima octava del acuerdo prevé los mecanismos de solución de



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

controversias relacionadas con la fase de ejecución, pero como esta etapa nunca inició, no era procedente acudir a la administración de justicia⁴.

20. Por su parte, Chubb Seguros Colombia S.A. también se opuso a las pretensiones y alegó la *“ausencia de acreditación del incumplimiento imputable a Axia”*, al compartir la configuración de la fuerza mayor por el aumento desproporcionado del precio de la energía en bolsa y porque, desde el 30 de enero de 2020, ya se había excluido a la contratista del MEM por XM, encontrándose en situación de imposibilidad absoluta de cumplir con sus obligaciones y ello era conocido por los agentes profesionales del sector.

21. Asimismo, propuso la excepción de *“ausencia de acreditación de los elementos indispensables para el reconocimiento de cobertura bajo la póliza de cumplimiento No. 59802”*, al considerar que EDEQ no demostró plenamente la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de las pérdidas, en tanto que, si bien era evidente que la contratista no suministró la energía acordada, no era claro que esto se debiera a su voluntad, por cuanto se presentaron circunstancias que catalogó como imprevisibles e irresistibles que impidieron el cumplimiento de lo pactado.

22. Adicionalmente, formuló como medios de defensa: *“la cobertura de la póliza de cumplimiento se encontraba limitada en los términos estipulados en las condiciones de la misma”*, *“Aplicabilidad de las exclusiones previstas en las condiciones generales de la póliza”* y *“la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada pactada en el contrato de seguro”*, dirigidos a enmarcar el alcance de la cobertura de la póliza, por lo que indicó que solo en el evento de encontrarse acreditada la responsabilidad de Axia en los perjuicios ocasionados a la EDEQ y que se resolvieran desfavorablemente las causales de exclusión alegadas, se le podría condenar por un máximo de \$ 120'632.411,40, al ser este el límite del amparo de cumplimiento pactado⁵.

Sentencia de primera instancia

23. El Tribunal Administrativo del Quindío, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2024, declaró el incumplimiento contractual de Axia y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo formuladas por la sociedad demandada AXIA Energía S.A.S E.S.P, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: DECLARAR probada la excepción de fondo interpuesta por Chubb Seguros Colombia S.A denominada ‘Aplicabilidad de las exclusiones previstas en las condiciones generales de la póliza’.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad contractual de la sociedad AXIA Energía S.A.S E.S.P por incumplimiento del contrato de suministro de

⁴ Índice electrónico No. 030 de la primera instancia de SAMAI.

⁵ Índice electrónico No. 026 de la primera instancia de SAMAI.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

energía y potencia eléctrica Nro. EDEQ CT-002- 2019 suscrito con la Empresa de Energía del Quindío EDEQ S.A. ESP, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** el reconocimiento y pago de la cláusula penal estipulada en el Contrato EDEQ CT-002-2019 cláusula décimo Cuarta literal B consistente en el “20% del valor que resulte de multiplicar la energía adjudicada que falte por suministrar, por el precio adjudicado actualizado con IPP serie Oferta Interna, según aplique, de acuerdo con los topes horarios contratados”. Para lo cual deberá establecerse primero que todo el valor total del contrato que se obtiene multiplicando la energía contratada por el precio pactado entre las partes de acuerdo a los días y horas establecido en el anexo del contrato para los años 2021 y 2022, posteriormente se procede a la actualización de las sumas de acuerdo al índice de Precios al Producto serie de Oferta Interna (IPP) de acuerdo con la fórmula $Ti = To * (IPPi / PPO)$ consultando la cláusula quinta del contrato, después se obtiene el total del valor del contrato actualizado y se aplica el 20% pactado como cláusula penal pecuniaria.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho, por las consideraciones expuestas.

SÉPTIMO: DAR cumplimiento inmediato a la sentencia una vez en firme. Además, sobre la suma debida se deberán reconocer intereses moratorios conforme al art. 192 y 195 del CPACA, y hasta la fecha del pago total y definitivo. También se deberá indexar la suma de la cláusula penal pecuniaria resultante como debida, siendo el IPC inicial el vigente al 01 de enero de 2023 e IPC final el vigente a la fecha de la expedición de la sentencia”.

24. Previo a abordar la controversia, el *a quo* precisó que, por la naturaleza de la EDEQ y según lo pactado por las partes en el contrato CT-002-2019, este se rigió por el derecho privado y, además, resaltó que su objeto lo enmarcaba como un típico negocio de suministro, para el caso en concreto, de energía, en los términos del artículo 968 del Código de Comercio.
25. Posteriormente, el Tribunal señaló que, de conformidad con la jurisprudencia tanto de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal pecuniaria se podía pactar como una tasación anticipada de perjuicios frente al incumplimiento contractual y, ante la ocurrencia de ese evento, no existía la carga en cabeza del afectado de acreditar el daño y el perjuicio sufrido, porque las partes, voluntariamente, al suscribir el negocio en esos términos, aceptaban tal situación y, bajo ese contexto, bastaba con demostrar la omisión de las obligaciones pactadas en cabeza del deudor para proceder con la reclamación por ese concepto.
26. Aunado a lo anterior, el Tribunal destacó que la referida cláusula poseía una naturaleza de carácter anticipativo y que este efecto lo otorgaban quienes suscribían ese negocio en ejercicio de su autonomía, relevando con ello al acreedor de referirse a un aspecto distinto al incumplimiento de las obligaciones de su contraparte. Por ello, concluyó que, en el caso objeto de estudio, no eran admisibles las excepciones propuestas por Axia sobre la ausencia de prueba de la afectación padecida por la demandante como un requisito para materializar la



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

consecuencia jurídica de la mencionada disposición que concertaron los contratantes.

27. En ese orden de ideas, al abordar el incumplimiento endilgado a la contratista, determinó que este se encontraba demostrado, con sustento en las comunicaciones expedidas por XM en las que se informó a la EDEQ que Axia estaba en un proceso de limitación de suministro para los años 2021 y 2022, por lo que no era posible registrar el contrato CT-002-2019, lo que impidió el despacho de energía pactado. Esta situación fue confirmada por los testigos a los cuales se les tomó declaración en la audiencia de pruebas⁶, al afirmar que nunca existió la entrega de la energía convenida durante el período acordado, lo que coincide con lo manifestado por Axia en el interrogatorio de parte que fue decretado y practicado en el trámite de la primera instancia, en los términos de los artículos 194 y 198 del Código General del Proceso (CGP).
28. Frente a lo argumentado en relación con la configuración de la fuerza mayor, el *a quo* señaló que no se podían catalogar los hechos narrados por la contratista como imprevisibles e irresistibles porque, según las pruebas obrantes en el expediente, se evidenciaba que las variaciones en el precio de la energía eran frecuentes, que presentaban cambios significativos en períodos cortos de tiempo y esa inestabilidad era la que justificaba que se suscribieran negocios de suministro a largo plazo y así evitar fluctuaciones fuertes para los usuarios finales. Indicó que Axia era plenamente consciente de esta situación, por ser una empresa que participaba activamente en ese mercado, aunado a que esta contó con al menos un año -tiempo transcurrido entre la suscripción del negocio y la fecha de inicio de la provisión efectiva de la energía- para adoptar las medidas necesarias con el fin de cumplir con sus obligaciones. Además, desde el 2018 se conoció que el proyecto hidroeléctrico Hidroituango no entraría en funcionamiento, es decir, un año antes de celebrarse el contrato CT-002-2019, por lo que las consecuencias de ese hecho debieron ser previsibles para los actores de ese sector.
29. De igual forma, el Tribunal encontró que Axia solo se manifestó cuando debía ejecutar el negocio, por lo que, de pretender dar cumplimiento a este, pudo haber acudido a lo previsto en el párrafo 3° de la cláusula decimocuarta del acuerdo⁷, para solicitar la revisión de su valor, lo cual también se establece en el artículo 868 del Código de Comercio. Sin embargo, en el proceso no se acreditó que se hubiera empleado esa estipulación, como tampoco se demostró la afectación particular sufrida por la contratista frente a los hechos relacionados con Hidroituango, ni el alcance de la volatilidad de los costos en el MEM; de manera que no se encontraba probado el eximente de responsabilidad invocado y, con ello, reafirmó que el incumplimiento contractual le era imputable a Axia, por lo que la condenó al pago de la cláusula penal pecuniaria reclamada por la EDEQ, en los términos estipulados en el negocio.

⁶ Testificaron dos empleados de la EDEQ, que hicieron parte del equipo auditor del contrato.

⁷ "PARÁGRAFO 3: Revisión: Cuando se presenten hechos posteriores a la aceptación de la oferta, imprevisibles o imprevistos, que hagan más gravosa la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes, tales como disposición legal o acto administrativo de carácter superior y de alcance general, entre otras, la parte afectada solicitará por escrito a la otra una revisión de los términos del contrato, con objeto de restablecer el equilibrio..."



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

30. También desestimó el argumento de Axia según el cual no era posible poner en marcha la vía judicial para ventilar la controversia, con sustento en la falta de ejecución del contrato, dado que precisamente ese hecho era el que habilitaba a la EDEQ para presentar la reclamación en virtud de lo pactado sobre la tasación anticipada de perjuicios, independientemente de circunstancias posteriores y externas, como las invocadas por esta compañía en la contestación de la demanda frente a los beneficios obtenidos por la demandante al adquirir la energía con otros proveedores a un menor valor.
31. Frente a las pretensiones dirigidas contra Chubb Seguros Colombia S.A., después de revisar la póliza No. 59802, el *a quo* determinó que una de las causales de exclusión previstas en ese negocio eran las “*sanciones pecuniarias o económicas de cualquier tipo impuestas al contratista, tales como multas o cláusulas penales, incluidas en el contrato garantizado las cuales estarán exclusivamente a cargo del contratista*”, con lo cual resultaba evidente la falta de cobertura respecto de la reclamación presentada por la EDEQ y, por ello, concluyó que era procedente la excepción formulada sobre este asunto por la aseguradora en la contestación de la demanda y, como consecuencia, se abstuvo de condenarla al pago solicitado⁸.

Recurso de apelación

32. Axia interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primer grado. En ese documento, previo a exponer sus motivos de inconformidad, advirtió que en la sentencia se indicó erróneamente que no había presentado alegatos de conclusión, cuando sí lo hizo, de manera oportuna, a través del canal digital enunciado en el auto admisorio de la demanda y, en ese sentido, allegó los soportes de la remisión del mencionado documento.
33. Posteriormente, expuso que en la providencia impugnada se presentó un “*falso juicio de valor sobre la configuración de la fuerza mayor*”, debido a que se desconocieron los elementos constitutivos de esta, según el artículo 64 del Código Civil y desarrollados en la jurisprudencia de esta Corporación⁹, como lo son la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad del hecho, los cuales, a su juicio, se cumplieron en el caso analizado, porque su retiro del MEM se generó por un evento ajeno a su voluntad, que no pudo resistir ni prever, producto del impacto causado por el retraso de la entrada en funcionamiento del proyecto Hidroituango, lo que afectó sus finanzas.
34. De otra parte, indicó que hubo una “*omisión en el análisis de la inejecución contractual*” por parte del Tribunal de primera instancia, dado que no valoró adecuadamente que el contrato CT-002-2019 nunca se ejecutó, lo cual tenía incidencia en el análisis efectuado para resolver la controversia. Señaló que, de conformidad con lo pactado en la cláusula decimoctava del negocio, cualquier

⁸ Índice electrónico No. 058 de la primera instancia de SAMAI.

⁹ En el recurso se refiere a una sentencia del 5 de agosto de 2020, que identificó con el radicado 68001-23-33-000-2011-00683-01; sin embargo, después de consultar la plataforma SAMAI y el sistema de búsqueda de jurisprudencia, no se encontró una providencia que coincida con estos datos.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

controversia sobre su ejecución debía ser precedida por mecanismos de arreglo directo antes de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales no fueron agotados por la demandante, lo que constituyó una omisión que consideró como sustancial por parte de la EDEQ y afectaba la procedencia de sus pretensiones, dado que se desconocieron “*etapas precontractuales*” y, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación ese hecho incidía en la viabilidad de las acciones judiciales interpuestas posteriormente, lo cual resultaba aplicable al caso analizado.

35. Alegó la “*ausencia de pruebas sobre los perjuicios reclamados*”, toda vez que el demandante no demostró con certeza la existencia de perjuicios reales, tangibles y cuantificables derivados de la inejecución del contrato. Sostuvo que la jurisprudencia reitera que la carga probatoria de estos corresponde a quien los reclama¹⁰, pero que, en el caso objeto de análisis, no se presentaron pruebas para acreditarlos, y resaltó que la cláusula penal invocada no podía sustituir la demostración de los daños¹¹.

36. Adicionalmente, manifestó que se produjo un “*desconocimiento del límite de responsabilidad de la aseguradora*”, dado que en la decisión adoptada en primera instancia se pasaron por alto las exclusiones y límites establecidos en la póliza No. 59802 otorgada por Chubb¹².

37. Finalmente, sostuvo que se evidenció un “*incumplimiento bilateral del contrato*” constatado con los testimonios rendidos por los funcionarios de la EDEQ, los cuales daban cuenta de que la demandante desatendió las prestaciones a su cargo, pues no comunicó por escrito las diferencias suscitadas con Axia, ni le concedió el término de 30 días para buscar una solución o arreglo directo, como lo exigía la cláusula decimoctava del contrato CT-002-2019, lo que impedía que ahora se reclamaran los efectos de la cláusula penal pecuniaria, según lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil¹³.

Trámite relevante en segunda instancia

38. Tanto la demandante como Axia presentaron escritos que denominaron alegatos de conclusión en segunda instancia; mientras que Chubb y el Ministerio Público guardaron silencio.

39. La EDEQ insistió en que la contratista incumplió con el suministro de energía acordado, por lo que era procedente la condena impuesta frente al pago de la cláusula penal pecuniaria, con sustento en los argumentos señalados en la

¹⁰ Para sustentar esta afirmación citó una sentencia del 14 de febrero de 2018, que identificó con el radicado No. 25000-23-26-000-2002-00676-01, pero después de revisar el aplicativo SAMAI y de consultar en el buscador de jurisprudencia de la Corporación, no se encontró alguna providencia que coincidiera con esos datos.

¹¹ Al respecto, indicó como referencia una sentencia del 29 de septiembre de 2011, con el rad. 11001-03-26-000-2001-00074-01. Si bien en el buscador de jurisprudencia de la Corporación se identificó la existencia del proceso mencionado, el cual correspondió a un recurso extraordinario de revisión y fue archivado el 7 de noviembre de 2002, por lo que no se encuentra registrada la decisión invocada.

¹² Frente a los límites de las obligaciones del asegurador, citó una sentencia del 21 de junio de 2016, con el radicado No. 05001-23-33-000-2003-00248-01; sin embargo, no se encuentra esta providencia ni en la plataforma SAMAI ni en el buscador de jurisprudencia de la Corporación.

¹³ Índice electrónico No. 061 de la primera instancia de SAMAI.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

demanda. Además, precisó que se agotó la etapa de negociación directa pactada en la cláusula decimoctava del negocio, lo que estaba acreditado con las comunicaciones cruzadas entre las dos empresas remitidas del 3 de febrero al 19 de mayo de 2021. Precisó que esta no era una obligación que se debiera cumplir para acudir a la jurisdicción, por lo dispuesto en el artículo 13 del CGP y, de otra parte, resaltó que, de acuerdo con el artículo 1599 del Código Civil, no era necesario probar los perjuicios para hacer exigible la pena¹⁴.

40. Por su parte, Axia reiteró los cargos expuestos en su recurso de apelación¹⁵.

41. El proceso ingresó al Despacho para dictar sentencia el 23 de abril de 2025¹⁶.

CONSIDERACIONES

42. Como no se advierte la configuración de causal de nulidad que invalide lo actuado y se evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción, competencia, ejercicio oportuno de la acción, legitimación en la causa y también los requisitos de la demanda en forma, la Sala procede a decidir la segunda instancia de la presente *litis*.

43. Así, la Subsección abordará los siguientes asuntos: (i) el objeto del recurso de apelación y los problemas jurídicos que se estudiarán; (ii) dado que el Tribunal afirmó que Axia no presentó alegatos de conclusión, lo que ésta advirtió en su apelación, ello se desarrollará como cuestión previa, así como el alcance de dicha circunstancia; (iii) las consideraciones jurídicas relevantes para adoptar la decisión; (iv) la solución que corresponda al caso concreto; (v) la viabilidad, en este grado, de extender la condena proferida por el Tribunal; (vi) las conclusiones; y (vii) el análisis de la procedencia de la condena en costas.

El objeto del recurso de apelación y los problemas jurídicos que se resolverán

44. En esta instancia, a la Sala le corresponde pronunciarse sobre los reparos concretos presentados con el recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, los cuales, por regla general, establecen la competencia del *ad quem*, salvo situaciones que se deban auscultar y definir de manera oficiosa¹⁷.

45. Así las cosas, la Sala abordará los siguientes tópicos planteados en el recurso, y estudiará si los mismos cuentan con la carga argumentativa suficiente para constituir cargos de apelación: (i) el falso juicio de valor efectuado en la sentencia de primera instancia en cuanto a los elementos constitutivos de la fuerza mayor;

¹⁴ Índice electrónico No. 014 de SAMAI.

¹⁵ Índice electrónico No. 009 de SAMAI.

¹⁶ Índice electrónico No. 019 de SAMAI.

¹⁷ Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, consideró: “*Si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada*” (se destaca). Expediente 46.005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

(ii) la omisión en la que habría incurrido el *a quo* frente al análisis de la inejecución contractual; (iii) el supuesto incumplimiento bilateral del contrato; (iv) la ausencia de pruebas sobre los perjuicios reclamados; y (v) el desconocimiento del límite de responsabilidad de la aseguradora.

46. En este orden de ideas, los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: (i) ¿el Tribunal incurrió en un falso juicio de valor en cuanto a los elementos constitutivos de la fuerza mayor, al desestimar que el retiro del mercado de Axia configuraba dicha circunstancia?; (ii) ¿el *a quo* omitió referirse a la inejecución del contrato, al no valorar adecuadamente la cláusula decimoctava atinente a los mecanismos para resolver las diferencias entre las partes en el marco de la ejecución del acuerdo?; (iii) ¿el fallo apelado prescindió de la valoración de que la EDEQ debió agotar la negociación directa con Axia, prevista en la cláusula decimoctava, como un requisito para interponer la demanda, y ello impedía el reconocimiento de la cláusula penal?; (iv) ¿en la sentencia cuestionada se pasó por alto la ausencia de pruebas sobre los perjuicios reclamados, lo cual no se satisfacía con la pretensión de cobro de la cláusula penal pecuniaria?; y (v) ¿en la providencia impugnada se desconocieron las exclusiones previstas en la póliza otorgada por la aseguradora?

Cuestión previa: sobre los alegatos de conclusión de primera instancia

47. En primera medida, es necesario pronunciarse sobre lo manifestado por Axia en su apelación, en cuanto a que, según la sentencia de primera instancia, dicha sociedad no presentó alegatos de conclusión (en el acápite correspondiente, se señaló que “*guardó silencio*”).
48. Al respecto, resulta importante precisar que la contratista no formuló esta circunstancia como un motivo de la apelación, ni señaló que con ello se le hubiese vulnerado derecho alguno, dado que solo se refirió al tema para anotar la situación. En ese sentido, no explicó de qué forma dicha eventualidad habría impactado la decisión de primer grado, en cuanto a la omisión de argumentos específicos o la alusión a hechos modificativos o extintivos que se hubiesen invocado en esa oportunidad. Aun cuando Axia señaló en sus denominados alegatos de segunda instancia que esta circunstancia “*constituye un desconocimiento del principio del debido proceso y priva a esta parte del derecho de defensa*”, tampoco detalló la razón de su dicho, y, en todo caso, esta no es la oportunidad para ampliar o mejorar las disquisiciones que debieron realizarse en el recurso de apelación. Como consecuencia de ello, al margen de que el escrito de cierre haya sido o no presentado, no hay lugar a abordarlo como un reproche, al no ser un cargo de la impugnación.
49. De otro lado, la señalada situación tampoco se alegó como una causal de nulidad procesal, en los términos del artículo 135 del CGP¹⁸, pues no se invocó

¹⁸ “ARTÍCULO 135. REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

ninguna de las hipótesis dispuestas en el artículo 133 del mismo estatuto¹⁹ para tal efecto. Incluso si se interpretara bajo esta lógica, la eventual nulidad fue saneada por lo previsto en el numeral 1 del artículo 136 *ibidem*, al no formularse oportunamente y dado que el apoderado siguió actuando en el trámite del recurso adelantado en esta instancia²⁰, al allegar memorial que nombró como “alegatos de conclusión de segunda instancia”.

Sobre el alegado falso juicio de valor efectuado por el Tribunal en cuanto a los elementos constitutivos de fuerza mayor

50. El primer cargo de la recurrente es que en la providencia impugnada se presentó un falso juicio de valor sobre la configuración de la fuerza mayor, al desconocerse sus elementos constitutivos, porque, a su parecer, estos se cumplían en el caso. Para ello, reiteró lo expuesto en la contestación de demanda, en cuanto a que sus finanzas se vieron afectadas por la no entrada en funcionamiento del proyecto Hidroituango, lo que la llevó a incumplir con los requisitos exigidos para continuar como agente en el MEM y que, consecuencialmente, le impidió honrar sus obligaciones con la EDEQ.

51. Frente a lo anterior, es necesario tener en cuenta que, a la luz del artículo 328 del CGP, la competencia del superior al desatar la apelación está circunscrita a “pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”. A lo anterior se suma que, conforme al artículo 320 *eiusdem*: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante”, de forma que cualquier cuestión diversa a las planteadas en la alzada no puede ser objeto de

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla” (se subraya).

¹⁹ “ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

²⁰ “ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla”.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

pronunciamiento por el *ad quem*, sin perjuicio de aquellos asuntos que deban resolverse de forma oficiosa.

52. Al respecto, la Sala encuentra que en la sentencia de primera instancia se desarrolló ampliamente el tema y se desvirtuaron las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad del hecho que se consideró como constitutivo de la causal de exoneración de responsabilidad, al resaltar que la contratista: (i) conocía el mercado y la volatilidad de los precios de la energía; (ii) contó con el tiempo suficiente para adoptar medidas tendientes a evitar el incumplimiento contractual o para pedir la revisión del acuerdo; y (iii) pasó por alto que las dificultades del proyecto Hidroituango se conocieron desde 2018 y el negocio con EDEQ se suscribió en el 2019. También se advirtió que no se aportaron pruebas para acreditar la afectación particular que le hubiese impedido a Axia cumplir con lo pactado.
53. En el recurso de apelación, Axia no desarrolló el falso juicio de valor al que se refirió, en función de los elementos de *“imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad”* que caracterizan a la causal eximente de responsabilidad de fuerza mayor²¹. Como se reseñó, la apelante solo alegó que el retiro de dicha empresa del mercado de energía *“se debió a un evento externo, imprevisible e irresistible: el impacto causado por el retraso y posterior fracaso del proyecto Hidroituango”*. No obstante, la recurrente no identificó qué elementos de prueba respaldan su dicho en cuanto a este punto, ni relacionó lógicamente este tópico con el razonamiento que adelantó el Tribunal en primera instancia.
54. Lo mismo sucede con el argumento relativo a la afectación de la capacidad financiera de Axia derivada de ese hecho, al sostener solamente que ello fue *“una situación que excedía su control y que fue comunicada oportunamente a la demandante”*. Sobre ello, nuevamente, no se detallaron qué piezas dan cuenta de la irresistibilidad de estos hechos, ni de la forma en que ello truncaría el raciocinio del Tribunal.
55. En ese sentido, la apelante omitió precisar los argumentos que no comparte de manera particular frente al fallo impugnado. Además, se observa que el *a quo* abordó cada una de las razones que expuso esta sociedad en la contestación de la demanda relacionadas con la configuración de la fuerza mayor. Ante situaciones como esta, la Sala ha señalado que, de advertirse la falta de sustentación suficiente, adecuada o material del recurso de apelación, el superior jerárquico deberá confirmar el fallo apelado, sin evaluar el fondo del asunto en razón a los raciocinios deficientes que formuló el apelante²². Por este motivo, se resuelve de manera negativa el primer problema jurídico planteado.

²¹ Se reitera que, como soporte de su dicho, la apelante se refirió a una sentencia del 5 de agosto de 2020 que identificó con el radicado 68001-23-33-000-2011-00683-01, la cual no se encuentra registrada en los sistemas de consulta de esta jurisdicción y de la Rama Judicial.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de junio de 2020. Rad. 25000-23-26-000-2012-00979-01 (49572), C.P. María Adriana Marín, reiterada en la sentencia del 12 de julio de 2024, Rad. 13001-23-33-000-2015-00015-01 (70.692), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

Sobre la supuesta omisión en el análisis de la inejecución del contrato

56. En este punto, la apelante sostuvo que: *“El Honorable Tribunal no valoró adecuadamente que el contrato EDEQ CT-002-2019 nunca fue ejecutado”*, y, a continuación, reiteró que *“cualquier controversia sobre su ejecución debe ser precedida por mecanismos de arreglo directo, tales como negociaciones o conciliaciones, los cuales no fueron agotados por la demandante”*. A juicio de la Sala, este cargo debe interpretarse en función de lo argumentado en la contestación de Axia, en la que se enfatizó en que el contrato de suministro de energía no fue ejecutado por las partes.
57. Frente a este cargo, resulta importante destacar que, en su formulación, la recurrente incurrió en una contradicción. Inicialmente, señaló -escuetamente- que el contrato no se ejecutó (y que el Tribunal no tuvo en cuenta esta situación), lo cual tornaría inaplicable la citada disposición contractual, dado que ésta dependería, precisamente, de que la controversia versara sobre una diferencia relacionada con la *ejecución* del negocio. Sin embargo, en el mismo escrito, reprochó que Tribunal Administrativo del Quindío no valoró adecuadamente la cláusula decimoctava del contrato CT-002-2019, referida a la solución de controversias presentadas en el marco de la ejecución del negocio, al no tomar en cuenta que no se agotaron los mecanismos de arreglo directo previstos en dicha disposición negocial, lo que, en su criterio, impediría poner en marcha el aparato judicial. Sobre este último punto, refirió que las discrepancias surgidas entre las partes en esa fase del acuerdo -esto es, la de *ejecución*- debían estar precedidas de un trámite de arreglo directo, previsto en la señalada estipulación, sin que fuese posible acudir al juez del contrato antes agotar ese requerimiento, lo que evidentemente resulta incompatible con la posición según la cual el acuerdo no se ejecutó.
58. No obstante, la Subsección estudiará el primer reparo, esto es, la omisión en la que supuestamente incurrió el *a quo* frente a la inejecución del contrato. La segunda parte del cuestionamiento, atinente a la ausencia de agotamiento de la etapa de arreglo directo, se analizará en el siguiente acápite.
59. Al revisar la sentencia impugnada, se encuentra que el Tribunal se pronunció de forma expresa frente a este hecho, al señalar que la falta de ejecución del negocio era lo que habilitaba a la EDEQ para acudir a la vía judicial para resolver la controversia surgida entre las partes, es decir, no existió una omisión sobre ese asunto²³.
60. Ahora bien, es pertinente señalar que, en la cláusula primera (“antecedentes”), las partes dispusieron que el suministro de energía sería *“para los meses comprendidos entre el 1° de enero de 2021 al 31 de diciembre de 2022”*, pero

²³ Sobre ello, se valoró que: *“Al respecto también obra prueba testimonial que da cuenta que nunca se recibió la energía convenida tal y como lo sostuvieron en audiencia pública los testigos (...) quienes depusieron sobre las condiciones del mercado y también afirmaron que en efecto nunca existió el suministro de la energía y potencia por parte de la demandada AXIA SAS para los años 2021 y 2022”, y que “en interrogatorio de parte efectuado al representante legal de AXIA S.A.S E.S.P este confesó que no se suministró la energía pactada en el contrato CT-002-2019 para los años 2021 y 2022”*.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

que, “en todo caso, la fecha de inicio del contrato será la fecha de registro, de acuerdo con la regulación vigente en el momento del registro”. Ello debe entenderse sin perjuicio de la obligación que nació en cabeza de EDEQ de encargarse del registro del contrato ante el ASIC (párrafo de la cláusula décima), de forma que el señalado “inicio” correspondía a la prestación principal acordada. Asimismo, en la cláusula vigesimocuarta del acuerdo CT-002-2019 (referida al perfeccionamiento y ejecución del contrato²⁴), se previó que “una vez aceptada la oferta, surgen las obligaciones contractuales para las partes, las que no dependen de la firma del contrato” y que “el registro operará como requisito para su control, inscripción y ejecución ante el ASIC”. En ese sentido, las partes reconocieron que el acuerdo de voluntades nació a la vida jurídica, según las normas del Código de Comercio, con la aceptación de la oferta presentada por Axia, y a partir de ese momento surgieron las obligaciones contractuales, mientras que la ejecución de la transmisión de energía estaba supeditada al registro ante la ASIC (se trató, entonces, de dos eventos separados e independientes). De igual manera, se estipuló que, de no ser posible el registro del acuerdo por causas imputables al contratista, se haría efectiva la garantía de cumplimiento, sin perjuicio de las acciones legales conducentes al reconocimiento de los perjuicios causados (conforme al literal (a) del párrafo de la cláusula décima²⁵).

61. En ese orden de ideas, si bien es cierto que la ejecución de la obligación principal del negocio no había iniciado, como consecuencia de la imposibilidad de realizar el registro llevado por XM, motivado por las acciones y omisiones imputables a Axia, el contrato se perfeccionó, incluso, desde la aceptación de la oferta. Así, no se advierte que se haya desvirtuado lo considerado por el *a quo*, en cuanto a que se configuró un incumplimiento contractual, no solo porque el suministro de energía pactado nunca ocurrió, sino también por los hechos que originaron la negativa de inscripción del negocio, por lo que no es posible compartir lo argumentado por la contratista frente a la supuesta imposibilidad de acudir a la jurisdicción para demandar esa desatención de las actividades a su cargo en virtud de lo estipulado en la cláusula decimoctava, con sustento en la inejecución alegada. Como se desarrollará en el siguiente apartado, las partes pueden iniciar las actuaciones pertinentes ante el juez natural del contrato para solucionar las controversias que surjan en desarrollo de lo pactado, sin que la alegada inejecución negocial pueda ser enrostrada en perjuicio de ello.

62. En este punto, la apelante invocó como sustento de su dicho la sentencia del 17 de octubre de 2023, identificada con el radicado No. 76001-23-31-000-2012-00560-01, proferida por esta Corporación. Una vez examinada esa providencia,

²⁴ “**VIGÉSIMA CUARTA: Perfeccionamiento y Ejecución del Contrato.** De acuerdo con el Código de comercio, una vez aceptada la oferta, surgen las obligaciones contractuales para las partes, las que no dependen de la firma del contrato, y queda claro que el registro operará como requisito para su control, inscripción y ejecución ante el ASIC. Y solo habrá lugar a ello si EL CONTRATISTA ha cumplido con todas las obligaciones propias de la etapa contractual”. Índice electrónico No. 005 de la primera instancia de SAMAI.

²⁵ “**PARÁGRAFO:** a) (...) Si por cualquier causa imputable a EL CONTRATISTA el contrato no se puede registrar o no se puede despachar durante su ejecución se hace efectiva la Garantía de cumplimiento que ampara este riesgo, sin perjuicio de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causadas a las mismas y no cubiertos por el valor de la Garantía de Cumplimiento”. Índice electrónico No. 005 de la primera instancia de SAMAI.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

se observa que, en la misma, se resolvió una controversia por el incumplimiento en un contrato de suministro de energía, en la cual se presentaron algunos supuestos fácticos similares al caso que ahora se analiza, en la medida que también se produjo el retiro del mercado de una de las contratantes, lo que impidió que cumpliera con el objeto del negocio. No obstante, no se evidencia que en esa decisión se aborde el estudio del desconocimiento de las “*etapas precontractuales*” y su efecto en las acciones judiciales procedentes para ventilar los desacuerdos surgidos del negocio, lo que impide tomarla como sustento válido del reproche que se formula.

63. Así las cosas, el segundo problema jurídico se resuelve de manera negativa.

Sobre la alegada necesidad de agotar los mecanismos de arreglo directo para acudir a la jurisdicción

64. Para abordar el problema jurídico planteado, resulta necesario analizar la cláusula decimoctava del contrato CT-002-2019, con el fin de determinar el alcance de esa estipulación y su incidencia sobre la decisión adoptada en primera instancia. Dicho apartado se pactó en los siguientes términos:

“DÉCIMA OCTAVA: Ley del Contrato y Controversias: Para todas las diferencias que surjan entre las partes relacionadas con la ejecución del presente contrato, las partes buscarán mecanismos de arreglo directo tales como la negociación directa, o la conciliación, esto durante un término de hasta 30 (treinta) días calendario, contados a partir del día siguiente a aquél en que una de las partes comunique a la otra por escrito la diferencia, si no se producen acuerdos las partes acudirán a la jurisdicción contractual”²⁶.

65. Como se observa, esta pauta se refiere a los mecanismos con los que contaban las partes para solucionar las controversias surgidas en el marco de la ejecución del negocio. Como se expuso en el anterior acápite, en este caso la fase de arreglo directo no inició, pues no se logró, siquiera, registrar el acuerdo ante el ASIC. En ese sentido, esta estipulación no resulta aplicable de entrada para resolver el presente asunto, es decir, no era necesario agotar el procedimiento del arreglo directo para demandar ante el juez natural del contrato. La recurrente, inclusive, aludió a lo anterior en su recurso (aunque de forma escueta) para señalar que el Tribunal no valoró que el contrato nunca fue ejecutado.

66. No obstante, la Sala considera que esta no es la única razón para llegar a esa conclusión. Recuérdesse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del CGP²⁷, las normas procesales son de orden público y estas no podrán derogarse, modificarse o sustituirse, salvo autorización legal, razón por la cual los acuerdos que suscriban las partes en los que se incluya el agotamiento de

²⁶ Índice electrónico No. 005 de la primera instancia de SAMAI.

²⁷ **“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES.** Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

requisitos de procedibilidad para acceder a la justicia no serán de obligatoria observancia, ni su desatención constituirá un incumplimiento del negocio jurídico en donde se hubiere pactado.

67. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-602 de 2019, declaró la exequibilidad de esta disposición al ratificar que *“las estipulaciones de las partes que surjan de la autonomía de su voluntad podrían solo producir efectos entre estas, en la medida en que deseen honrarlas y asumir su cumplimiento. Pero si llegaran a establecerse como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia no son de obligatoria observancia, y su inobservancia no constituirá incumplimiento del negocio jurídico”*. Como síntesis de lo anterior, explicó:

“La Sala Plena señaló que, si bien la autonomía de la voluntad privada es un principio que comprende la decisión de contratar la clase de negocio jurídico, el contenido del mismo u objeto y con quién se pacta, así como la potestad de elegir los mecanismos jurisdiccionales o alternativos para dirimir los conflictos que surgen en la relación contractual, dicho postulado encuentra límites en las normas procesales de orden público. Sobre este aspecto, sostuvo que las partes de un negocio jurídico no están facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad para acceder a los operadores de justicia, pues ello comprometería el espacio de configuración del Legislador y, en tal sentido, los contratantes no pueden fijar el agotamiento de presupuestos o mecanismos para acudir a la jurisdicción a través de la diversidad de sus operadores, porque se estaría obstruyendo el acceso a la administración de justicia”²⁸.

68. Esta postura es concordante con el criterio adoptado por la Sección Tercera de esta Corporación de tiempo atrás, en cuanto a que el agotamiento previo de una determinada etapa de arreglo directo *“no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes”*. Al estudiar la aplicabilidad de dichas cláusulas, se ha establecido que esa exigencia *“constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”²⁹*, pauta que es plenamente aplicable al presente litigio.

69. Ello implica que, en el caso analizado, aunque la controversia se presentara en la fase de ejecución (de haber iniciado), no era necesario promover el procedimiento previsto para llevar a cabo el arreglo directo como presupuesto para acudir a la administración de justicia. En ese sentido, la manifestación según la cual *“si no se producen acuerdos las partes acudirán a la jurisdicción*

²⁸ Sentencia C-602 de 2019.

²⁹ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Rad. 11001-03-26-000-2006-00029-00(32871), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Aun cuando dichas consideraciones se dieron en el marco de un recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, las conclusiones allí plasmadas son plenamente aplicables a este caso, comoquiera que versan sobre el pacto de requisitos para acceder a la administración de justicia. La Sala recalca que esta providencia fue referenciada de forma imprecisa por la Corte en la Sentencia C-602 de 2019, pero constituyó un criterio adicional para declarar la exequibilidad del artículo 13 del CGP previamente citado. Esa postura ha sido compartida por esta Sección en sede de anulación de laudo arbitral, al señalar que *“no haberse cumplido los trámites o procedimientos previos a la convocatoria del tribunal acordados en el pacto arbitral no configura la causal 3ª de anulación (...), pues, tal como ha quedado expuesto, no agotar la negociación directa, la conciliación o la amigable composición con anterioridad a la integración del tribunal respectivo no limita o impide el derecho de acceso a la administración de justicia”* (sentencia del 2 de agosto de 2023, exp. 69.475, C.P. Nicolás Yepes Corrales).



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

contractual” no puede aplicarse en detrimento del derecho que asiste, en este caso, a la entidad contratante, para elevar sus pedimentos ante la administración de justicia.

70. Asimismo, como lo señala la norma en cita, de ser aplicable la cláusula decimoctava a este caso, el hecho de que la EDEQ omitiera acudir al mecanismo de solución directa entre las partes no constituyó una transgresión de las obligaciones del negocio, con lo que se desvirtúa el supuesto incumplimiento bilateral que, según Axia, impedía la obtención de la indemnización de perjuicios pretendida en la demanda. Por este motivo, el tercer problema jurídico también se resuelve de manera negativa.

Sobre la aludida ausencia de pruebas de los perjuicios reclamados

71. En el recurso de apelación, Axia manifestó que no se allegaron pruebas sobre los perjuicios reclamados, al señalar que la EDEQ no demostró con certeza su causación, producto de la inejecución del negocio (sostuvo que la accionante “no demostró con certeza la existencia de perjuicios reales, tangibles y cuantificables derivados de la inejecución del contrato”). Así, reiteró que la carga probatoria recaía en quien la alegaba e indicó que la cláusula penal invocada no podía sustituir la demostración de los daños.
72. Al respecto, la Subsección evidencia que el Tribunal de primera instancia caracterizó la cláusula penal pecuniaria y diferenció su alcance, dependiendo de lo acordado por las partes frente a su efecto, para determinar que, en el caso analizado, este pacto tenía una naturaleza anticipativa, al ser concebida como una tasación previa de perjuicios y, por ello, lo único que tenía que probar el acreedor era el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte para poder hacer efectivo su cobro, a la luz del artículo 1599 del Código Civil: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.
73. En ese sentido, en la providencia cuestionada no solo se precisó el alcance de lo estipulado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino que se aclaró que la consecuencia jurídica de ese pacto relevaba a la contratante de probar los perjuicios sufridos que ahora reclama, así como su monto, sin que en la impugnación se cuestionaran los argumentos expuestos por el a quo sobre ese asunto. Así, se advierte que la recurrente no cumplió con la carga argumentativa para soportar su desacuerdo, con lo cual no logró desvirtuar las conclusiones adoptadas respecto del alcance de la cláusula penal pecuniaria acordada y, por tanto, para efectos de determinar la procedencia del pago de esa tasación anticipada de perjuicios no resulta determinante el estudio de la acreditación de esta afectación económica. Aun cuando la apelante aseveró que: “La cláusula penal invocada no puede sustituir la prueba efectiva de los daños”, únicamente referenció, como aparente sustento, una sentencia del 29 de septiembre de 2011, con el radicado 11001-03-26-000-2001-00074-01, pero dicha providencia, según se observó, no existe conforme a los sistemas de



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

registro de esta Corporación³⁰. Por ello, el cuarto problema jurídico se resuelve de manera negativa.

Sobre el supuesto desconocimiento de las exclusiones previstas en la póliza otorgada por la aseguradora

74. El último cargo formulado por Axia se enmarcó en lo que consideró como una omisión por parte del Tribunal, debido a que, según afirmó, en la providencia se desconocieron las exclusiones y límites establecidos en la póliza No. 59802 otorgada por Chubb para asegurar el cumplimiento del contrato CT-002-2019. Concretamente, sostuvo que: *“En este caso, la póliza excluye expresamente sanciones pecuniarias como la cláusula penal, lo que fue pasado por alto en la decisión de primera instancia”*.

75. La Subsección evidencia que, en la contestación de la demanda presentada por la aseguradora, esta formuló como excepción la aplicabilidad de las exclusiones previstas en el contrato que amparó el negocio de suministro de energía. A la luz de ello, contrario a lo afirmado por la recurrente, el *a quo* sí abordó el estudio de esta materia e indicó que, en el caso particular, aplicaba la hipótesis prevista en la póliza relacionada con las sanciones pecuniarias o económicas de cualquier tipo impuestas al contratista, tales como multas o cláusulas penales y, con base en ello, se abstuvo de condenarla al pago de lo previsto en la cláusula penal pecuniaria.

76. Tampoco es viable concluir que la existencia de esa exclusión impidiese a EDEQ cobrar la cláusula penal a Axia, pues la previsión de la póliza aplica únicamente para solicitar su indemnización a la aseguradora, pero no permite, de ninguna forma, invalidar lo pactado libremente por las partes en el contrato en cuanto a dicha penalidad. Como lo reconoce la apelante³¹, las obligaciones del asegurador están restringidas a los términos previstos en el contrato de seguro, de manera que no existía otra posibilidad distinta a exonerar a Chubb por ese concepto.

77. Con base en lo expuesto, no existe fundamento para acoger lo indicado por la contratista. Por este motivo, el quinto interrogante se contesta de manera negativa.

Sobre la actualización de la condena impuesta en primera instancia

78. En vista de lo expuesto, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto a la declaratoria de incumplimiento atribuible a Axia y a la condena impuesta a ésta por concepto de cláusula penal pecuniaria. Frente a este último punto, se destaca que el *a quo* no detalló una suma específica, sino que estipuló

³⁰ Conforme a lo advertido (nota al pie 11 *supra*), en el buscador de jurisprudencia de la Corporación se identificó la existencia del proceso mencionado, el cual correspondió a un recurso extraordinario de revisión y fue archivado el 7 de noviembre de 2002, por lo que no se encuentra registrada la decisión invocada por la demandada.

³¹ Se reitera que la sociedad citó una sentencia del 21 de junio de 2016, con el radicado No. 05001-23-33-000-2003-00248-01, providencia que no se encuentra en la plataforma SAMAI ni en el buscador de jurisprudencia de la Corporación.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

los parámetros para su cálculo conforme a lo previsto en la cláusula decimocuarta, literal B, del contrato, en concordancia con la cláusula quinta del mismo instrumento.

79. En ese sentido, se torna inviable la aplicación del artículo 283 del CGP, según el cual: *“El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”*. Sin embargo, también se advierte que, para el cumplimiento, deberá tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 284 *ejusdem*, según el cual: *“La actualización de las condenas a pagar sumas de dinero con reajuste monetario, en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia definitiva y el día del pago, se hará en el momento de efectuarse este”*, a su vez, tomando en consideración que: *“Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”*, conforme al artículo 187 del CPACA.

Conclusiones

80. En las condiciones previamente analizadas, la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia, recapitulando que:
81. La no consideración de los alegatos de conclusión en la sentencia de primera instancia no se formuló como un cargo de la apelación, al no haberse explicado la forma en que esa omisión habría impactado la decisión. Esa circunstancia tampoco se planteó como una causal de nulidad procesal, la cual, en todo caso, habría resultado saneada por la actuación posterior de la parte.
82. La apelante no detalló en qué aspectos radicó el supuesto yerro del Tribunal en torno a la valoración de los elementos constitutivos de fuerza mayor, ni precisó en qué pruebas se sustenta su dicho sobre este asunto.
83. La ausencia de ejecución del contrato no puede ser esbozada como un argumento para alegar la imposibilidad de acudir a la jurisdicción. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del CGP, las estipulaciones que pacten las partes en las que se establezca el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a la jurisdicción no son de obligatoria observancia, y su desatención no constituye un incumplimiento del negocio en el cual se haya suscrito este acuerdo. Por ello, en el caso *sub examine*, el hecho de que no se hubiese agotado la etapa de arreglo directo entre las partes no modifica la decisión en cuanto a la procedencia de la condena al pago de la cláusula penal pecuniaria.
84. La apelante no desestimó la conclusión del Tribunal en torno a la aplicabilidad de la cláusula penal, en cuanto a que la demostración del incumplimiento de las obligaciones permite el cobro de su monto sin requerir de demostración adicional de los perjuicios sufridos por esa circunstancia.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

85.El Tribunal no desconoció las exclusiones previstas en la póliza y, por el contrario, las tuvo en cuenta para absolver de responsabilidad a la aseguradora por la condena atinente al pago de la cláusula penal.

Condena en costas

86.De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, y según lo establecido en el numeral 3 del artículo 365 del CGP: *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”*. De igual forma, el numeral 8 *ejusdem* prevé que: *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

87.En ese orden de ideas, como en este caso se confirmará en todas sus partes la sentencia impugnada, se condenará en costas en esta instancia a la recurrente, es decir, a Axia Energía S.A.S., las cuales serán liquidadas por el Tribunal de origen, según lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP³².

88.En cuanto a las agencias en derecho, éstas se causaron, teniendo en cuenta el tiempo de duración del proceso y los deberes que su trámite implicó. Así, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura (vigente para la fecha en que se presentó la demanda), estas se fijarán en 1 salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta providencia³³, en favor de la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P., quien intervino en este grado a través de su apoderada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de diciembre de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, conforme a las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a Axia Energía S.A.S., las cuales serán liquidadas por el Tribunal *a quo*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Las agencias en derecho se fijan en 1 salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta providencia, en favor de la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.

³² Artículo 366 *“Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas (...)”* (se destaca).

³³ *“ARTÍCULO 5: Tarifas: Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL... En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.L.M.V”*.



Radicación: 63001-23-33-000-2022-00125-01 (72.406)
Demandante: Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.
Demandados: Axia Energía S.A.S. E.S.P. y otro
Referencia: Controversias contractuales

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de 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>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF