

BUENA FE - Contratación estatal. Se impone a los contratantes el deber de obrar de conformidad con los postulados de buena fe / CONTRATACION ESTATAL - Buena fe. Reiteración jurisprudencial / BUENA FE - Contratación estatal. Reiteración jurisprudencial / CONTRATACION ESTATAL - Buena fe. Se impone a los contratantes el deber de obrar de conformidad con los postulados de buena fe

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe (...) el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (...) [la buena fe contractual] estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (...) se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 871 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603

EL DEBER DE COOPERACION O DE SOLIDARIDAD CONTRACTUAL - Aplicación en materia de contratación estatal / OBLIGACION PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Procedencia. Casos / ETAPA PRECONTRACTUAL - Obligación de información. Procedencia y casos / CONTRATACION ESTATAL - Etapa precontractual. Obligación de información. Procedencia y casos / DERECHO A LA INFORMACION - Etapa precontractual. Obligación de información

Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes (...) y por ello hoy en día también se habla de un “deber de cooperación” o de solidaridad contractual que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante (...) lo que se acaba de expresar se realza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad (...) hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato. En efecto, tales casos son: a) Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; b) Cuando una parte le pide una

determinada información a la otra; c) Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y d) Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes.”

OBLIGACION PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Noción. Regulación normativa / ETAPA PRECONTRACTUAL - Obligación de información. Regulación normativa / DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Noción. Regulación normativa / OBLIGACION PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Límites / ETAPA PRECONTRACTUAL - Obligación de información. Límites

Se reconoce que el deber de información encuentra sus limitantes en la misma ley y en la carga de la autorresponsabilidad negocial. Según la primera limitante el deber de informar no comprende todo aquello que la ley prohíba revelar. De acuerdo con la segunda, cada parte debe desarrollar una conducta activa y diligente en relación con el *iter* contractual, en especial en la etapa previa, y por consiguiente ha de procurar informarse para luego informar y como quiera que ha de conocer suficientemente sus derechos y sus obligaciones, así como las cosas sobre las que estos recaen, se sigue que no se debe informar todo aquello que la otra parte ha podido saber por sí misma con normal diligencia, como tampoco lo atinente a la naturaleza, medida o extensión de sus derechos, sus obligaciones o sus cosas puesto que, se repite, cada uno debe conocer lo suyo, a menos que el conocimiento de lo propio requiera de especiales conocimientos que el titular no tenga y que no deba tener en razón de su profesión u oficio.

DERECHO A LA INFORMACION - Contratación estatal: etapa precontractual. Características de la información que debe ser informada / ETAPA PRECONTRACTUAL - Obligación de información. Características de la información

La información es veraz cuando corresponde con la realidad, es auténtica cuando coincide con la fuente de la que se ha tomado y es completa cuando contiene todos los datos inherentes al asunto informado. Por consiguiente, cuando se debe informar, bien sea porque la ley lo ordena o porque se trata de alguno de los casos atrás enunciados con sus limitantes, esa información debe corresponder con la realidad, debe coincidir con la fuente de la que se ha tomado y debe contener todos los datos inherentes al asunto informado, así y sólo así se puede decir que se ha cumplido con el deber de brindar información.

OBLIGACION PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Requisitos para la configuración del incumplimiento del deber precontractual de informar / DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACION - Requisitos para la configuración del incumplimiento del deber precontractual de informar

Para que se configure el incumplimiento del deber precontractual de informar es necesario que concurren estos tres requisitos: a) El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando que ésta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; b) La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de informar; y c) La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce. En síntesis, el incumplimiento del deber de información supone la concurrencia de los tres

requisitos que se acaban de mencionar y también se configurará cuando, a pesar de haberse informado, la información no es veraz o auténtica o completa.

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38924

PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Enajenación

La Ley 256 de 1995 desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en lo atinente a la enajenación de la propiedad accionaria estatal y dentro de los principios generales que de acuerdo con esta ley deben guiar la enajenación de activos de esa naturaleza está el de “democratización”, en virtud del cual se debe promover la masiva participación en la propiedad accionaria y para este efecto deben utilizarse en los procesos de enajenación mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia (...) cuando se trata de enajenar participaciones accionarias, una de las maneras en que se garantiza la libre concurrencia es mediante la entrega a los inversionistas de la correspondiente y necesaria información financiera y contable pues sólo con esta ellos podrán ponderar y decidir si hacen la inversión y en qué condiciones (...) si una entidad estatal pretende enajenar la participación accionaria que posee, a partir de un desarrollo coherente del principio general de planeación del negocio, tiene el deber de informar la situación financiera del ente en el que tiene la participación para efectos de garantizar la libre concurrencia, información ésta que se brinda mediante los estados financieros y como quiera que dentro de los elementos de estos están los pasivos y que en ellos se deben incluir los hechos económicos ciertos y realizados, y aún los contingentes, es conclusión obligada que si, por ejemplo, se omite enlistar un pasivo, se estará incumpliendo con el deber precontractual de informar (...) el hecho de no tener certeza actual sobre su monto o cuantía, se repite, no es motivo para no incluirlo ni releva del deber de informarlo, pues en este caso debe enterarse de él mediante una estimación razonable.

FUENTE FORMAL: LEY 256 DE 1995 - ARTICULO 60

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - Por omisión en el deber de información en la etapa precontractual / OMISION EN EL DEBER DE INFORMACION - Responsabilidad contractual del Estado. Etapa precontractual

De los documentos obrantes en el expediente se desprende que desde finales del año de 1993 se venían considerando las alternativas para distribuir entre las empresas interconectadas, dentro de las cuales estaba la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., los costos por la puesta en marcha y operación de las Plantas de Ocoa y Gualanday, construidas por Ecopetrol dentro del Plan de Emergencia del sector eléctrico. También resulta de esos documentos que lo que se consideraba fundamentalmente era el porcentaje de participación, así como la cuantía, en el costo de esas plantas por parte de cada una de las empresas, lo que en otras palabras significa que desde ese entonces había un hecho económico cierto y realizado consistente en que la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P. debía asumir una parte de esos costos aunque no se había precisado todavía el monto. Siendo este un hecho cierto y realizado, y aún si fuera contingente, existía la obligación de reflejarlo contablemente como un pasivo y el hecho de no haberse determinado todavía su monto, obligaba entonces a estimarlo razonablemente (...) existiendo el deber de informar sobre la existencia de ese pasivo y habiéndose omitido brindar la información respectiva, es claro que

se incumplió con ese deber precontractual y por ende surge el deber de reparar el daño que se hubiere ocasionado con la reticencia.

PERJUICIOS - Materiales. Liquidación / PERJUICIOS - Responsabilidad Contractual del Estado. Aplicación del principio de equidad / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Liquidación de perjuicios. Responsabilidad Contractual del Estado

En este caso aparece de manera objetiva que se ha causado un daño a los inversionistas que tiene como origen la omisión de informarles sobre la existencia de un pasivo, pues es evidente que la valoración económica del paquete accionario hubiese sido inferior si se hubiera tenido noticia de él. (...) En conclusión, aquí no se establece ni se cuantifica la reparación en razón de que se ha hecho un pago por parte de la CHB de un capital e intereses adeudado, sino porque se ocultó un pasivo en el proceso de venta de las acciones y este ocultamiento determinó que el valor del paquete accionario tuviera un valor artificialmente diferente puesto que su valoración dependía también de la medida del pasivo que se ocultó. (...) Por todo esto es que el monto de la indemnización se cuantificará equitativamente en una suma igual al del valor del pasivo que no se informó. (...) Corolario de lo anterior es que la parte aquí demandada incumplió con el deber de informar y este hecho le causó un daño a la parte demandante, razón por la cual, con fundamento en la equidad, debía ser condenada a pagar, a título de perjuicios.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la aplicación del principio de equidad ver sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15024

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)

Actor: ENDESA DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 4 de octubre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, mediante la cual declaró no probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 18 de diciembre de 1998¹ los inversionistas **Endesa de Colombia S.A., Inversiones y Promociones S.A., Proyectos de Energía S.A. y Compañía Eléctrica Cono Sur S.A.** presentaron demanda contra la **Nación – el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía-** solicitando que se declarara responsable a la demandada porque en la etapa precontractual omitió informar la situación económica y financiera de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB- y en especial la existencia de un pasivo frente a ISAGEN por concepto del uso de la energía y del costo del funcionamiento de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Gualanday.

Solicitaron, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la suma de \$235.330.919, debidamente actualizada y con intereses moratorios, a título de indemnización de perjuicios materiales.

Como primera pretensión subsidiaria pidieron que se declarara responsable a la accionada por el incumplimiento de la cláusula sexta del contrato suscrito entre los demandantes y la demandada el 27 de diciembre de 1996 en la cual se establecieron unos hechos determinantes para que aquellos celebraran el contrato y que resultaron no corresponder a la realidad económica y financiera de la CHB.

Solicitaron, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la suma de \$235.330.919, debidamente actualizada y con intereses moratorios, a título de indemnización de perjuicios materiales.

Como segunda pretensión subsidiaria pidieron que se declarara que con la venta de la CHB la accionada se enriqueció injustificadamente a expensas de los demandantes quienes pagaron el precio de las acciones en consideración a la información que se apartaba de la realidad económica y financiera de la CHB, y en consecuencia solicitaron el reconocimiento y pago de la suma de \$235.330.919, debidamente actualizada y con intereses moratorios, a título de indemnización de perjuicios materiales.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

En la época de la crisis financiera del sector energético, la Nación adelantó un programa de saneamiento, contenido en la ley 51 de 1990 y los decretos 680, 700 y 1362 de 1992, en virtud del cual adquirió la cantidad correspondiente al 99% de las acciones en circulación de la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-.

¹ Folios 22 a 34 del c No. 1.

Ulteriormente, con el fin de enajenar las mencionadas acciones de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, el Gobierno nacional expidió el correspondiente Reglamento de Venta y Adjudicación de las Acciones.

El 3 de diciembre de 1996 la Nación ofreció al público, mediante aviso publicado en los diarios El Tiempo y El Espectador, las acciones que tenía en la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-.

En desarrollo del Reglamento de Venta y Adjudicación de Acciones, la Nación puso a disposición de los interesados los estados financieros y contables de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- correspondientes a los años de 1993 a 1995, así como un estado de prueba de los de 1996, con corte al 30 de septiembre.

La Nación no cumplió con el deber de información que debe regir la etapa precontractual toda vez que en los estados financieros y contables publicados en el salón de información, o “Data Room”, no incluyó la deuda que tenía frente a ISAGEN S.A. E.S.P. por el monto de \$212.915.494.

El 27 de diciembre de 1996, los demandantes y la demandada celebraron el contrato de compraventa de acciones por medio del cual aquellos adquirieron, y a su vez ésta enajenó, las acciones de la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- por un precio de \$14.314.682’842.681.

Como en la cláusula sexta del contrato se estipuló que una de las causas determinantes para comprar las acciones de la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- era la veracidad de la información financiera y contable, el hecho de haber omitido la existencia del pasivo constituyó un incumplimiento de la demandada.

Los demandantes tuvieron conocimiento de la existencia del pasivo sólo hasta el 28 de mayo de 1997, cuando ISAGEN S.A. E.S.P. les presentó la factura cambiaria de compraventa No. F97000296 por el valor de \$212.915.494.

Los demandantes e ISAGEN S.A. E.S.P. llegaron al acuerdo de efectuar el pago el 7 de enero de 1998.

En la época de la crisis financiera del sector energético fue cuando la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- contrajo la obligación de pagar el monto de \$212.915.494. a ISAGEN S.A. E.S.P.

En desarrollo del programa de saneamiento del sector eléctrico, la Nación ordenó que ECOPETROL construyera tres plantas termoeléctricas conocidas como Ocoa, Gualanday y Yumbo destinadas a abastecer de energía a las empresas generadoras.

ECOPETROL e ISA, hoy ISAGEN S.A. E.S.P, celebraron un contrato de compraventa por medio del cual aquel se obligó a vender a las empresas generadoras, entre éstas a la sociedad Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, desde mayo de 1993 y hasta abril de 1994, parte de la energía eléctrica producida por las Plantas Ocoa y Gualanday.

En las reuniones No. 47 y 48 del Comité Directivo de Operación, celebradas respectivamente el 24 de noviembre de 1993 y el 3 de febrero de 1994, así como en la reunión No. 16 del Consejo Nacional de Operación celebrada el 14 de

diciembre de 1995, las empresas generadoras de energía plantearon varias alternativas para distribuir entre ellas los costos del funcionamiento de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Gualanday.

El 6 de agosto de 1996 ISAGEN S.A. E.S.P. expidió el documento GPE-015 por medio del cual propuso distribuir los costos del funcionamiento de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Gualanday en proporción a la energía que cada una había utilizado a través del Programa de Intercambios Comerciales –PIC- durante el período comprendido entre mayo de 1993 y abril de 1994.

La propuesta de ISAGEN S.A. E.S.P. que se dio a conocer al Consejo Nacional de Operación en la reunión No. 31 del 21 de agosto de 1996 no recibió ninguna observación, razón por la cual, como ya se dijo, el 28 mayo de 1997 ISAGEN S.A. E.S.P. presentó a los nuevos accionistas de la Central Hidroeléctrica de Betania – CHB S.A.- la factura cambiaria de compraventa No. F97000296 por el valor de \$212.915.494

La deuda a cargo de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- y a favor de ISAGEN S.A. E.S.P no fue incluida, ni como pasivo reconocido ni como pasivo contingente, en los estados financieros y contables de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- que estuvieron a disposición de los interesados en la etapa precontractual.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y la accionada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las demandantes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 4 de octubre de 2001 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones y negó las pretensiones de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

El sentenciador de primera instancia empieza por estudiar la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la demandada y concluye que no es procedente acceder a ella porque aunque las varias pretensiones acumuladas en la demanda son inconexas, las unas fueron formuladas como principales y las otras como subsidiarias, tienen el mismo juez natural y son susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento, tal como lo exige el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la pretensión principal encaminada a obtener la declaratoria de responsabilidad precontractual por la omisión del deber de información y su consecuente indemnización, sostiene el Tribunal que no está llamada a prosperar porque a la Nación no le era posible omitir un pasivo que al tiempo en que elaboró

el estado financiero, esto es el 30 de septiembre de 1996, aún no existía ni siquiera como pasivo contingente.

Agrega, para sostener lo anterior, que la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- no tenía a su cargo un débito por concepto de la utilización de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Gualanday cuya existencia debiera informarse a los interesados en la adquisición de las acciones, pues en las reuniones que sostuvo el Comité Directivo de Operación y el Consejo Nacional de Operación antes de la celebración del contrato de compraventa de acciones del 27 de diciembre de 1996, sólo se plantearon las alternativas para distribuir los costos del funcionamiento de las plantas.

De otra parte señala que en virtud del capítulo 8.7 del Reglamento de Venta y Adquisición de las acciones de la Nación en la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, el hecho de haber omitido un pasivo en los estados financieros y contables que se pusieron a disposición de los interesados en el salón de información o “Data Room” no genera responsabilidad a cargo del vendedor porque los interesados estaban en la obligación de investigar e indagar sobre toda la información determinante para presentar la oferta.

En relación con la primera pretensión subsidiaria, dirigida a obtener la declaratoria del incumplimiento del contrato de compraventa de acciones y su consecuente indemnización, considera el Tribunal que la Nación no incumplió el deber de suministrar información veraz derivado del artículo 6,6 del contrato puesto que si ella no incluyó un pasivo frente a ISAGEN S.A. E.S.P. en los estados financieros fue porque cuando inició el proceso de venta y se celebró el contrato no existía tal débito.

En lo referente a la segunda pretensión subsidiaria formulada en ejercicio de la acción *de in rem verso*, considera el Tribunal que no está llamada a prosperar porque el empobrecimiento patrimonial de las demandantes no generó un correlativo incremento del patrimonio de la Nación.

Sostiene el sentenciador de primera instancia que la fuente de la obligación de pagar \$212.915.494 a cargo de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- y a favor de ISAGEN S.A. E.S.P. fue el negocio jurídico que éstas celebraron el 29 de diciembre de 1997 y como quiera que en ese momento las demandantes ya eran propietarias de la sociedad, la cancelación de la obligación de ninguna manera generó un enriquecimiento para la Nación sino la extinción de una deuda propia.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Los inversionistas demandantes se alzaron contra el fallo de primera instancia por estimar que el acuerdo de voluntades al que llegaron ISAGEN S.A. E.S.P. y las empresas generadoras de energía, entre ellas la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, dio lugar al nacimiento de una obligación cuyo objeto si bien no estaba determinado sí era determinable.

Sostienen los apelantes que el Tribunal incurrió en un error al considerar que como la prestación de dar una suma de dinero a cargo de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- y a favor de ISAGEN S.A. E.S.P. no estaba determinada, la obligación no llegó a existir.

Resulta claro que la obligación existía desde cuando La Nación inició el proceso de venta de sus acciones aunque la fórmula para determinar el monto de la prestación sólo se haya fijado hasta el 6 de agosto de 1996 y su verdadero valor se determinó cuando los demandantes ya eran propietarios de las acciones.

En este orden de ideas, dado el desequilibrio en los conocimientos que tenía cada uno de los futuros contratantes, La Nación, como propietaria y vendedora de las acciones en la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, tenía el deber de actuar conforme a los postulados de la buena fe precontractual y por consiguiente debía comunicarle a los demandantes la información necesaria para celebrar el negocio.

En relación con la etapa contractual, la parte recurrente sostiene que La Nación incumplió el numeral sexto de la cláusula sexta del contrato puesto que los estados financieros de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.- que puso a disposición de los demandantes no correspondían con la realidad al no incluir una información que era determinante para la decisión de los compradores, esto es el pasivo a favor de ISAGEN S.A. E.S.P.

De otra parte, los apelantes consideran que de manera correlativa al enriquecimiento de La Nación se presentó el empobrecimiento de los inversionistas demandantes toda vez que el 7 de enero de 1998 éstos pagaron una obligación contraída por aquella.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser confirmada y así lo solicita.

Fundamenta su solicitud en las siguientes razones:

La Nación incumplió el numeral sexto de la cláusula sexta del contrato, según la cual la vendedora tenía la obligación de suministrar información veraz sobre el estado financiero y contable de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB S.A.-, al omitir comunicarle a los demandantes sobre la existencia de un pasivo a favor de ISAGEN S.A. E.S.P. cuyo monto estaba en proceso de discusión.

No obstante, los demandantes incumplieron el numeral tercero de la cláusula novena del contrato que les imponía la carga de notificar a la vendedora cualquier reclamación judicial o extrajudicial derivada de actos, hechos u omisiones ocurridos antes de la celebración del contrato, así como la prohibición de transigir, conciliar o allanarse a las pretensiones de una demanda sin la autorización expresa y escrita de la vendedora, ya que el 7 de enero de 1998 se allanaron a pagar la suma de \$235.330.919 a favor de ISAGEN S.A. E.S.P. sin estar previamente autorizados para ello y sin haber notificado a la vendedora que el 28 de mayo de 1997 se había formulado una reclamación extrajudicial por concepto de los costos del funcionamiento de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Guandalay.

Así mismo, los demandantes omitieron presentar una cuenta de cobro a la Nación para que les reembolsara el valor cancelado a ISAGEN S.A. E.S.P. puesto que en virtud del contrato las resultas finales de la reclamación eran responsabilidad de la vendedora.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

La problemática que presenta este asunto gira en torno al deber precontractual de información pero también alrededor de la protección de la inversión como factor del desarrollo económico social, pues no debe olvidarse que, de un lado, dentro de los fines esenciales del estado está, entre otros, facilitar la participación de todos en la vida económica² y que, de otro lado, los servicios públicos son inherentes a su finalidad social, razón por la cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.³

La buena fe contractual y el deber precontractual de información⁴

1. De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.⁵

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa⁶ en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un

² Artículo 2º de la Constitución Política.

³ Artículo 365, ibídem.

⁴ Sobre el deber precontractual de información vid.: C. SALGADO RAMÍREZ. *El deber precontractual de información. Contornos desde la perspectiva del sistema del “ius romanum” por interacción vertical a partir de la “ignorantia facti et iuris” y la compraventa en el derecho romano.* Tesis de doctorato de investigación in: Sistema Jurídico Romanístico, Unificazione del Diritto e Diritto dell’integrazione, Ciclo XXII, 2011, Università Degli Studi Di Roma “Tor Vergata”, en proceso de publicación; I. DE LA MAZA GAZMURI. *Los límites del deber precontractual de información.* Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010; G. AFFERINI. *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione.* En: *Trattato della responsabilità contrattuale.* Padova, Cedam, 2009; M. S. GORETTI. *Il problema giuridico del silenzio.* Milano, Giuffrè Editore, 1982; M. FABRE-MAGNAN. *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie,* Paris, L.G.D.J., 1992; E. GOMEZ CALLE. *Los deberes precontractuales de información.* Madrid, La Ley, 1994; L. DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* t. I, Madrid, Civitas-Thomson, 2007.

⁵ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual.

⁶ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos.* En: *Revista de Derecho Privado* No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio.* En: *Revista de Derecho Privado* No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.⁷

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, *“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”*,⁸ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y *“por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”*⁹ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

2. Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes, o lo que es lo mismo, cada contratante utiliza el contrato para hacer realidad aquellas finalidades que mediante él persigue alcanzar y por ello hoy en día también se habla de un *“deber de cooperación”* o de solidaridad contractual que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante.¹⁰

Y lo que se acaba de expresar se realiza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque en ésta la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y

⁷ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. D. MAZEAUD. *Le nouvel ordre contractuel*. En: *Revue Des Contrats*, Paris, L.G.D.J, Octubre 2003, p. 314

por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad.

Esbozada así la cuestión, el deber precontractual de brindar información aparece como un asunto de fácil conceptualización y determinación, empero la dificultad que en el punto se anida se advierte cuando surgen interrogantes tales como: ¿Cuándo existe el deber de informar?; ¿Hasta dónde se extiende este deber?; ¿Cómo debe ser esa información?

Responder estos interrogantes ha ocupado la atención de la doctrina y las respuestas que ésta ha dado se han visto influenciadas por los dos grandes sistemas jurídicos: el del derecho continental y el del *common law*.

En términos generales, aunque con algunos matices, el sistema del derecho continental parte de la base de considerar que el deber precontractual de informar se cimenta en la buena fe contractual, en el entendido que esta buena fe comprende no sólo la etapa de la existencia del contrato sino también la anterior y la posterior a ella.

En consecuencia, como ese deber tiene su origen en el principio de la buena fe, se concluye que se trata de un deber general, aunque por supuesto con limitaciones, y por ende se debe informar no solamente cuando la ley lo ordena.

Por su parte, el otro sistema parte de la consideración contraria, es decir, que no existe un deber general precontractual de informar y por ende este deber sólo se tiene cuando él resulta de la ley o de los precedentes judiciales,¹¹ o, lo que es lo mismo, se admite el deber de información en casos concretos.

El fundamento de esta consideración está en que si se permite que cada persona se pueda aprovechar de la información que posea, es decir que no la brinde, se determinará a invertir en ello y se estimulará así la libre competencia lo que finalmente rendirá la consecuente ganancia social y económica, por lo tanto es más conveniente que cada contratante se proteja a sí mismo.¹²

Como ya se vio en el numeral que precede, el ordenamiento colombiano consagra un deber general de obrar de buena fe en todas las etapas contractuales y por consiguiente, con fundamento en ese principio, se puede deducir un deber general precontractual de información.

2.1 Pero por supuesto que ese deber no es absoluto y entonces recurre este interrogante: ¿Cuándo se debe informar?

No se remite a duda, por lo obvio y en esto coinciden los dos sistemas, que el primer caso en que se debe informar es cuando la ley lo ordena, pero más allá de esta hipótesis se enfrentan las posiciones y las razones.

Sin embargo hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato.

¹¹ Cfr. I. DE LA MAZA GAZMURI. op. cit., p. 179 y 183.

¹² Ibidem, p. 205-206.

En efecto, tales casos son: **a)** Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; **b)** Cuando una parte le pide una determinada información a la otra; **c)** Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y **d)** Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes.¹³

Y los fundamentos del deber de informar en estos casos se encuentran en primer término en el “*deber de cooperación*” o de solidaridad contractual (que a su vez se deriva de la buena fe contractual) que, como atrás se dijo, se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante, deber este que alcanza su pináculo en la contratación estatal porque allí está de por medio el interés general; y, en segundo término, en la protección que debe dársele a la confianza que una parte ha generado en la otra, pues no se olvide que hoy por hoy la fuerza obligatoria del contrato se explica, no tanto por el querer o decisión de cada parte de obligarse, sino porque la otra ha confiado y confía en lo que se le ha declarado y en que la conducta de su co-contratante se ajustará plenamente a lo pactado y a lo previsto en el ordenamiento, sin perder de vista que si entre ellas hay una especial relación de confianza se impone con mayor vigor una conducta desprovista de silencios o reticencias.

2.2 Pero lo anterior no significa que el deber de información en estos casos tenga una extensión tal que no conozca límite alguno.

Por el contrario, se reconoce que el deber de información encuentra sus limitantes en la misma ley y en la carga de la autorresponsabilidad negocial.

Según la primera limitante el deber de informar no comprende todo aquello que la ley prohíba revelar.

De acuerdo con la segunda, cada parte debe desarrollar una conducta activa y diligente en relación con el *iter* contractual, en especial en la etapa previa, y por consiguiente ha de procurar informarse para luego informar y como quiera que ha de conocer suficientemente sus derechos y sus obligaciones, así como las cosas sobre las que estos recaen, se sigue que no se debe informar todo aquello que la otra parte ha podido saber por sí misma con normal diligencia, como tampoco lo atinente a la naturaleza, medida o extensión de sus derechos, sus obligaciones o sus cosas puesto que, se repite, cada uno debe conocer lo suyo, a menos que el conocimiento de lo propio requiera de especiales conocimientos que el titular no tenga y que no deba tener en razón de su profesión u oficio.

2.3 Finalmente, debe decirse cómo ha de ser esa información que se debe brindar cuando existe el deber de informar y con miras en esta precisión se dice que ella debe ser veraz, auténtica y completa.

La información es veraz cuando corresponde con la realidad, es auténtica cuando coincide con la fuente de la que se ha tomado y es completa cuando contiene todos los datos inherentes al asunto informado.

¹³ Para concretar este aspecto hemos hecho una simbiosis entre los eventos más representativos que contempla la doctrina francesa, la italiana, la alemana y la española.

Por consiguiente, cuando se debe informar, bien sea porque la ley lo ordena o porque se trata de alguno de los casos atrás enunciados con sus limitantes, esa información debe corresponder con la realidad, debe coincidir con la fuente de la que se ha tomado y debe contener todos los datos inherentes al asunto informado, así y sólo así se puede decir que se ha cumplido con el deber de brindar información.

3. Pero además para que se configure el incumplimiento del deber precontractual de informar es necesario que concurren estos tres requisitos: **a)** El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando que ésta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; **b)** La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de informar; y **c)** La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce.

En síntesis, el incumplimiento del deber de información supone la concurrencia de los tres requisitos que se acaban de mencionar y también se configurará cuando, a pesar de haberse informado, la información no es veraz o auténtica o completa.

4. La Ley 256 de 1995 desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en lo atinente a la enajenación de la propiedad accionaria estatal y dentro de los principios generales que de acuerdo con esta ley deben guiar la enajenación de activos de esa naturaleza está el de “democratización”, en virtud del cual se debe promover la masiva participación en la propiedad accionaria y para este efecto deben utilizarse en los procesos de enajenación mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia.¹⁴

Pues bien, cuando se trata de enajenar participaciones accionarias, una de las maneras en que se garantiza la libre concurrencia es mediante la entrega a los inversionistas de la correspondiente y necesaria información financiera y contable pues sólo con esta ellos podrán ponderar y decidir si hacen la inversión y en qué condiciones.

Y esto en nada desdice ni contradice la reserva que ampara a los libros y papeles del comerciante¹⁵ toda vez que lo que se está resaltando es que si la ley ordena garantizar la libre concurrencia en la enajenación de las acciones que posea La Nación, es evidente que en este caso se debe informar a los pretensos adquirentes la situación financiera y contable de la respectiva sociedad, pues de

¹⁴ Sobre la democratización y la libre concurrencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha precisado: “En este sentido, la posibilidad recíproca de los agentes del mercado de elegir entre varias opciones, sustenta, desde la perspectiva de las normas constitucionales y legales invocadas, la regla general de la necesaria concurrencia de dichos agentes al mercado bajo consideraciones de pluralidad y de igualdad. La libre competencia económica no solo implica garantizar al individuo el libre ejercicio de una actividad económica cualquiera dentro de los límites legales; también supone su consideración plural en cuanto todos son potenciales agentes del mercado. De tal manera, se pretende armonizar el interés privado y particular del competidor, con el interés de la sociedad y del Estado que propende por la existencia de un mercado o sistema económico competitivo, equitativo y participativo”. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38924.

¹⁵ Artículo 61 del Código de Comercio: “Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello...”

otra manera la libre competencia sería letra muerta ya que nadie se decidiría a invertir desconociendo la situación económica de una empresa.

Luego, se puede concluir que en estos casos, es decir en los de enajenación de participación accionaria estatal, existe un deber legal de brindar la correspondiente y necesaria información financiera y contable puesto que sólo así se hará efectiva la garantía de la libre competencia.

5. Uno de los deberes del comerciante es *“llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales”*¹⁶ y para este efecto deben tenerse en cuenta los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia que se encuentran, fundamentalmente, en el Decreto 2649 de 1993.

De acuerdo con este Decreto las normas básicas contables *“son el conjunto de postulados, conceptos y limitaciones, que fundamentan y circunscriben la información contable...”* para que esta sea comprensible, útil, pertinente, confiable y comparable.¹⁷

Dentro de tales normas básicas están, entre otras, las de la prevalencia de la esencia, la de realización y la de la revelación plena.

Según la norma de la prevalencia de la esencia, los hechos económicos *“deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica.”*¹⁸

Según la norma de la realización *“sólo pueden reconocerse hechos económicos realizados”* y estos son aquellos respecto de los cuales se *“pueda comprobar que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y en otro caso razonablemente cuantificables.”*¹⁹

Según la norma de la revelación plena el ente económico debe revelar en forma completa *“todo aquello que sea necesario para comprender y evaluar correctamente su situación financiera”* y esto se satisface mediante los estados financieros, las notas a éstos, los informes de los administradores y los dictámenes de quienes examinen la información estando habilitados legalmente para ello.²⁰

5.1 Los estados financieros *“son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico”*²¹ y son elementos de estos *“los activos, los pasivos, el patrimonio, los ingresos, los costos, los gastos, la corrección monetaria y las cuentas de orden.”*²²

*“Un pasivo es la representación financiera de una obligación presente del ente económico, derivada de eventos pasados, en virtud de la cual se reconoce que en el futuro se deberán transferir recursos o proveer servicios a otros entes.”*²³

¹⁶ Artículo 19-3 del Código de Comercio.

¹⁷ Artículo 5° en concordancia con el artículo 4°.

¹⁸ Artículo 11.

¹⁹ Artículo 12.

²⁰ Artículo 15.

²¹ Artículo 19.

²² Artículo 34.

²³ Artículo 36.

De otro lado, son normas técnicas contables que los *“hechos económicos deben ser reconocidos en el periodo en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente”*²⁴ y que *“se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados...”*²⁵, teniendo en cuenta que es norma técnica específica del pasivo que *“las cuentas y documentos por pagar representan las obligaciones a cargo del ente económico originadas en bienes o servicios recibidos...”*²⁶

Pues bien, de este conjunto normativo se desprende, en síntesis, que desde el punto de vista contable son trascendentes los hechos económicos reales y realizados, es decir los que son ciertos y ya han acontecido, y que además tienen la virtualidad de generar un impacto en la situación financiera del ente económico porque afectan los activos o los pasivos.

Pero aún más, las contingencias o, lo que es lo mismo, aquellas circunstancias *“que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico”*²⁷, también deben ser contabilizadas y esto en últimas señala que si estas deben ser reflejadas contablemente, con mayor razón lo deben ser los hechos económicos que son ciertos y ya han acontecido aunque no se conozca de manera precisa su monto o cuantía, pues lo que debe hacerse en este caso es proceder a una estimación razonable.

En efecto, no otra puede ser la conclusión si se tiene en cuenta que la ley expresa que los hechos económicos realizados son aquellos respecto de los cuales se *“pueda comprobar que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y en otro caso razonablemente **cuantificables.**”*²⁸ (Resalta y subraya la Sala).

Luego, en conclusión, si un hecho económico es cierto y ya se ha realizado pero aún está por establecerse su monto o cuantía, el camino a seguir no es ignorarlo o no revelarlo contablemente sino, por el contrario, incorporarlo en los estados financieros mediante una estimación razonable.

6. En resumen, si una entidad estatal pretende enajenar la participación accionaria que posee, a partir de un desarrollo coherente del principio general de planeación del negocio, tiene el deber de informar la situación financiera del ente en el que tiene la participación para efectos de garantizar la libre competencia, información ésta que se brinda mediante los estados financieros y como quiera que dentro de los elementos de estos están los pasivos y que en ellos se deben incluir los hechos económicos ciertos y realizados, y aún los contingentes, es conclusión obligada que si, por ejemplo, se omite enlistar un pasivo, se estará incumpliendo con el deber precontractual de informar.

Y el hecho de no tener certeza actual sobre su monto o cuantía, se repite, no es motivo para no incluirlo ni releva del deber de informarlo, pues en este caso debe enterarse de él mediante una estimación razonable.

Con otras palabras, si en los casos como el que se viene comentando se omite enlistar un pasivo so pretexto de que aún no está cuantificado, se incurre en la

²⁴ Artículo 48.

²⁵ Artículo 52.

²⁶ Artículo 75.

²⁷ Artículo 52 inc. 2°.

²⁸ Artículo 12.

violación al deber precontractual de informar porque al no darlo a conocer, la información no es completa ya que ella no contiene todos los datos inherentes al asunto informado.

La prestación de los servicios públicos, la inversión y la protección de esta, todo ello considerado en el sector energético

7. Atrás se mencionó que de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 365 de la Constitución Política los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de Estado, razón por la cual se debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, mandato superior este que encuentra desarrollo, entre otras normatividades, en la Ley 142 de 1994.

Según ésta ley, el Estado interviene en los servicios públicos para garantizar, entre otras cosas, el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante,²⁹ utilizando como instrumentos para ello, entre otros, el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.³⁰

Dando por descontado que la prestación de los servicios públicos es esencial en todos los sectores, pero considerando ahora sólo el energético, es del caso mencionar que a nivel mundial hoy en día existe una gran preocupación por lograr que a la energía puedan acceder el mayor número de personas pues ésta es esencial para el desarrollo económico y social.

En efecto, se dice que la energía es un soporte creador de un “ciclo de crecimiento virtuoso” porque “tiene un efecto multiplicador en las mejoras en acceso a la salud, la educación, el transporte, las comunicaciones, el acceso al agua y los servicios de saneamiento, así como en el nivel de inversiones y en la mejora de productividad e ingresos generados en las actividades agrícola, industrial y servicios terciarios.”³¹

Aún más, se supone que para alcanzar uno de los “Objetivos De Desarrollo Del Milenio” (MDG: Millennium Development Goals), como lo es la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, debe procurarse el acceso a la energía puesto que esta es un medio que genera otros servicios que permiten reducir la pobreza y por ende se puede decir que la energía contribuye eficazmente a erradicarla.³²

Puestas así las cosas, es decir resaltando la importancia económica y social de la energía, emerge la necesidad de utilizar de manera efectiva los instrumentos que permiten la prestación, el acceso y el mejoramiento de este servicio público y como quiera que dentro de tales instrumentos está el estímulo a la inversión de los particulares, es conclusión obligada que tal inversión requiere una especial, estricta y oportuna protección.

Ahora, si los criterios básicos que deben guiar la inversión, mirado el asunto no sólo desde la óptica de quien la hace sino también desde el punto de vista de quien la recibe, son la utilidad, la eficiencia, el soporte financiero, los incentivos, la

²⁹ Artículo 2°.

³⁰ Artículo 3°.

³¹ A. RUIZ-CARO. *Las negociaciones internacionales en el sector energético y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile. Naciones Unidas- CEPAL, 2007, p. 10-11.

³² En este sentido Cfr. A. RUIZ-CARO, op. cit., p. 10, citando a ESMAP (UNDP/World Bank Energy Sector Management Assistance Programme). 2002a. ESMAP Business Plan, 2002-2004. World Bank: Washington, DC, USA.

protección, el trato justo y equitativo, el respeto por las expectativas legítimas, así como la prolongación en el tiempo de la vigencia de estos criterios, es evidente que el inversor debe ser informado plenamente, y sobre todo en la etapa previa a la inversión, porque de no hacerlo, por decir lo menos, se desestimularía al inversionista presente y futuro, quien entonces tendría como precedente un escenario ausente de transparencia y pleno de reticencias, y, lo que es peor, se comprometería la prestación del servicio.

En este sentido la Sala considera que un debido proceso de planeación del negocio es garantía de una adecuada y seria inversión en los proyectos públicos.

Luego el deber de informar en estos casos no sólo emerge de los principios jurídicos, específicamente los de la contratación pública y entre estos el de planeación, sino también de los principios económicos y en consecuencia es ineludible su observancia.

El caso concreto

8. Como podrá recordarse la parte demandante ha solicitado que se declare responsable a la parte demandada porque en la etapa precontractual omitió informar la situación económica y financiera de la Central Hidroeléctrica de Betania –CHB- y en especial la existencia de un pasivo frente a ISAGEN por concepto del uso de la energía y del costo del funcionamiento de las plantas termoeléctricas de Ocoa y Gualanday.

Como consecuencia de la anterior declaración pide que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la suma de \$235.330.919, debidamente actualizada y con intereses moratorios, por concepto de ese pasivo no informado y que ulteriormente hubo de cancelar.

El fundamento de esas pretensiones se encuentra en que al haberse determinado La Nación, con fundamento en la Ley 226 de 1995, a vender el paquete accionario que tenía en la Central Hidroeléctrica de Betania, si bien en el correspondiente Reglamento de Venta y Adjudicación se previó que toda la información relativa a esta operación, entre ellas la contable y financiera, debía ponerse a disposición de los interesados y efectivamente se incorporaron en el “Data Room” los estados financieros de los años 1993 a 1996, con corte a 30 de septiembre los de este último, lo cierto es que en la documentación no aparece reflejado un pasivo por \$212.915.494 y a favor de ISAGEN S. A. E. S. P.

Una vez las demandantes adquirieron el paquete accionario se hizo evidente el citado pasivo, el que tuvo que ser cancelado con los respectivos intereses que ascendieron a \$22.415.425.

Como ese pasivo corresponde a operaciones anteriores a la adquisición del paquete accionario y él no apareció reflejado en los documentos que se pusieron a disposición de los interesados, la parte demandante afirma que se configura una responsabilidad precontractual por esa omisión.

9. Pues bien, de los documentos obrantes en el expediente se desprende que desde finales del año de 1993 se venían considerando las alternativas para distribuir entre las empresas interconectadas, dentro de las cuales estaba la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., los costos por la puesta en

marcha y operación de las Plantas de Ocoa y Gualanday, construidas por Ecopetrol dentro del Plan de Emergencia del sector eléctrico.³³

También resulta de esos documentos que lo que se consideraba fundamentalmente era el porcentaje de participación, así como la cuantía, en el costo de esas plantas por parte de cada una de las empresas, lo que en otras palabras significa que desde ese entonces había un hecho económico cierto y realizado consistente en que la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P. debía asumir una parte de esos costos aunque no se había precisado todavía el monto.

Siendo este un hecho cierto y realizado, y aún si fuera contingente, existía la obligación de reflejarlo contablemente como un pasivo y el hecho de no haberse determinado todavía su monto, obligaba entonces a estimarlo razonablemente.

Así que la verdad que refulge en este caso es que dentro de los estados financieros de la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P. debía figurar, razonablemente estimado, el pasivo a cargo de esta, por concepto de la puesta en marcha y operación de las Plantas de Ocoa y Gualanday.

En efecto, como La Nación se decidió a enajenar la totalidad de las acciones que poseía en esa sociedad y como de acuerdo con la Ley 256 de 1995 se debía garantizar en este proceso la libre concurrencia, se le impuso al enajenante el deber de informar la situación económica y financiera de ese ente en el que tenía la participación, pues sólo conociéndose tal situación es que cualquier inversionista puede determinarse a participar en ese proceso, es decir que mediante esa información es que se hace efectiva la libre concurrencia.

Y como los estados financieros *“son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico”*³⁴, es evidentísimo que ellos debían contener el pasivo referente la puesta en marcha y operación de las Plantas de Ocoa y Gualanday.

Y si en gracia de discusión se admitiera que en este caso el deber de información no deviene de lo dispuesto en la Ley 256 de 1995, que a todas luces sí deriva de allí, bastaría tener en cuenta, para que nuevamente asome el deber de informar la existencia del tantas veces mencionado pasivo, que en el proceso de enajenación de las acciones, al expresar los posibles inversionistas que *“es necesario contar con los estados financieros de Central Hidroeléctrica de Betania... al 30 de septiembre de 1996...”* se respondió que *“... en el caso de CHB, como se menciona en el Adendo No. 1 y en el primer listado de preguntas y respuestas, se entregarán Estados Financieros Auditados al corte de septiembre 30 de 1996...”*³⁵, luego aún en esta supuesta hipótesis tendría que informar porque, de un lado, se le solicitó que informara y, de otro lado, dijo que informaría, y estos son precisamente dos de los casos en que jurídicamente existe el deber de informar.

También es un hecho cierto que el pasivo por la puesta en marcha y operación de las Plantas de Ocoa y Gualanday no fue informado ni fue incluido en los estados financieros, puesto que así se afirma en la demanda³⁶ y se reconoce en la respectiva contestación de la demanda.³⁷

³³ Folios 130 a 289 del c. No. 2.

³⁴ Artículo 19.

³⁵ Respuesta a la pregunta 124, ver folio 126 del c. No. 1.

³⁶ Hecho décimo sexto, folio 24 del c. No. 1.

³⁷ Folio 51 c. No. 1.

En consecuencia, existiendo el deber de informar sobre la existencia de ese pasivo y habiéndose omitido brindar la información respectiva, es claro que se incumplió con ese deber precontractual y por ende surge el deber de reparar el daño que se hubiere ocasionado con la reticencia.

La equidad para cuantificar el perjuicio

10. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en torno a la equidad como principio auxiliar de la actividad judicial ha expresado que *“en el día a día del quehacer jurídico se habla de la equidad para flexibilizar el formalismo aséptico de la norma abstracta, de conformidad con las diferentes funciones que se le reconocen, como: (i) informadora del espíritu del legislador, en cuanto que le da sustancia a la ley; (ii) integradora frente a los vacíos o lagunas que quedan de las generalizaciones de la ley y que no encuentran concreción en los asuntos específicos; (iii) correctiva de la ley en cuanto que constituye un fundamento para rectificar su iniquidad, cuando quiera que ella se dé; (iv) interpretativa, pues fija el sentido justo de los objetos jurídicos que se someten al entendimiento de los diferentes actores que participan en el campo de lo jurídico. En consecuencia es equitativa la decisión que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en las que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, con el propósito de lograr la atemperación de los intereses de las partes.”*³⁸

Recuerda además que *“el principio de valoración en equidad no se aplica respecto de la existencia del daño mismo, pues él debe estar demostrado en el proceso, sino que procede únicamente para la determinación del quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor.”*³⁹

10.1 En este caso aparece de manera objetiva que se ha causado un daño a los inversionistas que tiene como origen la omisión de informarles sobre la existencia de un pasivo, pues es evidente que la valoración económica del paquete accionario hubiese sido inferior si se hubiera tenido noticia de él.

Empero, ha de tenerse en cuenta que la cuantía del perjuicio no resulta establecida de una manera tan clara toda vez que el pasivo omitido, junto con sus intereses que ascendieron a \$22.415.425, fue cancelado posteriormente por la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., quien, como persona jurídica, es una persona diferente a cada uno de los socios individualmente considerados y en consecuencia parecería, *prima facie*, que no podría afirmarse que la cuantía del perjuicio sea igual al valor del pasivo porque no fueron los inversionistas quienes lo pagaron.

Sin embargo, partiendo de los hechos objetivos consistentes en que se vendió un paquete accionario de la CHB, que los inversionistas solicitaron la información financiera, que La Nación dijo suministrarla, que se omitió incluir en los estados financieros un pasivo a favor de ISAGEN por valor de \$212.915.494, la Sala cuantificará equitativamente el valor del perjuicio en esta misma suma pues considera ajustado a la realidad y a la lógica que normalmente los pasivos inciden en la valoración económica de las acciones.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024.

³⁹ Ibidem.

Por consiguiente, se concluye que si los inversionistas hubieran tenido noticia de ese pasivo oculto lo habrían tenido en cuenta para hacer su propuesta económica mermándola en esa misma proporción.

Con otras palabras, la Sala considerando que el paquete accionario hubiese sido valorado en un tanto menos igual al valor del pasivo oculto, cuantificará equitativamente el perjuicio en una suma equivalente a él, es decir en \$212.915.494.

Ahora, no puede dársele la misma connotación a la suma de \$22.415.425 que aquí también se reclama y que corresponde a intereses causados sobre aquel capital, ya que estos todavía no existían por la época en que se presentaron los estados financieros para efectos de la enajenación del paquete accionario tantas veces mencionado.

En efecto, en el acuerdo de pago que la CHB celebró con ISAGEN el 29 de diciembre de 1997 se lee que los citados intereses se liquidan a *“una tasa del 21.29 efectivo anual, entre el día 01/07/97 y la fecha en que se suscribe la presente acta de acuerdo.”*⁴⁰

En conclusión, aquí no se establece ni se cuantifica la reparación en razón de que se ha hecho un pago por parte de la CHB de un capital e intereses adeudado, sino porque se ocultó un pasivo en el proceso de venta de las acciones y este ocultamiento determinó que el valor del paquete accionario tuviera un valor artificialmente diferente puesto que su valoración dependía también de la medida del pasivo que se ocultó.

Por todo esto es que el monto de la indemnización se cuantificará equitativamente en una suma igual al del valor del pasivo que no se informó.

Corolario de lo anterior es que la parte aquí demandada incumplió con el deber de informar y este hecho le causó un daño a la parte demandante, razón por la cual, con fundamento en la equidad, debía ser condenada a pagar, a título de perjuicios, la suma de \$212.915.494., debidamente actualizada.

Como así no lo vio y lo decidió el *a quo*, la sentencia apelada será revocada para en su lugar condenar a la demandada al pago del valor del perjuicio así cuantificado.

Para actualizar la suma de dinero que aquí se ordenará pagar se aplicará la consabida fórmula

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por razones de congruencia se toma como índice inicial 45.52 que corresponde a enero de 1998, tal como se pidió en la demanda.

⁴⁰ Folio 200 del c. No. 1.

Como índice final se toma 111.87 que corresponde a octubre de 2012 y que es el último que se conoce.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **CONDENAR** a la parte demandada a pagar la suma de **DOSCIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$212.915.494)**, la que ya actualizada asciende hoy a **QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$523.261.343)**, a título de indemnización de perjuicios.

SEGUNDO: Se admite la renuncia de los abogados Luis Alfredo Barragán Arango y Diana Patricia Ramírez Castro como apoderados de la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E. S. P., hoy EMGESA S. A. E. S. P., y consecuentemente reconózcase como apoderado de dicha sociedad, al tenor del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, al abogado Gustavo Adolfo Sánchez Monroy.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente