

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / CONTRATO DE SUMINISTRO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / PODER EJECUTIVO / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de octubre de 2018, corregida mediante providencia del 14 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, dada la vocación de doble instancia del proceso, el cual versa sobre contratos de suministro de energía celebrados por las Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.-, entidad estatal que pertenece a la rama ejecutiva del poder público constituida como una Empresa de Servicios Públicos Mixta vinculada al Ministerio de Minas y Energía, teniendo en cuenta que el valor total de las pretensiones para el año 2011 supera los 500 salarios mínimos legales mensuales. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 129, 132 numeral 5 y 181 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132 NUMERAL 5 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 181

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el contrato de suministro ver sentencia de la Corte Constitucional, C 736 de 2007.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / TERMINACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

La acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. En el presente caso, la acción contractual ejercida por las partes es adecuada, por cuanto a través de las demandas cuyo examen nos ocupa se persigue: (i) que se declare la existencia e incumplimiento de los contratos No. ARM-05 y No. ARM-012; (ii) que se condene a la indemnización de perjuicios y al pago de intereses moratorios; (iii) que se hagan efectivas las cláusulas penales pactadas; y (iv) que se declare la terminación de los contratos y se ordene su liquidación.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INTERÉS DIRECTO EN EL PROCESO / INTERÉS JURÍDICO / PARTES DEL PROCESO / CONTRATISTA / CONTRATANTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la legitimación en la causa por activa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que Asociados de Recursos Mercantiles S.A. E.S.P. -AREMARI S.A. E.S.P.- y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.-, poseen el interés jurídico que se debate en el sub examine y están legitimadas en la causa

por activa y por pasiva, toda vez que son los extremos de las relaciones contractuales que suscitaron la controversia objeto de examen en sede judicial.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 87

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA

El numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, vigente para el 24 de marzo de 2010, fecha en la que debieron liquidarse los contratos (...) y que, por tal motivo, resulta aplicable al caso concreto, establece que la acción contractual caducará al vencimiento del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) La caducidad de la acción en el sub examine se contabilizará atendiendo lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dado que en los contratos de suministro de energía (...) que se rigen por el derecho privado, las partes acordaron su liquidación bilateral dentro de los tres meses siguientes a su terminación, (...), sin que haya lugar a tener en cuenta el término para liquidar unilateralmente los contratos, puesto que las partes no lo pactaron y, en todo caso, tratándose de negocios jurídicos que se rigen por el derecho privado (...), aquellas no pueden atribuirse la potestad para liquidar unilateralmente el contrato.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 LITERAL D / LEY 446 DE 1998

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales, ver auto del 24 de abril de 2017, Exp. 50602 y sentencia del 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 1 de junio de 2020, Exp. 47101, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / REANUDACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONCILIACIÓN FALLIDA / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA

Al efecto, se observa que los contratos de suministro de energía (...) finalizaron (...). Por tal motivo, la caducidad de la acción se debe contabilizar a partir del día

siguiente al vencimiento de los tres meses que acordaron las partes para su liquidación bilateral (...). De acuerdo con lo anterior, comoquiera que la demanda que aquí nos ocupa versa sobre dos expedientes acumulados, la Sala abordará el examen de caducidad de la acción de forma separada. (...) [El demandante] (...) radicó la solicitud de conciliación extrajudicial obligatoria que suspende el término de caducidad de la acción (...), (...) trámite que fue declarado fallido (...), y que la demanda se interpuso (...). Por tal motivo, se concluye que el líbello introductorio se presentó en tiempo, es decir, dentro del término preclusivo previsto en el literal d) del numeral 10 de artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que para el caso concreto se prolongó (...).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 LITERAL D

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TRÁMITE DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / REQUISITOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / FINALIDAD DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL / EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

[E]sta Corporación ha considerado que, para efectos de entender agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, es menester que el objeto de la solicitud de conciliación y el de la demanda sean congruentes, sin que resulte necesario que sus textos coincidan de forma íntegra, es decir, no se requiere que las pretensiones de la una y de la otra guarden estricta armonía.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la conciliación como requisitos de procedibilidad ver auto del 29 de mayo de 2019, Exp. 60487, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TRÁMITE DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / TRÁMITE DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN / AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN / AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL / AUDIENCIA DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL / AUDIENCIA FALLIDA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / REQUISITOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / FINALIDAD DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN JUDICIAL CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA / EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Bajo este entendido, una vez examinadas la solicitud de conciliación y la demanda presentadas en su oportunidad (...), la Sala observa que, si bien los escritos en estricto sentido no guardan identidad, pues en esta última se introdujeron pretensiones subsidiarias en torno al componente resarcitorio, relacionadas con el reconocimiento de intereses sobre el valor de las cláusulas penales y su indexación, su objeto sí es coincidente. De hecho, tanto en la solicitud de conciliación como en la demanda se pretende que se declare el incumplimiento de las obligaciones (...) establecidas en los contratos (...), en punto de la elaboración de las notas de crédito

y del suministro de energía, así como el pago de las cláusulas penales. (...) [E]l objeto de la controversia planteada en la solicitud de conciliación es congruente con la demanda presentada, lo cual resulta ser necesario y suficiente para entender agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial. Por otro lado, en punto a la constancia del agotamiento de la conciliación extrajudicial, la Sala observa que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, el requisito de procedibilidad se entiende cumplido cuando se efectúa la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término de tres meses previsto en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa.

FUENTE FORMAL: LEY 1359 DE 2010 - ARTÍCULO 52 / LEY 640 DE 2001 - ARTÍCULO 20

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO

Antes de abordar el fondo del asunto, conviene precisar el marco legal aplicable a los contratos de suministro de energía eléctrica (...). Al efecto, de acuerdo con la naturaleza de las Centrales Eléctricas del Cauca -CEDELCA S.A. E.S.P., el régimen de sus contratos es el previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (...). Bajo el anterior contexto normativo, los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, de los que trata la Ley 142 de 1994, por regla general no están sujetos a las disposiciones previstas en el estatuto de contratación de la administración pública, salvo que la misma ley disponga algo contrario, así como también en aquellos casos en los cuales los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación. De otro lado, el parágrafo del artículo 8º de la Ley 143 de 1994, dispone que el régimen de los contratos celebrados por las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será de derecho privado.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / LEY 143 DE 1994 - ARTÍCULO 8

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de los contratos de servicios públicos, ver sentencia del 13 de noviembre de 2003, Exp. 23364 A, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 24 de octubre de 2016, Exp. 45607, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / APELANTE ÚNICO / FACULTADES DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / DECISIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

En este sentido, y comoquiera que sólo AREMARI S.A. E.S.P. presentó recurso de apelación contra la sentencia (...), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357

del C.P.C., se resolverá el asunto sub lite en aquello que la recurrente reprocha como desfavorable en el recurso. Por tanto, de cara a los argumentos en el recurso de alzada, la Sala analizará si CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos (...) en lo relativo al pago por concepto del suministro de energía (...), si dicho incumplimiento configuró una causal de terminación anticipada de los contratos de suministro y dio lugar al inicio del proceso de limitación al suministro de energía en contra de AREMARI S.A. E.S.P. y si, en consecuencia, no hay lugar a declarar el incumplimiento de los contratos (...) y resulta procedente el reconocimiento de las cláusulas penales acordadas por las partes y el pago de las facturas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357

COPIA SIMPLE / VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS SIMPLES / COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / DOCUMENTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DERECHO PROCESAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / BUENA FE / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

La Sala analizará los documentos aportados en copia simple, comoquiera que no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes dentro de la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo manifestado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las copias simples ver sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

DEUDOR / DEBER DEL DEUDOR / MORA DEL DEUDOR / REQUERIMIENTO DEL DEUDOR / RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR / PAGO DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

Frente a la oportunidad de cumplimiento, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición.

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / CUENTA DE COBRO / CUENTA DE COBRO POR CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUENTA DE COBRO / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRUEBA DEL PAGO / MORA EN EL PAGO / INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO OPORTUNO / EXIGIBILIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS MORATORIO / PROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

[L]a Sala encuentra acreditado que CEDELCA S.A. E.S.P. canceló las cuentas de cobro (...), correspondientes al prepago del suministro de energía (...). Lo anterior, no solamente porque las transacciones, consignaciones y abonos antes relacionados así lo demuestran, sino también porque AREMARI S.A. E.S.P. así lo reconoció al expedir las facturas de venta. (...) [E]sta colegiatura no pasa por alto que el prepago del suministro de energía (...) fue efectuado por CEDELCA S.A. E.S.P. por fuera del plazo previsto en los contratos. (...) [R]esulta claro que CEDELCA S.A. E.S.P. cumplió tardíamente las obligaciones a su cargo en lo que

respecta al prepago por concepto del suministro de energía de los contratos (...). Sin embargo, contrario a lo afirmado por la recurrente, la Sala considera que el retardo en el pago, en los términos acordados por las partes, da lugar a la causación de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada de los contratos que pudiera ser invocada por AREMARI S.A. E.S.P para suspender el suministro de energía (...), así como tampoco da lugar al reconocimiento de las cláusulas penales pactadas, pues aquella hace referencia a la falta absoluta del prepago correspondiente al suministro de energía o a la falta de cancelación oportuna de un documento de cobro de ajuste, diferenciando entonces distintas situaciones de impago de la obligación.

INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / AUSENCIA DE PAGO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PAGO ANTICIPADO DEL CONTRATO / CAUSACIÓN DEL PAGO ANTICIPADO DEL CONTRATO / PAGO OPORTUNO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRUEBA DEL PAGO / MORA EN EL PAGO / INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO OPORTUNO

[B]ajo la lógica contractual la distinción de ambas situaciones resulta plausible, en la medida en que la ausencia de pago debe hacer referencia a la falta absoluta del mismo cuando se trata del prepago correspondiente al suministro de energía, es decir al pago anticipado del mismo en tanto ello permite establecer, justamente porque se pagó, que se cumplirá con el servicio de suministro, en tanto, por otro lado, el pago debe ser oportuno cuando se trata de la cancelación de los ajustes, por cuanto ello hace referencia a energía ya suministrada al adquirente pero que no alcanzó a cubrirse con lo prepago en cuenta de cobro anterior, situaciones que no deben confundirse y que en los contratos ciertamente fueron reguladas en forma distinta.

PAGO TARDÍO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRUEBA DEL PAGO / MORA EN EL PAGO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / OBLIGACIÓN DINERARIA / CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA OBLIGACIÓN / CUENTA DE COBRO / CUENTA DE COBRO POR CONTRATO ESTATAL / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / IMPROCEDENCIA IMPROCEDENCIA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

[E]n el caso concreto se presentó una mora en el prepago de la energía a suministrarse (...), es decir, un incumplimiento tardío de la obligación, mas no un incumplimiento total o definitivo en el pago de las referidas cuentas de cobro, toda vez que el valor del prepago se canceló íntegramente, aunque por fuera del término estipulado, según se expuso atrás. (...) [E]l pago tardío realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. no configuró la causal de terminación de los contratos invocada por AREMARI S.A. E.S.P, de acuerdo con la cual, se itera, solamente la no cancelación de los documentos de cobro del prepago o el pago extemporáneo de documentos de ajuste daba lugar a la terminación de la relación contractual (...). Por esta misma razón, concluye la Sala que, al no configurarse la causal de terminación anticipada aducida por AREMARI S.A. E.S.P., tampoco se reúnen los supuestos contemplados para la aplicación de las cláusulas penales a su favor.

BUENA FE EXENTA DE CULPA / BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LEALTAD / PRINCIPIO DE COHERENCIA / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / DEBERES DE LAS PARTES DEL

CONTRATO

Debe resaltarse que la buena fe contractual, expresamente consagrada en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, es fuente de deberes de conducta que integran el contenido prestacional del negocio jurídico -dentro de los que se destacan, para el caso que aquí nos ocupa, los deberes de lealtad y coherencia- a la vez que protege la confianza que la conducta observada ha suscitado en el cocontratante, impone guardar coherencia y reprocha la modificación injustificada del comportamiento cuando se ha generado la expectativa de una conducta futura.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 871

PAGO TARDÍO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN EL PAGO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / OBLIGACIÓN DINERARIA / CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA OBLIGACIÓN / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / INTERÉS MORATORIO / DETERMINACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / COBRO DEL INTERÉS MORATORIO / RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS MORATORIO / PRUEBA DEL INTERÉS MORATORIO / CAUSACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / EXIGIBILIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / PROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO

En todo caso, es menester recordar que el pago tardío de una obligación dineraria genera como consecuencia la causación de intereses moratorios, a la tasa pactada por las partes o a la que de modo supletivo se encuentra establecida en la ley. En este sentido, de tiempo atrás esta Subsección ha indicado que la ejecución tardía de la obligación frente al pago del precio constituye un incumplimiento relativo o no definitivo, que trae como consecuencia que el deudor resulte obligado al pago de intereses moratorios a favor del acreedor, en razón a los perjuicios ocasionados por no recibir el dinero adeudado en la oportunidad acordada. Bajo el anterior contexto, la Sala concluye que el pago extemporáneo de las cuentas de cobro (...) correspondientes al prepago de la energía a suministrarse (...) da lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada de los contratos, ni da lugar a la aplicación de las cláusulas penales, tal como lo afirmó el a-quo.

FACTURA / OBLIGATORIEDAD DE LA FACTURA / PAGO DE LA FACTURA / EXPEDICIÓN DE FACTURA / VALOR PROBATORIO DE LA FACTURA / REQUISITOS DE LA FACTURA / CONTENIDO DE LA FACTURA / FACTURACIÓN / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRUEBA DEL PAGO / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / OBLIGACIÓN DINERARIA / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA

[D]e conformidad con el Anexo 3 de los contratos (...), en cuanto al procedimiento para la facturación las partes acordaron que, en caso de presentarse diferencias entre el valor prepago y el consumo real de energía, el suministrador elaboraría un documento de cobro por ajuste que tendría como fecha de vencimiento el primer día del mes siguiente al de su elaboración. (...) En este orden de ideas, observa la Sala que las facturas (...) presentadas por AREMARI S.A. E.S.P. (...), no corresponden a documentos o notas de ajuste que hubieren sido elaboradas y aprobadas por las partes con el fin de reflejar diferencias entre el valor prepago y el consumo real (...), máxime si se tiene en cuenta que CEDELCA S.A. E.S.P. prepagó la totalidad de la energía que se suministraría en dicho mes, a pesar de lo cual los contratos estuvieron vigentes (...) y las cantidades de energía efectivamente suministradas (...) fueron sustancialmente menores a las contratadas, lo que al tenor de los contratos habría originado una nota crédito a favor de la empresa.

CONTRATO BILATERAL / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / CONTRATANTE CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO

Según el artículo 1609 del Código Civil, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, salvo en aquellos eventos en que el incumplimiento imputable al contratista sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al cocontratante en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1609

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la excepción de contrato no cumplido ver sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 24217, C.P. Danilo Rojas Betancourth(E).

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / LIMITACIÓN AL SUMINISTRO DE ENERGÍA / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / CONTRATANTE CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PAGO TARDÍO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN EL PAGO / CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA OBLIGACIÓN / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / BUENA FE EXENTA DE CULPA / BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE COHERENCIA / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / DEBERES DE LAS PARTES DEL CONTRATO

[A] no encontrarse probado que el incumplimiento de la empresa hubiese puesto a AREMARI S.A. E.S.P. en una situación que le imposibilitara cumplir con el suministro de energía eléctrica (...), esta última no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, entre otras razones porque al haber desistido de la solicitud de dejar de considerar los contratos de suministro de energía (...), esa manifestación implica tácitamente su aceptación y su conformidad con los pagos tardíos que respecto a las cuentas de cobro en cuestión, correspondientes al mes de diciembre, le había realizado CEDELCA S.A. E.S.P. y, por tanto, ello colocaba a esta última en situación de cumplimiento sin que AREMARI S.A. E.S.P. pudiera entonces, desconociendo su propia solicitud y aceptación del cumplimiento contractual de su cocontratante, volver a solicitar- por los mismos hechos y circunstancias- la terminación de los contratos y para justificar además su propio incumplimiento contractual al dejar de suministrarle energía a CEDELCA S.A. E.S.P. (...) Esta no es la conducta que se espera de una parte contractual que actúa de buena fe e implica el desconocimiento de las propias manifestaciones al interior del vínculo obligacional que ciertamente, de cara al transcurrir contractual, tienen efectos jurídicos sobre el mismo, en violación del principio de buena fe contractual en general y en particular de una de sus manifestaciones como es el que recoge la máxima *nemo auditor propiam turpitudinem allegans*, que exige la rectitud y coherencia en el cumplimiento de la relación obligacional entre ambas partes.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO / CONTRATO DE

SUMINISTRO DE ENERGÍA / PAGO TARDÍO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN EL PAGO / CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA OBLIGACIÓN / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / INTERÉS MORATORIO / DETERMINACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / COBRO DEL INTERÉS MORATORIO / RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS MORATORIO / PRUEBA DEL INTERÉS MORATORIO / CAUSACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / EXIGIBILIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / PROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO

[L]a Sala confirmará la decisión del a quo en el sentido de declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P. en lo concerniente al suministro de la energía eléctrica (...) y la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P. correspondientes al prepago del suministro de energía de dicho mes, condenando a la primera al pago proporcional de las cláusulas penales pactadas y a la segunda a los intereses moratorios sobre las sumas pagadas por fuera del término pactado.

IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR VÍA JUDICIAL

[L]os contratos (...) se rigen de forma preferente por el derecho privado (...) y en ellos las partes no pueden atribuirse la potestad de liquidar unilateralmente el contrato. Así, proferir una orden en los términos solicitados por AREMARI. S.A. E.S.P., esto es, ordenar a CEDELCA S.A. E.S.P. que liquide los contratos, resultaría improcedente, comoquiera que las misma conduciría a que se efectúe por la empresa una liquidación unilateral y las normas de derecho privado no prevén dicha posibilidad. Por tal motivo, de conformidad con el objeto de la litis, teniendo en cuenta la causa petendi que abarca la pretensión de liquidación y partiendo de una interpretación integral de la demanda, la Sala abordará el estudio de las pretensiones que aquí nos ocupan bajo el entendido de que AREMARI. S.A. E.S.P. pretende que el juez del contrato efectúe la liquidación los negocios jurídicos materia de la controversia. De acuerdo con lo anterior y estando demostrado en el proceso que los contratos se encuentran terminados y no han sido liquidados de mutuo acuerdo, la Sala declarará liquidados los contratos.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la liquidación judicial del contrato ver sentencia del 1 de junio de 2020, Exp. 47101, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 19001-23-00-000-2011-00086-01(64940)

Actor: ASOCIADOS DE RECURSOS MERCANTILES S.A. E.S.P. -AREMARI S.A. E.S.P.

Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.-

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas:

Agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial - Régimen de los contratos de suministro de energía eléctrica - Incumplimiento contractual - Mora en el pago - Excepción de contrato no cumplido.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Asociados de Recursos Mercantiles S.A. E.S.P. -AREMARI S.A. E.S.P.- contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare¹ el 4 de octubre de 2018, corregida en providencia del 14 de febrero de 2019, mediante la cual, por una parte, se declaró el incumplimiento contractual de AREMARI S.A. E.S.P y como consecuencia se le condenó al pago proporcional de las cláusulas penales pactadas en los contratos objeto de la controversia y, por otra, se declaró la mora en el cumplimiento de obligaciones a cargo de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.- y se le condenó al pago de intereses moratorios.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Asociados de Recursos Mercantiles S.A. E.S.P., en adelante AREMARI S.A. E.S.P., celebró con las Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., en lo sucesivo CEDELCA S.A. E.S.P. o la empresa, los contratos ARM-005 del 4 marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, cuyo objeto consistió en el suministro de energía eléctrica por parte de la primera a favor de la segunda, bajo la modalidad de *“pague lo contratado o prepago”*.

El 30 de noviembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. solicitó al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, en adelante el ASIC, que dejara de considerar en el mercado mayorista de energía los contratos ARM-005 y ARM-012

¹ De conformidad con lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo PSAA16-10529 del 14 de junio de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal Administrativo del Cauca remitió el proceso acumulado al Tribunal Administrativo de Casanare para dictar sentencia.

a partir del 1º de diciembre de 2009, en razón al incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P. frente al prepago oportuno del suministro de energía correspondiente al mes de diciembre de 2009. Por su parte, el 16 de diciembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. solicitó al ASIC la terminación de los referidos contratos, sustentado su petición en el grave incumplimiento de AREMARI S.A. E.S.P. en lo que respecta al suministro de energía en el mes de diciembre de 2009. En respuesta a las peticiones elevadas por ambas partes, el ASIC determinó que los contratos ARM-005 y ARM-012 permanecerían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009.

AREMARI S.A. E.S.P. en su demanda pretende que se declare que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012 en cuanto al pago oportuno del suministro de energía del mes de diciembre de 2009 y solicita: (i) que se declaren terminados los contratos y se ordene el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento; (ii) que se hagan efectivas las cláusulas penales; (iii) que condene al pago correspondiente al suministro de energía eléctrica de diciembre de 2009, de conformidad con las Facturas Nos. 150 y 151; (iv) que se condene al pago de intereses moratorios; y (v) que se ordene a la demandada realizar la liquidación de los contratos, de conformidad con las anteriores declaraciones y condenas.

En la demanda acumulada², CEDELCA S.A. E.S.P. pretende que se declare el incumplimiento de AREMARI S.A. E.S.P. en lo que corresponde a las obligaciones a su cargo relacionadas con la elaboración de las notas de crédito y el suministro de energía eléctrica del mes de diciembre de 2009. En virtud de lo anterior, solicita: (i) que se hagan efectivas las cláusulas penales; y (ii) que se ordene a la demandada pagar intereses moratorios sobre el valor de las cláusulas penales estipuladas en los contratos ARM-005 y ARM-012.

II. ANTECEDENTES

1. Expediente 19001-23-00-000-2011-00086-01

1.1. Demanda

² Al proceso de la referencia fue acumulado el expediente 19001-23-00-000-2011-00258-00, Demandante: Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.-. Demandado: Asociación de Recursos Mercantiles S.A. E.S.P. -AREMARI S.A. E.S.P.-

1.1.1. El 25 de febrero de 2011³, AREMARI S.A. E.S.P, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra de CEDELCA S.A. E.S.P., que fue corregida⁴, en la que formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la existencia el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005, celebrado entre **CEDELCA S.A. E.S.P.** y **AREMARI S.A. E.S.P.**, suscrito el 4 de marzo de 2008.

SEGUNDA: Que se declare que **CEDELCA S.A. E.S.P.** incumplió su obligación de pagar la totalidad del suministro de energía eléctrica para el mes de diciembre de 2009 dentro del plazo pactado en el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005, de conformidad con la cláusula quinta del contrato y el anexo No. 3 del mismo.

TERCERA: Que se declare terminado el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005 y se ordene el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de **CEDELCA S.A. E.S.P.** en el pago oportuno y dentro del plazo el suministro de energía.

CUARTA: Que se declare y condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** responsable del pago a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** de la pena pactada, como cláusula penal pecuniaria, en la cláusula octava del contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005 celebrado entre las partes.

QUINTA: Que se condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** a pagar a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** la suma de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$199.194.322)** por concepto de suministro de energía eléctrica del mes de diciembre de 2009, del contrato de suministro de energía eléctrica ARM 005, de conformidad con la factura de venta No. 0151.

SEXTA: Que se condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** a pagar a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre las sumas de dinero adeudadas, desde el momento del incumplimiento y la fecha de la sentencia que reconozca las condenas formuladas en la presente demanda con relación al contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005.

SEPTIMA: Que se declare y ordene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** realizar la liquidación del contrato de suministro de energía eléctrica No. ARM-005 de conformidad con las anteriores declaraciones y condenas.

OCTAVA: Que se declare la existencia del contrato de suministro de energía eléctrica ARM-012, celebrado entre **CEDELCA S.A. E.S.P.** y **AREMARI S.A. E.S.P.**, suscrito el 14 de noviembre de 2008.

NOVENA: Que se declare que **CEDELCA S.A. E.S.P.** incumplió su obligación de pagar la totalidad del suministro de energía eléctrica para el mes de diciembre de 2009 dentro del plazo pactado en el contrato de energía eléctrica ARM-012, de conformidad con la cláusula quinta del contrato y el anexo No. 3 del mismo.

³ Fl. 5 a 25, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁴ Fl. 235 y 236 , C. 2. Exp.2011-00086.

DECIMA: Que se declare terminado el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-012 y se ordene el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de **CEDELCA S.A. E.S.P.** en el pago oportuno y dentro del plazo el suministro de energía.

DECIMA PRIMERA: Que se declare y condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** responsable del pago a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** de la pena pactada, como cláusula penal pecuniaria, en la cláusula octava del contrato de suministro de energía eléctrica ARM-012 celebrado entre las partes.

DECIMA SEGUNDA: Que se condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** a pagar a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** la suma de **TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$349.707.542)** por concepto de suministro de energía eléctrica del mes de diciembre de 2009, del contrato de suministro de energía eléctrica ARM 012, de conformidad con la factura de venta No. 0150.

DECIMA TERCERA : Que se condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** a pagar a favor de **AREMARI S.A. E.S.P.** los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre las sumas de dinero adeudadas, desde el momento del incumplimiento y la fecha de la sentencia que reconozca las condenas formuladas en la presente demanda con relación al contrato de suministro de energía eléctrica ARM-012.

DECIMA CUARTA: Que se declare y ordene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** realizar la liquidación del contrato de suministro de energía eléctrica No. ARM-012 de conformidad con las anteriores declaraciones y condenas.

DECIMA QUINTA: Que se condene a **CEDELCA S.A. E.S.P.** las costas u agencias en derecho de la presente acción”.

1.1.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.1.2.1. El 4 de marzo de 2008, AREMARI S.A. E.S.P y CEDELCA S.A. E.S.P. celebraron el contrato de suministro de energía ARM-005, en el que la primera se comprometió a suministrar a la segunda energía y potencia durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010.

1.1.2.2. El 18 de noviembre de 2008, AREMARI S.A. E.S.P y CEDELCA S.A. E.S.P. suscribieron el contrato de suministro de energía ARM-012, en el que la primera se comprometió a suministrar a la segunda energía y potencia durante el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2010.

1.1.2.3. El 30 de octubre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. remitió a CEDELCA S.A. E.S.P. las cuentas de cobro No. 20 por valor de \$2.239.404.485 (contrato ARM-

005) y No. 21 por valor de \$1.682.920.307 (contrato ARM-012), correspondientes al prepago del suministro de energía del mes de diciembre del mismo año.

1.1.2.4. CEDELCA S.A. E.S.P. no realizó de manera oportuna el pago de las obligaciones contenidas en las cuentas de cobro No. 20 y No. 21.

1.1.2.5. En los contratos ARM-005 y ARM-012, las partes acordaron que habría lugar a su terminación anticipada cuando CEDELCA S.A. E.S.P. *“no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente un documento de cobro de ajuste”* y se estipuló, de igual modo, que para proceder en este sentido era menester dar aviso al ASIC para que este, de conformidad con las regulaciones de la CREG, dejara de considerar los contratos en la comercialización del mercado mayorista.

1.1.2.6. De conformidad con lo acordado, en caso de que CEDELCA S.A. E.S.P. no realizara el prepago correspondiente o no cancelara oportunamente un documento de cobro o de ajuste, se harían efectivas las cláusulas penales.

1.1.2.7. El 30 de noviembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. solicitó al ASIC dejar de considerar los contratos ARM-005 y ARM-012 en la comercialización del mercado mayorista de energía a partir del 1º de diciembre de 2009. Lo anterior, como consecuencia del incumplimiento en el pago por parte de CEDELCA S.A. E.S.P.

1.1.2.8. El 16 de diciembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P., por su parte, solicitó al ASIC la terminación de los contratos ARM-005 y ARM-012, al considerar que a partir del 2 de diciembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. disminuyó considerablemente el suministro de energía.

1.1.2.9. El 18 de diciembre de 2009, el ASIC dio respuesta a las peticiones elevadas por AREMARI S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P., indicando que se encontraban dados los requisitos para dejar de considerar los contratos ARM-005 y ARM-012 en la comercialización del mercado mayorista de energía, pues ambas partes así lo habían solicitado. En este sentido, dispuso que los contratos permanecerían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009.

1.1.2.10. Mediante comunicaciones del 23 de diciembre de 2009 y del 5 de marzo de 2010, AREMARI S.A. E.S.P. solicitó a CEDELCA S.A. E.S.P. la liquidación de los contratos y el pago por concepto del suministro de energía eléctrica del mes de

diciembre de 2009 (facturas No. 150 por valor de \$349.707.542 y No. 151 por la suma de \$199.194.322), así como también el pago de la cláusula penal.

1.1.3. Como fundamentos jurídicos de su demanda, AREMARI S.A. E.S.P. afirmó que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012, pues no realizó el pago oportuno de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21 y señaló que, por tal motivo, resultan exigibles las cláusulas penales acordadas en los contratos.

1.2. Contestación de la demanda

Mediante auto del 8 de 2011⁵, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda, ordenando su notificación a CEDELCA S.A. E.S.P. y al Ministerio Público.

1.2.1. CEDELCA S.A. E.S.P.⁶ contestó la demanda, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico.

1.2.2. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otros y dijo estarse a lo probado respecto de algunos otros.

1.2.3. A su turno, planteó como excepciones las que denominó: “A. *INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD*”, “B. *AREMARI S.A. E.S.P. NO DIO POR TERMINADO LOS CONTRATOS ARM-005 Y ARM-012*”, “C. *INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL PERJUICIO ADICIONAL*”, “*INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE AREMARI / PRESUPUESTO ESENCIAL PARA PROMOVER LA ACCIÓN CONTRACTUAL y/o FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA*” y la genérica.

1.2.3.1. En cuanto a la inexistencia del hecho generador de la responsabilidad, indicó que CEDELCA S.A. E.S.P. no incumplió la obligación de pagar el suministro de energía y, contrario a lo afirmado por la demandante, efectuó el pago de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21. En este sentido, respecto al contrato ARM-005, manifestó que la empresa le consignó a AREMARI S.A. E.S.P. la suma de \$2.239.404.485 y, en cuanto al contrato ARM-012, sostuvo que se consignaron y realizaron transacciones a nombre de AREMARI S.A. E.S.P. por valor de \$1.682.920.307.

⁵ Fl. 258 a 263, C. 2. Exp. 2011-00086.

⁶ Fl. 276 a 298, C. 2. Exp. 2011-00086.

1.2.3.2. Frente a la segunda excepción, afirmó que AREMARI S.A. E.S.P. no dio por terminados los contratos a partir del 1º de diciembre de 2009, comoquiera que para tal efecto se requería no solo dar aviso al ASIC, sino también obtener su autorización.

Señaló que a partir del 2 de diciembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. se vio sometido a un proceso de limitación de energía por parte del ASIC, lo que le impedía cumplir con las obligaciones a su cargo y añadió que, por tal motivo, procuró encontrar un pretexto para terminar de forma anticipada los contratos ARM-005 y ARM-012.

1.2.3.3. Con relación a la excepción denominada "*inexistencia de la prueba del perjuicio adicional*", sostuvo que de conformidad con lo pactado en los contratos ARM-005 y ARM-012 "*las cláusulas penales son entendidas como una tasación parcial de los perjuicios, razón por la cual corresponde al demandante demostrar que los valores correspondientes al suministro de energía son perjuicios que superan la tasación prevista en las cláusulas penales*".

1.2.3.4. Finalmente, indicó que AREMARI S.A. E.S.P. no estaba facultada para reclamar el incumplimiento alegado, puesto que incumplió los contratos al no haber suministrado la cantidad de energía contratada para el mes de diciembre de 2009.

1.3. Alegatos de conclusión

El 30 de abril de 2013⁷ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

1.3.1. AREMARI S.A. E.S.P.⁸ indicó que CEDELCA S.A. E.S.P. no canceló sus obligaciones dentro de los plazos previstos en los contratos y afirmó que en el proceso no se encontraba acreditado el pago de las obligaciones a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P. Además, señaló que no se le podía endilgar responsabilidad por el presunto incumplimiento de los contratos en lo concerniente al suministro de energía de diciembre de 2009, comoquiera que su disminución obedeció a decisiones adoptadas por el ASIC.

⁷ FI 370, C. 2. Exp. 2011-00086.

⁸ FI. 373 a 409. C, 2 y 3. 427 a 463 y 464 a 500, C. 3. Exp. 2011-00086.

1.3.2. CEDELCA S.A. E.S.P. insistió en el pago de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21 e indicó que, pese a que el ASIC dispuso que los contratos estarían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. “no suministró en su totalidad la energía”.

1.3.3. El Ministerio Público⁹ rindió concepto en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos toda vez que no canceló en forma oportuna el prepago establecido en los mismos. Preciso que la efectividad de la cláusula penal debía ser proporcional al incumplimiento e indicó que la demandante también incumplió los contratos.

2. Expediente 19001-23-00-000-2011-00258-00

2.1. Demanda

2.1.1. El 24 de mayo de 2011¹⁰, CEDELCA S.A. E.S.P., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra de AREMARI S.A. E.S.P., cuyas pretensiones definitivas fueron las siguientes:

“A. PRINCIPALES

PRIMERA. *Que se declare que AREMARI S.A. E.S.P. incumplió el Contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008, cuyo objeto consiste en que “EL SUMINISTRADOR se obliga a vender a CEDELCA S.A. E.S.P. y ésta adquirir de aquellas, bajo la modalidad de “PAGUE LO CONTRATADO” (...) energía eléctrica (...) ajustado a lo dispuesto en los Términos de Referencia de la Invitación Pública No PUSGC-009 -2.007” suscrito con CEDELCA, en tanto que no elaboró la nota crédito, ni suministró la energía eléctrica establecida en el Anexo 2 del Contrato.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia anterior, teniendo en cuenta la pena prevista en la cláusula octava del mencionado contrato, se ordene a AREMARI S.A. E.S.P. realizar el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria, que asciende a OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$8.952.000.000) M/CTE.*

TERCERA. *Que se ordene a AREMARI S.A. E.S.P. pagar los intereses moratorios respecto de la suma antes indicada, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada.*

⁹ FI. 502 a 510, C. 3. Exp. 2011-00086.

¹⁰ FI 75 a 100, 105 a 129 y 134 a 140. Exp. 2011-00258.

CUARTA. Que se declare que AREMARI S.A. E.S.P. incumplió el Contrato ARM- 012 del 19 de noviembre de 2008, cuyo objeto consiste en que "EL SUMINISTRADOR se obliga a vender a CEDELCA S.A. E.S.P. y ésta adquirir de aquellas, bajo la modalidad de "PAGUE LO CONTRATADO" (...) energía eléctrica (...) ajustado a lo dispuesto en los Términos de Referencia de la Invitación Pública No PUSGC-003 -2.008" suscrito con CEDELCA, en tanto que no elaboró la nota crédito, ni suministró la energía establecida en el Anexo 2 del Contrato.

QUINTA. Que como consecuencia anterior, teniendo en cuenta la pena prevista en la cláusula octava de mencionado contrato, denominada Cláusula Penal Pecuniaria, que asciende a CINCO MIL OCHOCIENTOS TRES MILLONES DE PESOS (\$5.803.000.000) M/CTE.

SEXTA. Que se ordene a AREMARI S.A. E.S.P. pagar los intereses moratorios respecto de la suma antes indicada, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada.

SÉPTIMA. Que se condene en costas a la demandada.

B. SUBSIDIARIAS.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que como consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a AREMARI S.A. realizar el pago de las sumas correspondientes a los créditos a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., los cuales ascienden a la suma de MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL CINCO PESOS (\$1.837'940.005).

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que como consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a AREMARI S.A. realizar el pago de las sumas correspondientes a los créditos a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., los cuales ascienden a la suma de MIL CUATROCIENTOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVENTA Y CINCO PESOS (\$1.405'653.095).

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se ordene pagar a AREMARI S.A. E.S.P. intereses corrientes sobre el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en el Contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se ordene pagar a AREMARI S.A. E.S.P. la indexación del valor de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en el Contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que se ordene pagar a AREMARI S.A. E.S.P. intereses corrientes sobre el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en el Contrato ARM-012 del 19 de noviembre de 2008, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que se ordene pagar a AREMARI S.A. E.S.P. la indexación del valor de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en el Contrato ARM-012 del 19 de noviembre de 2008, a partir del momento de la terminación del contrato o a partir del momento en que el tribunal determine que dicha suma debió ser pagada*".

2.1.2. El fundamento fáctico de sus pretensiones, en resumen, fue el siguiente:

2.1.2.1. CEDELCA S.A. E.S.P. y AREMARI S.A. E.S.P. celebraron los contratos ARM-005 y ARM-012, los cuales fueron registrados en el Sistema de Intercambios Comerciales. El objeto de los contratos consistió en el suministro de energía bajo la modalidad de "*pague lo contratado*", de acuerdo con las necesidades de energía eléctrica indicadas en el Anexo 2 y según el precio y demás condiciones estipuladas en los contratos y los demás anexos.

2.1.2.2. En el Anexo 2 de los contratos se estableció que, para el mes de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. debía suministrar a CEDELCA S.A. E.S.P. 32.917.600 KWH, 18.972 correspondientes al contrato ARM-005 y 13.945 KWH al contrato ARM-012. Sin embargo, AREMARI S.A. E.S.P. proporcionó una cantidad de energía inferior a la acordada entre las partes, pues en el mencionado mes tan solo suministró un total de 4.766 KWH, que correspondieron 3.039 KWH al contrato ARM-005 y 1.726 KWH al contrato ARM-012.

2.1.2.3. En razón a las cuentas de cobro allegadas por AREMARI S.A. E.S.P., la empresa le consignó la suma de \$2.239.404.485 correspondiente al contrato ARM-005 y la suma de \$1.682.920.307 en cuanto al contrato ARM-012.

2.1.2.4. El 16 de diciembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. solicitó al ASIC la "*terminación de los contratos*" ARM-005 y ARM-012 debido al incumplimiento de AREMARI S.A. E.S.P. en el suministro de la energía contratada.

2.1.2.5. El ASIC dio respuesta a la anterior solicitud, indicando que los contratos estarían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009.

2.1.2.6. A pesar de que la empresa canceló el valor correspondiente al suministro de energía de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. no elaboró las notas de crédito a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., ajustando la diferencia entre lo pagado y la energía realmente suministrada, de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 4 del anexo 3 de los contratos denominado "*notas de ajuste*".

2.1.2.7. Debido al incumplimiento en las cantidades de energía eléctrica suministrada, CEDELCA S.A. E.S.P. se vio obligada a adquirir la energía faltante a un precio mucho mayor.

2.1.2.9. Las facturas No. 150 y No 151 que AREMARI S.A. E.S.P. pretende cobrar, no tienen sustento alguno.

2.1.3. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, indicó que AREMARI S.A. E.S.P. incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012, en cuanto a: (i) la obligación de generar notas de crédito (Anexo 3); y (ii) al objeto de los contratos, pues no suministro la cantidad de energía acordada.

Señaló que la no generación de las notas de crédito por parte de AREMARI S.A. E.S.P., trajo como consecuencia que no le restituyera el dinero producto de la diferencia entre lo pagado y la energía realmente suministrada. En cuanto al incumplimiento de la obligación del suministro de la energía, afirmó que este hecho *“implicó que CEDELCA S.A. E.S.P. tuviera que adquirir esa energía en la Bolsa de Energía, para así poder atender la demanda de energía que tiene que cubrir esta empresa”*.

2.2. Contestación de la demanda

Mediante auto del 12 de junio de 2013¹¹, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y ordenó la notificación a la demandada, AREMARI S.A. E.S.P., al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.2.1. AREMARI S.A. E.S.P. contestó la demanda¹², mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que CEDELCA S.A. E.S.P. fue quien incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012 y, particularmente, la obligación de prepagar, a más tardar el 17 de noviembre de 2009, la energía a suministrar en el mes de diciembre del mismo año.

2.2.2. Frente a los hechos aceptó unos, negó otros y dijo estarse a lo probado respecto de algunos otros.

¹¹ Fl. 170 a 174, C. 1. Exp. 2011-00258.

¹² Fl. 331 a 356, C. 2. Exp. 2011-00258.

Insistió en que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos y señaló que, por tal motivo, había lugar a suspender el suministro de energía eléctrica, de conformidad con lo establecido en el Anexo No. 3 de cada contrato. De igual modo, sostuvo que el incumplimiento de los contratos, además de la suspensión del suministro de energía, daba lugar a su terminación anticipada.

Manifestó que la limitación en el suministro de energía obedeció al incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P. en cuanto a su obligación de pago y adujo que no estaba obligada a realizar las notas de crédito, por cuanto no existían diferencias entre los datos facturados y los consumos reales, pues ante el incumplimiento en la obligación de prepago del suministro de energía, se informó la terminación del contrato a CEDELCA S.A. E.S.P y al ASIC y se solicitó el pago de la cláusula penal.

2.2.3. En la contestación de la demanda, además de la genérica, formuló las siguientes excepciones:

2.2.3.1. “*Indebida acumulación de pretensiones*”, toda vez que, según afirmó, las pretensiones subsidiarias están sujetas a la prosperidad de las principales, lo cual resulta contradictorio y es contrario a lo dispuesto en las normas procesales.

2.2.3.2. “*Inexistencia de responsabilidad de AREMARI S.A. E.S.P.*”, frente a la cual consideró que su actuar se ajustó a lo pactado en los contratos.

2.2.3.3. “*Responsabilidad exclusiva de CEDELCA S.A. E.S.P.*”, pues fue la demandante quien incumplió los contratos, al no prepagar el suministro de energía de conformidad con las cuentas de cobro presentadas y lo estipulado en los contratos.

2.2.3.4. “*Imposibilidad técnica y jurídica de AREMARI para suspender el suministro del mes de diciembre de 2009*”, frente a lo cual sostuvo que, a pesar de haber comunicado al ASIC su decisión de dar por terminados los contratos a partir del 1º de diciembre de 2009, su petición solo se hizo efectiva el 23 de diciembre del mismo año.

2.2.3.5. “*Culpa exclusiva de CEDELCA S.A. E.S.P.*”, al no pagar anticipadamente el suministro de energía del mes de diciembre de 2009.

2.2.3.6. *“Inexistencia del cumplimiento del requisito de procedibilidad por parte de CEDELCA S.A. E.S.P.”*, al no aportar la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad, a pesar de que la audiencia de conciliación sí tuvo lugar.

2.2.3.7 *“Inexistencia del cumplimiento del requisito de procedibilidad por parte de CEDELCA S.A. E.S.P. por inexistencia de consonancia y congruencia entre las pretensiones de la solicitud de conciliación y las pretensiones formuladas en la demanda”*.

2.3. Alegatos de conclusión

El 30 de octubre de 2015¹³ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

2.3.1. CEDELCA S.A. E.S.P.¹⁴ y AREMARI S.A. E.S.P.¹⁵ reiteraron los argumentos expuestos en el líbello introductorio y en la contestación a la demanda.

2.3.2. El Ministerio Público guardó silencio.

3. De la acumulación

Por auto proferido el 10 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca dispuso la acumulación del expediente radicado 19001-23-00-000-2011-00258-00, al expediente radicado 19001-23-00-000-2011-00086-00.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 4 de octubre de 2018¹⁶, el Tribunal Administrativo de Casanare declaró el incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P. en lo concerniente al suministro de la energía eléctrica del mes de diciembre de 2009 y la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P. correspondientes al prepago del suministro de energía de dicho mes, condenando a la primera al valor proporcional de las cláusulas penales pactadas en los contratos y a la segunda a los intereses moratorios sobre las sumas pagadas tardíamente. De igual modo, dispuso la compensación de los

¹³ FI 398, C. 2. Exp. 2011-00258.

¹⁴ FI 414 a 432, C. 3. Exp. 2011-00258.

¹⁵ FI. 460 a 443, C. 3. Exp. 2011-00258.

¹⁶ FI. 445 a 469, C. Ppal.

montos correspondientes a las condenas efectuadas y negó las restantes pretensiones de las demandas.

En efecto, en la sentencia el Tribunal resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por **AREMARI S.A. E.S.P.** en los contratos ARM-005 de 4 de marzo de 2008 y ARM - 012 de 19 de noviembre de 2008.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a AREMARI S.A. E.S.P. a pagar a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., por concepto de clausula penal pecuniaria lo siguiente:

-Por el contrato ARM-005 de 2008 la suma de DOS MIL TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS (**\$2.033'135.936**).

-Por el contrato ARM-012 de 2008 la suma de OCHOCIENTOS TREINTA [Y] DOS MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (**\$832'803.690**).

TERCERO: DECLARAR la mora en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por CEDELCA S.A. E.S.P.

CUARTO: Como consecuencia de lo señalado en el ordinal tercero anterior, **CONDENAR** a CEDELCA S.A. E.S.P. a pagar a favor de AREMARI S.A. E.S.P., por concepto de intereses moratorios:

-Por el contrato ARM-005 de 2008 la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS (**\$35'513.158,43**).

-Por el contrato ARM-012 de 2008 la suma de TRECE MILLONES VEINTITRES MIL NOVENTA Y TRES PESOS CON UN CENTAVO (**\$13'023.093,1**).

QUINTO: ORDENAR compensar las sumas indicadas en el ordinal cuarto de las condenas impuestas en el ordinal segundo. Consecuencialmente los saldos definitivos que adeuda AREMARI S.A. E.S.P. a CEDELCA S.A. E.S.P., son los siguientes:

a. -Por el contrato ARM-005 de 2008 **\$1.997'622.777,57**, que corresponde a la diferencia entre \$2.033'135.936 menos \$35'513.158,43.

b. -Por el contrato ARM-012 de 2008 **\$819'800.597** que es el resultado de restar a \$832'803.690 la suma de \$13'023.093,1.

Es decir, el saldo total de la condena que adeuda AREMARI S.A. E.S.P. a CEDELCA S.A. E.S.P., por los dos contratos referidos asciende a **\$2.817'423.374,57**.

Esta suma devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 180 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas”.

4.2. Como sustento de la decisión, el *a quo*, tras referirse a las obligaciones a cargo de las partes, puntualmente aquellas correspondientes al objeto, plazo, valor, procedimiento de facturación, cláusula penal y causales de terminación anticipada, así como también a las pruebas relevantes para resolver la litis, procedió a examinar el incumplimiento alegado.

4.3. Al efecto, en cuanto al incumplimiento alegado por AREMARI S.A. E.S.P en su demanda, el Tribunal indicó que CEDELCA S.A. E.S.P. no realizó el prepago del suministro de energía del mes de diciembre de 2009 en forma oportuna, pues las cuentas de cobro No. 20 y No. 21, al tenor literal de su texto, vencían el 13 de noviembre de 2009, a pesar de lo cual la empresa efectuó las transferencias y consignaciones los días 20 y 24 de noviembre y 1º de diciembre de 2009. Como consecuencia, señaló que era procedente el reconocimiento de intereses moratorios a favor de AREMARI S.A. E.S.P. sobre los montos pagados tardíamente.

El Tribunal añadió que si bien había lugar a reconocer a favor de AREMARI S.A. E.S.P. los intereses moratorios causados durante la mora, el retardo en el prepago no podía ser equiparado a la falta de pago y anotó que la demora presentada no había afectado la ejecución de los contratos celebrados entre las partes, así como tampoco configuraba un incumplimiento “*desproporcionado*”, ni constituía causal de terminación de los mismos. Al respecto, textualmente manifestó:

“Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la literalidad del contrato daría para considerar que los pagos efectuados por CEDELCA S.A. los días 20 (...), 24 de noviembre (...) y 1 de diciembre de 2009 (...) reflejan un incumplimiento de las obligaciones del contrato, lo cierto es que dicho retardo no afectó el cumplimiento del objeto, tampoco fue un incumplimiento desproporcionado que afectara las obligaciones del contratista, ni tuvo incidencia en la ejecución del mismo.

Por tanto, a diferencia de lo considerado por AREMARI S.A. E.S.P., para la Sala no es posible equiparar el retraso en el pago de las obligaciones con el no pago de las mismas, pues esta última circunstancia es causal de terminación del contrato en los términos pactados en los negocios jurídicos en cuestión, mientras que el retardo no. No obstante, se encuentra acreditado que CEDELCA S.A. E.S.P. se demoró en el pago, es decir que incurrió en mora de sus obligaciones, lo que, se insiste, a pesar de no ser causal de terminación anticipada del contrato, tiene una consecuencia jurídica innegable, como lo es el reconocimiento de intereses moratorios, los

cuales deberán ser reconocidos a favor de AREMARI S.A. E.S.P. de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio.”

Concluyendo más adelante:

“En estas condiciones es preciso concluir que CEDELCA S.A. no incurrió en causal de terminación del contrato, pues a pesar de haber tardado en el pago de las cuentas de cobro presentadas, lo cual genera intereses moratorios, dicha circunstancia no ocasionó un perjuicio para la suministradora de energía de tal magnitud que ameritara la terminación de los contratos. Esto tiene mayor peso si observamos la tabla suministrada por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., donde se evidencia que las limitaciones en el suministro venían desde octubre de 2009, es decir, que la causa de la disminución en la cantidad de energía brindada no fue el incumplimiento del pago sino los procesos que se adelantaban en contra de la contratista”.

Por otro lado, frente a las facturas de venta No. 150 y No. 151, por valor de \$349.707.542 y \$199.194.322, respectivamente, sostuvo que si bien en su demanda AREMARI S.A. E.S.P. pretendía el pago de las mismas, sus montos no guardaban relación con lo reflejado en las cuentas de cobro No. 20 y No. 21 presentadas el 30 de octubre de 2009, motivo por el cual *“no es posible considerar que se adeudan en virtud del no pago oportuno por parte de CEDELCA S.A.”.*

4.4. En relación con la demanda de CEDELCA S.A. E.S.P. y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P. que aquella alegó, consistente, por un lado, en la disminución del suministro de energía en el mes de diciembre de 2009 y, por otro, en la omisión en la expedición de las notas crédito, el Tribunal señaló que en el proceso había quedado demostrado que a partir del 2 de diciembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. ciertamente redujo de modo considerable la cantidad de energía eléctrica que venía suministrando a CEDELCA S.A. E.S.P., afectando con ello la ejecución de los contratos.

A su turno, en cuanto a la obligación de expedir las notas de crédito, sostuvo que *“ante la comprobación de la diferencia entre lo pagado por CEDELCA y lo suministrado por AREMARI S.A. y la ausencia de prueba que acredite haber cumplido con dicha obligación, es posible concluir que se infringió el punto 6.2 del anexo 3, por no expedir a favor de CEDELCA S.A. las notas de crédito en cuestión, no obstante, comoquiera que no se solicitó el monto de dinero correspondiente a la diferencia que se pudiere haber reconocido en dicho documento, esta Sala considera innecesario, realizar mayor pronunciamiento frente a este punto”.*

4.5 Como conclusión, el *a quo* reconoció a favor de AREMARI S.A. E.S.P. el valor correspondiente a los intereses moratorios por el pago tardío de las cuentas No. 20 y No. 20, liquidados durante los días en los que tuvo lugar la mora en el pago. A su turno, condenó a AREMARI S.A. E.S.P. al pago a favor de CEDELCA S.A. E.S.P. del valor correspondiente a las cláusulas penales previstas en los contratos ARM-005 y ARM-012, en forma proporcional al incumplimiento presentado, el cual fue del 50% en cuanto al contrato ARM-005 y del 8,33% respecto al contrato ARM-012.

5. La solicitud de corrección de la sentencia y la providencia que la resolvió

5.1. Notificada la sentencia, CEDELCA S.A. E.S.P.¹⁷ solicitó su corrección, pues, según afirmó, el valor de la actualización de la condena atinente a la cláusula penal del contrato ARM-12 no correspondía con la operación aritmética realizada.

5.2 Mediante providencia del 14 de febrero de 2009¹⁸, el Tribunal corrigió los numerales segundo y quinto de la sentencia del 4 de octubre de 2018, al advertir la existencia de un error aritmético en el cálculo de la actualización de la cláusula penal. En este sentido, el *a quo* resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: CORREGIR los numerales “SEGUNDO” y “QUINTO” de la sentencia del 4 de octubre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior. **CONDENAR** a AREMARI S.A. E.S.P. a pagar a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., por concepto de cláusula penal pecuniaria lo siguiente:

- Por el contrato ARM - 005 de 2008 la suma de DOS MIL TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (**\$2.033.135.936**).
- Por el contrato ARM - 012 de 2008 la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (**\$953.431.889**).

(...)

QUINTO: ORDENAR compensar las sumas indicadas en el ordinal cuarto de las condenas impuestas en el ordinal segundo. Consecuencialmente los saldos definitivos que adeudaba AREMARI S.A. E.S.P. a CEDELCA S.A. E.S.P., son los siguientes:

- a. Por el Contrato ARM - 005 de 2008 **\$1.997.662.777.57**, que corresponde a la diferencia entre \$2.033.135.936 menos \$35.513.158,53.
- b. Por el contrato ARM -012 de 2008 **\$940.408.795,9** que es el resultado de restar a \$953.431.889 la suma de \$13.023.093,1.

Es decir, el saldo total de la condena que adeuda AREMARI S.A. E.S.P. a CEDELCA S.A. E.S.P. por los dos contratos referidos asciende a **\$2.938.031.573,47 pesos**”.

¹⁷ Fl. 475 a 476, C. Ppal.

¹⁸ Fl 528 a 530, C. Ppal.

6. Recurso de apelación

AREMARI S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación¹⁹, el cual fue concedido el 28 de junio de 2019²⁰ y admitido el 8 de noviembre de 2019²¹.

6.1. En su recurso, AREMARI S.A. E.S.P. solicitó revocar la sentencia apelada, al considerar que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos en lo que respecta al pago oportuno del suministro de energía, lo cual dio lugar a que se iniciara en su contra un proceso de limitación al suministro de energía y ocasionó que durante diciembre de 2009 no pudiera suministrar la cantidad de energía contratada.

Como fundamento, sostuvo que el Tribunal omitió pronunciarse acerca de todas las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por AREMARI S.A. E.S.P. frente a la demanda acumulada. En este sentido, afirmó que en la sentencia nada se dijo frente a la terminación y liquidación de los contratos, así como tampoco se pronunció el Tribunal en cuanto a la falta de pago del suministro de energía eléctrica del mes de diciembre de 2009, de conformidad con las facturas de venta No. 150 y No. 151. Añadió que dichas facturas *“son documentos contractuales totalmente independientes a las cuentas de cobro No. 20 y 21”* y *“deben ser pagadas con sus respectivos intereses por corresponder al suministro de energía del mes de diciembre que AREMARI prestó a CEDELCA durante la ejecución de los 23 días del mes de diciembre que duró el contrato”*.

Sostuvo que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, dentro del proceso no se demostró que CEDELCA S.A. E.S.P. hubiese realizado el prepago del suministro de energía correspondiente al mes de diciembre de 2009 y señaló que los documentos aportados por CEDELCA S.A. E.S.P. a través de los cuales pretendió acreditar el pago carecen de mérito probatorio, en la medida que no fueron aportados al proceso en original ni copia auténtica y se desconoce quién los elaboró. Además, se requería demostrar el titular de las cuentas en las que se efectuaron las consignaciones aducidas por esta empresa.

Manifestó que, de conformidad con lo pactado en los contratos ARM-005 y ARM-012, el prepago por el suministro de energía debía realizarse dentro de los plazos estipulados. Bajo ese entendido, concluyó que en el hipotético evento en que se

¹⁹ Fl. 480 a 526, C. Ppal.

²⁰ Fl. 546, C. Ppal.

²¹ Fl. 560, C. Ppal.

llegara a encontrar demostrado que CEDELCA S.A. E.S.P. efectuó el prepago, ello no tuvo lugar en forma oportuna, circunstancia que configuraba un incumplimiento grave de los contratos, por lo que, aún en tal caso, resultaba procedente su terminación anticipada *“como efectivamente lo hizo el 30 de noviembre de 2009 mi representada al comunicar al administrador del sistema de intercambios del mercado de energía mayorista la decisión de dar por terminado los contratos, en cumplimiento de lo pactado en cada uno de los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-005 y ARM-012, como consta en escrito dirigido al doctor JAIME ALEJANDRO ZAPARA URIBE, Coordinador Equipo Gestionar Demanda y Registro de XM Compañía de Expertos en Mercados. S.A. E.S.P., en su condición de administrador del Mercado de Energía Mayorista - ‘ASIC’, solicitándole dejar de considerar los contratos de suministro de energía eléctrica No. ARM-012 y ARM-05, en la comercialización del mercado de energía mayorista, a partir del 1º de diciembre de 2009, de conformidad con lo previsto en el numeral 1.3 del anexo 3 de los mencionados contratos, que establece la obligación de dirigir esta comunicación al administrador en los eventos de incumplimiento contractual”*.

Reiteró que el incumplimiento en los pagos por parte de CEDELCA S.A. E.S.P. impidió que AREMARI cumpliera con sus obligaciones como agente del mercado de energía mayorista, *“siendo esta la causa del inicio del procedimiento de limitación del suministro que impidió, no solo por la solicitud de terminación, sino por esta limitación que mi representada entregara la totalidad de la energía contratada durante los 22 de los 23 días del mes de diciembre de 2009”*.

Con base en lo anterior, concluyó en su recurso que:

*“(…) no es de recibo la interpretación que realiza el Tribunal Administrativo del Casanare, por ser contraria a la voluntad contractual de las partes, de considerar que el retardo en el pago de CEDELCA no es un incumplimiento correlativo que pudiera conllevar la terminación del contrato, por cuanto, las partes expresamente no solo pactaron el pago anticipado del suministro de energía, es decir, el prepago dentro de unos plazos previstos en los contratos ARM 005 y ARM 012, sino que establecieron expresamente la causal de terminación anticipada de los contratos en los eventos en que CEDELCA **no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente**, las cuentas de cobro o las notas de ajuste.”* (negrilla dentro del texto original)

Añadiendo más adelante:

“Parece intrascendente para el Tribunal Administrativo del Casanare, el hecho de que mi representada hubiere comunicado la terminación del contrato el día 30 de noviembre de 2009, por el no pago del suministro del mes de diciembre en el contrato ARM 005, por cuanto este pago dice CEDELCA se realizó el 1º

*de diciembre de 2009, fecha muy posterior a la pactada y que conllevó el inicio del proceso de limitación el día 24 de noviembre por la no constitución de las garantías, cuya causa se originó en el no pago oportuno por parte de CEDELCA, lo que contrario a lo sostenido por el Tribunal si fue un incumplimiento desproporcionado que en los términos contractuales justifica la decisión adoptada por mi representada, **la cual, en los términos de la reglamentación de la CREG no era de aplicación inmediata sino que requería la aceptación de la otra parte como efectivamente se logró por el consentimiento de ambas partes.** (...)" (subrayado y negrilla dentro del texto original)*

También reiteró que no había lugar a atribuirle responsabilidad por el incumplimiento de los contratos ARM-005 y ARM-012, pues la limitación en el suministro de energía obedeció a un acto de autoridad, pues a pesar de haber presentado ante el ASIC la solicitud de dejar de considerar los contratos de suministro en la comercialización del mercado mayorista debido al incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P, el ASIC no hizo efectiva la terminación de los contratos a partir del 1º de diciembre de 2009 “*por considerar que era deber de ambas partes comunicar esta decisión*”, circunstancia ajena a AREMARI S.A. E.S.P.

En efecto, sobre este particular indicó que:

“(...) si bien es cierto en los términos pactados en los contratos el despacho de la energía debió terminar el día 30 de noviembre de 2009, por cuanto CEDELCA S.A. E.S.P. no prepagó la energía el día 13 de noviembre de 2009, como era su obligación, los contratos siguieron siendo considerados por la decisión de la autoridad [se refiere al ASIC].

(...)

Nótese que la decisión de terminación de los contratos registrada por el ASIC fue producto de la solicitud radicada por AREMARI en cumplimiento de lo pactado y en virtud del incumplimiento del contrato por parte de CEDELCA por no haber realizado el prepago de los suministros de energía contratados dentro de los plazos estipulados y la solicitud de CEDELCA lo que conllevó la terminación de mutuo acuerdo de los contratos, producto de incumplimiento en el pago por parte de CEDELCA, siendo imposible concluir como erradamente lo sostiene el tribunal considerar que CEDELCA no incurrió en causal de terminación del contrato y mucho menos que su incumplimiento no hubiera causado (sic) un perjuicio de tal magnitud, por cuanto, contrario a esta apreciación, se tiene el hecho de que el no pago oportuno de las obligaciones a cargo de CEDELCA conllevó el inicio de proceso de limitación de suministro de fecha 24 de noviembre, el cual tan solo se pudo cancelar el 28 de enero de 2010 a raíz del incumplimiento de CEDELCA y por esta causa se generó la imposibilidad de hacer la totalidad de las entregas de energía comprometidas para el mes de diciembre de 2009.”

Finalmente, alegó la caducidad de la acción respecto a la demanda presentada por CEDELCA S.A. E.S.P., señalando que para el momento de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial el término para el ejercicio de la acción había

expirado. Además, en cuanto al agotamiento del requisito de procedibilidad, manifestó que no fue aportada la constancia del agotamiento de la conciliación extrajudicial y que en la solicitud de conciliación solamente se formularon pretensiones principales, en tanto que en la demanda se adicionaron pretensiones subsidiarias, lo que denota una falta de congruencia o consonancia entre la solicitud presentada al momento de agotar el requisito de procedibilidad y lo pretendido en la demanda.

7. Actuación en segunda instancia

Mediante providencia del 18 de febrero de 2020²², se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

7.1. AREMARI S.A. E.S.P.²³ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

7.2. CEDELCA S.A. E.S.P.²⁴ solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y actualizar la condena impuesta.

Al efecto, después de citar varios apartes del fallo de primera instancia y del recurso de apelación, afirmó que el Tribunal sí se pronunció sobre todas las pretensiones y excepciones formuladas por AREMARI S.A. E.S.P.

Indicó que dentro del proceso se acreditó que CEDELCA S.A. E.S.P., en cumplimiento del contrato ARM-005, consignó la suma de \$2.239.404.485, “*de acuerdo con la consignación efectuada en el Banco Av Villas con No. 29191930, la cual obra en el expediente*”. Frente al contrato ARM-012, señaló que las pruebas allegadas al plenario daban cuenta del pago por valor de \$1.682.920.307 y en tal sentido relacionó las consignaciones y transferencias efectuadas por CEDELCA S.A. E.S.P. para tal efecto.

Resaltó que AREMARI S.A. E.S.P. al contestar la demanda acumulada no cuestionó que el prepago de la energía correspondiente al mes de diciembre de 2009 se hubiese realizado, sino que adujo solamente que el mismo tuvo lugar en forma tardía y tampoco tachó de falsos los documentos aportados como prueba de

²² Fl. 563, C. Ppal.

²³ Fl. 593, C. Ppal.

²⁴ Fl. 564 a 591 y 598 a 618, C. Ppal.

las consignaciones y pagos realizados, los cuales fueron tenidos como prueba documental en el auto de pruebas proferido en el proceso.

Manifestó que no le asiste razón a AREMARI S.A. E.S.P. al señalar que el simple retardo era causal de terminación de los contratos ARM-005 y ARM-023 e indicó que esta interpretación de AREMARI S.A. E.S.P. desconoce la integralidad de los contratos de suministro y les da un alcance que no tienen, pues en el Anexo 3, numeral 5.1., las partes expresamente acordaron que la consecuencia del pago tardío de los documentos de cobro sería el reconocimiento de intereses moratorios.

Por otro lado, afirmó que no es cierto que el procedimiento de limitación al suministro de energía se hubiera iniciado como consecuencia de un incumplimiento imputable a CEDELCA S.A. E.S.P. en el pago del suministro de energía correspondiente a diciembre de 2009. Añadió que la limitación en el suministro de energía para los contratos materia de la controversia se debió a problemas que AREMARI S.A. E.S.P. venía afrontando y concluyó que *“[m]al puede escudarse AREMARI en un presunto incumplimiento de CEDELCA en el prepago de la energía eléctrica del mes de diciembre de 2009, que finalmente fue cancelada, cuando ellos fueron quienes no cumplieron con los contratos como quiera que el suministro debía garantizarse entre el 1 y el 23 de diciembre de 2009, cosa que en el presente caso no ocurrió”*.

En cuanto a las facturas No. 150 y No. 151, manifestó que AREMARI S.A. E.S.P. procedió a su presentación sin explicación alguna, puesto que lo correcto era elaborar la respectiva nota de crédito, de conformidad con lo pactado en los contratos, obligación que fue incumplida por AREMARI S.A. E.S.P.

Por último, sostuvo que la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 3 de diciembre de 2010, trámite que se entendió surtido comoquiera que transcurrieron los tres meses previstos en la ley sin que la audiencia se llevara a cabo. Por tal motivo, transcurrido este término procedió a presentar la demanda.

7.3. El Ministerio Público²⁵ presentó concepto solicitando confirmar la sentencia apelada, al considerar que: (i) la acción contractual no está afectada por el fenómeno de la caducidad; (ii) en el proceso quedó establecido que CEDELCA S.A. E.S.P. efectuó el pago del suministro de energía del mes de diciembre de

²⁵ Índice 20. Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

2009, aunque lo hizo en forma tardía; (iii) no se configuró la causal de terminación anticipada de los contratos consistente en “no realizar el prepago correspondiente”, por cuanto CEDELCA S.A. E.S.P. incurrió en una mora en el pago y no en una falta de pago, y dicha mora, en todo caso, quedó superada el 2 de diciembre de 2009 y solo acarrea como consecuencia el reconocimiento de intereses moratorios; y (iv) desde el 2 de diciembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. disminuyó la cantidad de energía contratada sin justificación alguna, lo que da cuenta de su incumplimiento.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) acción procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno de la acción; (5) agotamiento del requisito de procedibilidad (6) problemas jurídicos; (7) solución a los problemas jurídicos (7.1.) régimen de los contratos objeto de la litis; (7.2) el caso concreto; y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de octubre de 2018, corregida mediante providencia del 14 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, dada la vocación de doble instancia del proceso, el cual versa sobre contratos de suministro de energía celebrados por las Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.-, entidad estatal que pertenece a la rama ejecutiva del poder público²⁶ constituida como una Empresa de Servicios Públicos Mixta²⁷ vinculada al Ministerio de Minas y Energía²⁸, teniendo en cuenta que el valor

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de noviembre de 2013 e información publicada en www.cedelca.com.co.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional. Auto 031 de 2007: “En ese orden de ideas, de conformidad con manual de ejecución presupuestal, expedido por CEDELCA, aunado al certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio del Cauca, la Nación, junto con el Departamento y otras entidades descentralizadas, poseen aportes dentro de la misma superiores al 50% de las acciones del capital autorizado de la empresa Centrales Eléctricas S.A. E.S.P. En consecuencia, dicha empresa hace parte de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y por consiguiente de las entidades de carácter descentralizado por servicios del orden nacional, de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998”. Corte Constitucional. Auto 003 de 2008: “[...] CEDELCA S.A. E.S.P. se encuentra constituida como una empresa de servicios públicos mixta con aportes de la Nación, el Departamento y Municipios. En efecto, en la Escritura Pública de Constitución de la Empresa No. 1604 del 13 de mayo de 1996 del Círculo de Popayán señala: “ARTÍCULO SEGUNDO: NATURALEZA JURÍDICA: Centrales Eléctricas del Cauca S.A “CEDELCA S.A E.S.P. es una sociedad anónima comercial de nacionalidad colombiana, del orden nacional con autonomía administrativa patrimonial y presupuestal clasificada legalmente como Empresa de Servicios Públicos Mixta”. De igual forma. Cfr. Fl. 12, C.1. Exp. 2011-00258.

total de las pretensiones para el año 2011 supera los 500 salarios mínimos legales mensuales²⁹. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 129³⁰, 132 numeral 5³¹ y 181³² del Código Contencioso Administrativo.

2. Acción procedente

La acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas.

En el presente caso, la acción contractual ejercida por las partes es adecuada, por cuanto a través de las demandas cuyo examen nos ocupa se persigue: (i) que se declare la existencia e incumplimiento de los contratos No. ARM-05 y No. ARM-012; (ii) que se condene a la indemnización de perjuicios y al pago de intereses moratorios; (iii) que se hagan efectivas las cláusulas penales pactadas; y (iv) que se declare la terminación de los contratos y se ordene su liquidación.

Certificación expedida por el contador de CEDELCA S.A. E.S.P. la cual da cuenta que el componente accionario del Estado en dicha empresa es del %99.9.

²⁸ Decreto Número 1073 del 26 de mayo de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía" Libro Primero. Parte 2. Título 2. Entidades Vinculadas. ARTÍCULO 1.1.2.2.7. Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P - Cedelca S.A ESP.

²⁹ Para el momento de la presentación de la demanda, esto es, para el año 2011, el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$535.600. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para el 2011, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$267.800.000. En este caso, la cuantía de las demandas se estimó en un monto superior a dicho tope.

³⁰ "Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión".

³¹ "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

³² "Artículo 181. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales [...]"

3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 87³³ del Código Contencioso Administrativo, según el cual la legitimación en la causa por activa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que Asociados de Recursos Mercantiles S.A. E.S.P. -AREMARI S.A. E.S.P.- y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P., poseen el interés jurídico que se debate en el *sub examine* y están legitimadas en la causa por activa y por pasiva, toda vez que son los extremos de las relaciones contractuales que suscitaron la controversia objeto de examen en sede judicial³⁴.

4. Ejercicio oportuno de la acción en el caso sub judice

El numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, vigente para el 24 de marzo de 2010, fecha en la que debieron liquidarse los contratos ARM-05 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 19 de noviembre de 008, (hechos probados 7.2.1.1.1. 7.2.1.1.3. y 7.2.1.1.17.) y que, por tal motivo, resulta aplicable al caso concreto³⁵, establece que la acción

³³ "ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuentes, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".

³⁴ Fl. 31 a 35 y 45 a 48, C. 1. Expediente 19001-23-00-000-2011-00086-00.

³⁵ Para efectos del cómputo de la caducidad es menester acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, toda vez que, tratándose de normas procesales, las mismas son de aplicación inmediata. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, "[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 *ibídem* se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las

contractual caducará al vencimiento del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, la cual deberá contabilizarse de la siguiente manera:

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

La caducidad de la acción en el *sub examine* se contabilizará atendiendo lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dado que en los contratos de suministro de energía No. ARM-05 del 4 de marzo de 2008 y No. ARM-012 del 19 de noviembre de 008, que se rigen por el derecho privado, las partes acordaron³⁶ su liquidación bilateral dentro de los tres meses siguientes a su terminación, (hechos probados 7.2.1.1.1. y 7.2.1.1.3.), sin que haya lugar a tener en cuenta el término para liquidar unilateralmente los contratos, puesto que las partes no lo pactaron y, en todo caso, tratándose de negocios jurídicos que se rigen por el derecho privado (F.J. 7.1), aquellas no pueden atribuirse la potestad para liquidar unilateralmente el contrato³⁷.

Al efecto, se observa que los contratos de suministro de energía No. ARM-05 y No. ARM-012 finalizaron el 23 de diciembre de 2009 (hecho probado 7.2.1.1.17.). Por tal motivo, la caducidad de la acción se debe contabilizar a partir del día

cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.[...].”

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad.: 56562. En esta providencia se indicó que en los contratos estatales que se rigen por el derecho privado, “(...) los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negociales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes (...) [d]icha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, la terminación unilateral del negocio o la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución contractual (...) [s]in embargo, la Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial”.

³⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1º de junio de 2020. Rad.: 47101.

siguiente al vencimiento de los tres meses que acordaron las partes para su liquidación bilateral³⁸, esto es, desde el 25 de marzo de 2010.

De acuerdo con lo anterior, comoquiera que la demanda que aquí nos ocupa versa sobre dos expedientes acumulados³⁹, la Sala abordará el examen de caducidad de la acción de forma separada.

Así, frente al expediente 19001230000020110008600, se observa que AREMARI S.A. E.S.P. radicó la solicitud de conciliación extrajudicial obligatoria que suspende el término de caducidad de la acción el 24 de noviembre de 2010⁴⁰, esto es, cuando restaba 1 año, 4 meses y 1 día para que operara la caducidad, trámite que fue declarado fallido el 7 de febrero de 2011⁴¹, y que la demanda se interpuso el 25 de febrero de 2011⁴². Por tal motivo, se concluye que el libelo introductorio se presentó en tiempo, es decir, dentro del término preclusivo previsto en el literal d) del numeral 10 de artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que para el caso concreto se prolongó hasta el 8 de junio de 2012.

De otro lado, en cuanto al expediente 11001233100020110025800, se aprecia que CEDELCA S.A. E.S.P. radicó la solicitud de conciliación extrajudicial obligatoria que suspende el término de caducidad el 3 de diciembre de 2010⁴³, es decir, cuando restaba 1 año, 3 meses y 22 días para que operara la caducidad, trámite que fue declarado fallido el 3 de marzo de 2011⁴⁴, según la certificación expedida por la Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos de Popayán, y que la demanda se interpuso el 24 de mayo de 2011⁴⁵. Por lo anterior, se concluye que el libelo introductorio se presentó en tiempo, esto es, dentro del término preclusivo previsto en el literal d) del numeral 10 de artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que para el caso concreto se prolongó hasta 25 de junio de 2012.

5. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

En el escrito de demanda, así como también en el recurso de apelación, AREMARI S.A. E.S.P. manifestó que CEDELCA S.A. E.S.P. formuló en su demanda unas pretensiones diferentes a aquellas que plasmó en su solicitud de

³⁸ El plazo para liquidar los contratos transcurrió entre el 24 de diciembre de 2009 y el 24 de marzo de 2010.

³⁹ Al proceso 2011-00086 fue acumulado el expediente 2011-00258.

⁴⁰ Fl. 92 a 100 y 158, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁴¹ Fl. 158, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁴² Fl. 5 a 25, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁴³ Fl. 360 y 361 C. 2. y 13 y 14, C. Pruebas. Exp. 2011-00258.

⁴⁴ *Ibídem*.

⁴⁵ Fl. 75 a 100, 105 a 129 y 134 a 140. Exp. 2011-00258.

conciliación extrajudicial, razón por la cual el requisito de procedibilidad no se habría agotado en debida forma. Además, afirmó que no se aportó la constancia de agotamiento de la conciliación extrajudicial adelantada ante el Ministerio Público.

En cuanto a lo primero, debe anotarse que de tiempo atrás esta Corporación ha considerado que, para efectos de entender agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, es menester que el objeto de la solicitud de conciliación y el de la demanda sean congruentes, sin que resulte necesario que sus textos coincidan de forma íntegra, es decir, no se requiere que las pretensiones de la una y de la otra guarden estricta armonía⁴⁶.

Al respecto, esta Sección en providencia del 29 de mayo de 2019, manifestó que:

“Si bien es cierto que, en principio, debe existir una correspondencia entre la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, no se puede pasar por alto que dicha exigencia tiene que obedecer a criterios razonables, ya que esta Corporación ha considerado que es posible aceptar cambios o modificaciones en el escrito de demanda, siempre y cuando exista congruencia con el objeto de la controversia que se planteó en la solicitud de conciliación extrajudicial”⁴⁷.

Bajo este entendido, una vez examinadas la solicitud de conciliación y la demanda presentadas en su oportunidad por CEDELCA S.A. E.S.P., la Sala observa que, si bien los escritos en estricto sentido no guardan identidad, pues en esta última se introdujeron pretensiones subsidiarias en torno al componente resarcitorio, relacionadas con el reconocimiento de intereses sobre el valor de las cláusulas penales y su indexación, su objeto sí es coincidente. De hecho, tanto en la solicitud de conciliación como en la demanda se pretende que se declare el incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P., establecidas en los contratos ARM-005 y ARM-012, en punto de la elaboración de las notas de crédito y del suministro de energía, así como el pago de las cláusulas penales.

En este orden de ideas, no le asiste razón a la recurrente cuando afirma que se configuró la excepción que denominó *“Inexistencia del cumplimiento del requisito de procedibilidad por parte de CEDELCA S.A. E.S.P. por inexistencia de consonancia y congruencia entre las pretensiones de la solicitud de conciliación y las pretensiones formuladas en la demanda”*, comoquiera que, tal y como quedó

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera. Auto del 3 de diciembre de 2015. Rad.: 13001-23-33-000-2012-00043-01. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto del 27 de noviembre de 2014. Rad.: 11001-03-15-000-2014-02263-00

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 29 de mayo de 2019. Rad.: 60487.

expuesto, el objeto de la controversia planteada en la solicitud de conciliación es congruente con la demanda presentada, lo cual resulta ser necesario y suficiente para entender agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Por otro lado, en punto a la constancia del agotamiento de la conciliación extrajudicial, la Sala observa que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, el requisito de procedibilidad se entiende cumplido cuando se efectúa la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término de tres meses previsto en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa, evento en el cual “*se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación*”, siendo esta última hipótesis la situación presentada en el *sub judice*.

6. Problemas jurídicos

La decisión del recurso de apelación presentado por AREMARI S.A. E.S.P plantea dos problemas jurídicos por resolver, a saber:

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si en el presente caso se encuentra acreditado el incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P. en cuanto al pago del suministro de energía, si ello configura una causal de terminación anticipada de los contratos celebrados entre las partes y si hay lugar a reconocer las cláusulas penales en favor de AREMARI S.A. E.S.P. y los demás valores reclamados con su demanda.

En segundo lugar, debe establecerse si la disminución en el suministro de energía eléctrica durante el mes de diciembre de 2009 tuvo por causa el incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P. y si, en consecuencia, debe revocarse la condena impuesta a AREMARI S.A. E.S.P.

7. Solución a los problemas jurídicos

Antes de resolver los problemas jurídicos, conviene referirse brevemente al régimen de los contratos objeto de la litis.

7.1. Régimen de los contratos ARM-05 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008

Antes de abordar el fondo del asunto, conviene precisar el marco legal aplicable a los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-05 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, suscritos entre CEDELCA S.A. E.S.P. y AREMARI S.A. E.S.P.

Al efecto, de acuerdo con la naturaleza de las Centrales Eléctricas del Cauca - CEDELCA S.A. E.S.P., el régimen de sus contratos es el previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994⁴⁸, que reza lo siguiente:

“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.

Bajo el anterior contexto normativo, los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, de los que trata la Ley 142 de 1994, por regla general no están sujetos a las disposiciones previstas en el estatuto de contratación de la administración pública, salvo que la misma ley disponga algo contrario, así como también en aquellos casos en los cuales los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que

⁴⁸ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación.

De otro lado, el párrafo del artículo 8º de la Ley 143 de 1994⁴⁹, dispone que el régimen de los contratos celebrados por las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será de derecho privado. Al respecto, esta Sección en sentencia del 13 de noviembre de 2003 indicó que:

“La gestión contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de las que prestan el servicio público de electricidad, se rige por las reglas del derecho privado. Así lo dispone el artículo 32 de la ley 142 de 1994 y el párrafo del art. 8 de la ley 143 de 1994, salvo que la Constitución y la ley dispongan expresamente lo contrario. Sin embargo, las comisiones de regulación pueden hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos y autorizar su inclusión en los demás cuando se lo soliciten, caso en el cual, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 31 ley 142/94)”⁵⁰.

En este orden de ideas, la Sala advierte que los contratos ARM-005 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, cuyo objeto consistió en el suministro de energía eléctrica, se rigen de modo preferente por el derecho privado⁵¹.

7.2. El caso concreto

En el recurso de apelación presentado por AREMARI S.A. E.S.P. contra la sentencia del 4 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, la recurrente afirmó que CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012 en lo relativo al pago oportuno del suministro de energía de diciembre de 2009, lo cual configuró una causal de terminación anticipada de los contratos y trajo como consecuencia que el ASIC iniciara en su contra un procedimiento de limitación al suministro de energía, que a su vez le impidió suministrar la cantidad de energía contratada para dicho mes. Por tal motivo, indicó que: (i) no había lugar a declarar el incumplimiento de los contratos por parte de AREMARI S.A. E.S.P y debía ser revocada la condena que le fue impuesta; y (ii) CEDELCA S.A. E.S.P. debía ser condenada al pago de las cláusulas penales previstas en los contratos, así como también al pago de las

⁴⁹ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2003. Rad.: 23364 A.

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Rad.: 45607.

facturas No. 150 y 151 correspondientes al suministro de energía facturado durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2009 y el 31 del mismo mes y año.

En este sentido, y comoquiera que sólo AREMARI S.A. E.S.P. presentó recurso de apelación contra la sentencia del 4 de octubre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357⁵² del C.P.C., se resolverá el asunto *sub lite* en aquello que la recurrente reprocha como desfavorable en el recurso⁵³. Por tanto, de cara a los argumentos en el recurso de alzada, la Sala analizará si CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió los contratos ARM-005 y ARM-012 en lo relativo al pago por concepto del suministro de energía de diciembre de 2009, si dicho incumplimiento configuró una causal de terminación anticipada de los contratos de suministro y dio lugar al inicio del proceso de limitación al suministro de energía en contra de AREMARI S.A. E.S.P. y si, en consecuencia, no hay lugar a declarar el incumplimiento de los contratos ARM-005 y ARM-012 por parte de AREMARI S.A. E.S.P. y resulta procedente el reconocimiento de las cláusulas penales acordadas por las partes y el pago de las facturas No. 150 y No. 150.

Bajo esta óptica, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados en el proceso y se relacionaran las pruebas relevantes para resolver la presente litis.

7.2.1. Hechos probados y pruebas relevantes

7.2.1.1. De los hechos probados

La Sala analizará los documentos aportados en copia simple, comoquiera que no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes dentro de la oportunidad procesal pertinente⁵⁴, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el

⁵² “Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...) Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.”

⁵³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Rad.: 18082. Respecto de la competencia del juez en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en esta providencia se concluyó que, “(...) debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso **la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados**, es decir –según acontece en el proceso-, que de la infinidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el a quo- la Sala sólo se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el a quo no será revisado en la segunda instancia”.

⁵⁴ Código de Procedimiento Civil. “Artículo 289. Procedencia de la Tacha de Falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la

requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo manifestado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁵⁵.

7.2.1.1.1. El 4 de marzo de 2008, AREMARI S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P. celebraron el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-005⁵⁶, cuyo objeto fue el siguiente: *“EL SUMINISTRADOR se obliga a vender a CEDELCA S.A. E.S.P. y ésta adquirir de aquellas bajo la modalidad “PAGUE LO CONTRATADO” para las necesidades de energía eléctrica indicadas en el Anexo No2, según las condiciones, precio y demás estipulaciones que se establecen en este contrato y sus anexos, y por todo el tiempo de vigencia del mismo, todo ello ajustado a lo dispuesto en los Términos de Referencia de la Invitación Pública No. PUSGC-009-2.007 que dio origen al contrato, la oferta de EL SUMINISTRADOR y el acto de adjudicación”*.

Al tenor de la cláusula tercera del contrato, las partes acordaron que el suministro de energía se realizaría durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010. De conformidad con la cláusula cuarta, en cuanto al valor del contrato se estipuló que *“[d]ado que los precios y las cantidades pueden variar durante la ejecución del contrato, el valor del mismo se considera de cuantía indeterminada pero determinable. Su valor real se calculará mensualmente como el producto de los consumos asignados a este contrato por el ASIC multiplicados por los precios estipulados de conformidad con lo establecido en el Anexo no. 1”*.

contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia”.

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022. “[...] *Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba traslada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”*.

⁵⁶ Fl. 32 a 37, C. 1. Exp. 2011-00086 y Fl. 13 a 17, C. 1. Exp. 2011-00258

En la cláusula octava del contrato, las partes pactaron la cláusula penal pecuniaria. Para los efectos de la misma estimaron el valor del contrato en la suma de \$44.760.000.000.

Asimismo, en la cláusula novena del contrato, las partes acordaron los eventos en los que procedería su terminación anticipada, que fueron los siguientes: (i) el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; (ii) cuando CEDELCA S.A. E.S.P. no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente un documento de cobro por ajuste; (iii) por mandato legal; (iv) de común acuerdo; (v) cuando alguna de las partes ceda o transfiera el contrato sin previa autorización de la otra; (vi) cuando CEDELCA S.A. E.S.P. celebre un nuevo contrato de suministro de energía para desplazar el celebrado con AREMARI S.A. E.S.P.; y (vi) si AREMARI S.A. E.S.P. no otorga a satisfacción de CEDELCA S.A. E.S.P. la garantía de cumplimiento. Además, las partes acordaron que, ante la ocurrencia de alguna de las causales de terminación, la parte afectada debería informar de inmediato al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC- para que dejara de considerar el contrato en la comercialización del mercado mayorista de energía.

De igual modo, en su cláusula vigésimo primera, las partes acordaron liquidar bilateralmente el contrato dentro de los 3 meses siguientes a su terminación.

De otra parte, de conformidad con el Anexo 2⁵⁷, AREMARI S.A. E.S.P. se comprometió a suministrar a CEDELCA S.A. E.S.P. 18.972 MWH de energía eléctrica para diciembre de 2009, cantidad que de conformidad con lo previsto en este anexo fue distribuida de la siguiente manera:

	HORA	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
DIA	Ordinario	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5
	Sábado	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5
	Festivo	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5	25.5

(valores expresados en MWH)

En el Anexo 3⁵⁸, las partes acordaron el procedimiento para la facturación, el rechazo de la factura, las refacturaciones, las notas de ajuste y el pago.

7.2.1.1.2. El 1º de diciembre de 2008 se registró el contrato ARM-05 del 4 de marzo de 2008 y se le asignó el código SIC ARM C0006, según da cuenta el oficio

⁵⁷ Fl. 38 a 41, C1. Exp. 2011-00086 y Fl. 20 a 23, C. 1. Exp. 2011-00258

⁵⁸ Fl. 24 a 26, C. 1. Exp. 2011-00086 y Fl. 42 a 44, C. 1. Exp. 2011-00258

6015-42 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director de Transacciones de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-⁵⁹.

7.2.1.1.3. El 14 de noviembre de 2008, AREMARI S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P. celebraron el contrato de suministro de energía eléctrica ARM-012⁶⁰, cuyo objeto consistió en, *“EL SUMINISTRADOR se obliga a vender a CEDELCA S.A. E.S.P. y ésta adquirir de aquellas bajo la modalidad “PAGUE LO CONTRATADO” para las necesidades de energía eléctrica indicadas en el Anexo No2, según las condiciones, precio y demás estipulaciones que se establecen en este contrato y sus anexos, y por todo el tiempo de vigencia del mismo, todo ello ajustado a lo dispuesto en los Términos de Referencia de la Invitación Pública No. PUSGC-003-2.008 que dio origen al contrato, la oferta de EL SUMINISTRADOR y el acto de adjudicación”*.

De acuerdo con la cláusula tercera del contrato, las partes acordaron que el suministro de energía se realizaría durante el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2010. Al tenor de la cláusula cuarta, en cuanto al valor del contrato se estipuló que sería de cuantía indeterminada pero determinable y que su valor real se calcularía mensualmente *“como el producto de los consumos asignados a este contrato por el ASIC multiplicados por los precios estipulados de conformidad con lo establecido en el Anexo no. 1”*.

En la cláusula octava del contrato, las partes convinieron la cláusula penal pecuniaria. Para los efectos de la misma estimaron el valor del contrato en un monto de \$29.153.000.000.

De igual modo, en su cláusula vigésimo primera, las partes acordaron liquidar bilateralmente el contrato dentro de los 3 meses siguientes a su terminación.

De conformidad con el Anexo 2, AREMARI S.A. E.S.P. se comprometió a suministrar a CEDELCA S.A. E.S.P. 13.946 MWH de energía eléctrica para el mes de diciembre de 2009, distribuidos de la siguiente manera:

	HORA	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
DIA	Ordinario	9,5	7,2	6,4	8,4	11,1	14,2	21	22,5	24,5	24,9	25,7	26,8	23,2	21,4	22,4	23,5	23,9	31,2	28,7	29,5	33,9	36	25,2	15
	Sábado	3,1	0,4	1,3	1,5	4,8	7,5	12,4	13,5	13,4	15,4	14,2	16,7	14,5	12,4	12,2	13,7	13,9	19,5	25,5	25,6	31,8	26,5	14,4	8,9
	Festivo	5,2	2,4	2,7	4	5,7	11,4	17,3	15	14,9	16,2	16,7	16,6	15,4	12,4	13,2	14,5	16,2	24,5	28,9	28,3	30,5	23,4	15	6,5

⁵⁹ FI. 31 a 37, C. de Pruebas. Exp. 2011-00086

⁶⁰ FI. 45 a 54, C. 1, 69 a 78, C. de Pruebas. Exp. 2011-00086 y 28 a 33, C. 1. Exp. 2011-00258.

(valores expresados en MWH)

En la cláusula novena del contrato, las partes establecieron las causales de terminación anticipada del contrato, acordando a dicho efecto las mismas causales estipuladas en el contrato ARM-05.

Finalmente, en el Anexo 3 del contrato se acordó el procedimiento para la facturación, el rechazo de facturas, las refacturaciones, las notas de ajuste y el pago.

7.2.1.1.4. El 1º de diciembre de 2008 se registró el contrato ARM-012 y se le asignó el código SIC ARM C0007, según consta en oficio 6015-42 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director de Transacciones de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-⁶¹.

7.2.1.1.5. El 19 de noviembre de 2008, CEDELCA S.A. E.S.P. cedió el contrato ARM-005 a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., cesión que fue aceptada por AREMARI S.A. E.S.P.⁶².

7.2.1.1.6. El 19 de diciembre de 2008, CEDELCA S.A. E.S.P. cedió el contrato ARM-012 a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., cesión que fue aceptada por AREMARI S.A. E.S.P.⁶³.

7.2.1.1.7. El 4 de octubre de 2009, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. cedió el contrato ARM-005 a CEDELCA S.A. E.S.P., cesión que fue aceptada por AREMARI S.A. E.S.P.⁶⁴.

7.2.1.1.8. El 4 de octubre de 2009, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. cedió el contrato ARM-012 a CEDELCA S.A. E.S.P., cesión que fue aceptada por AREMARI S.A. E.S.P.⁶⁵.

7.2.1.1.9. El 30 de octubre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. remitió a CEDELCA S.A. E.S.P. las cuentas de cobro No. 020⁶⁶ por valor de \$2.239.404.485 y No.

⁶¹ Fl. 31 a 37, C. de Pruebas. Exp. 2011-00086

⁶² Fl. 55 a 57, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁶³ Fl. 58 a 60, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁶⁴ Fl. 61 y 62, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁶⁵ Fl. 63 y 64, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁶⁶ Fl. 66, C. 1. Exp. 2011-00086.

021⁶⁷ por valor de \$1.682.920.307, con fecha de vencimiento 13 de noviembre de 2009, por concepto del prepago base del mes de diciembre de los contratos ARM-005 y ARM-012, respectivamente, según da cuenta copia auténtica del oficio ARM114 y de las cuentas de cobro referidas⁶⁸.

7.2.1.1.10. El 30 de noviembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. informó al ASIC, acerca del *“incumplimiento en el pago oportuno del suministro de energía y potencia para atender la demanda de energía del mercado regulado de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P. “CEC S.A. E.S.P.” en virtud de los contratos números ARM-012 -Código SIC ARMC 0010 Y ARM-005 - Código SIC ARMC 0011”*. Por lo anterior, solicitó que los contratos fueran dejados de considerar en la comercialización del mercado mayorista a partir del 1º de diciembre de 2009⁶⁹.

7.2.1.1.11. El 30 de noviembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. informó a CEDELCA S.A. E.S.P. acerca de la comunicación antes referida. En su escrito, indicó que la solicitud obedeció al grave e injustificado incumplimiento en el pago oportuno del suministro de energía eléctrica y potencia, de conformidad con lo acordado en los contratos⁷⁰.

7.2.1.1.12. El 3 de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. comunicó al ASIC, que había llegado a un acuerdo con CEDELCA S.A. E.S.P. para el pago del suministro de energía y potencia en virtud de los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-005 y ARM-012 y solicitó que, por lo tanto, *“(…) sean restablecidas las diligencias correspondientes para normalizar el desarrollo de los contratos mencionados”*⁷¹.

7.2.1.1.13. El 7 de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. solicitó a CEDELCA S.A. E.S.P. la terminación de los contratos ARM-005 y ARM-012, su liquidación y el pago de la cláusula penal. Lo anterior, con fundamento en el incumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes frente al pago por el suministro de energía⁷².

7.2.1.1.14. El 10 de diciembre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. se dirigió al ASIC, mediante comunicación en la que manifestó que *“las causales de incumplimiento*

⁶⁷ Fl. 67, C. 1. Exp. 2011-00086 y 17, C. de Pruebas, Exp. 2011-00258.

⁶⁸ Fl. 65, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁶⁹ Fl. 68, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁷⁰ Fl. 69, C. 1. Exp. 2011-00086.

⁷¹ Fl. 18, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁷² Fl. 19, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

no se han subsanado, es decir la comunicación enviada por AREMARI a Ud. (s) sigue vigente (...) y nuevamente solicitó dejar de considerar los contratos ARM-005 y ARM-012 en la comercialización del mercado mayorista de energía “a partir del 1º de diciembre de 2009”⁷³.

7.2.1.1.15. El 15 de diciembre de 2009, el ASIC le manifestó a AREMARI S.A. E.S.P. que no dejaría de considerar los contratos ARM-005 y ARM-012 a partir del 1º de diciembre de 2009, pues de conformidad con lo establecido en la Resolución CREG 024 de 1995, para proceder de conformidad se requería del consentimiento de ambas partes⁷⁴. En efecto, en la referida comunicación se lee:

“Para el caso de terminación de los contratos de largo plazo, la Resolución CREG 024 de 1995 dispone:

*ARTÍCULO 18. TERMINACIÓN DE CONTRATOS. En caso de terminación de un contrato, es obligación de las **partes involucradas** informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC **deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación**. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la CREG para que defina las acciones correspondientes.*

Como podemos observar, el Artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995 le exige a las partes involucradas en el contrato, informar al ASIC la terminación del mismo, con una anticipación mínima de siete días calendario a la fecha de su finalización, a fin de que el ASIC deje de considerarlo en la comercialización del mercado mayorista a partir de la fecha de terminación.

Por tanto, y teniendo en cuenta que la comunicación solicitando la terminación del contrato, proviene únicamente de una de las partes involucradas, no es posible acceder a su solicitud de cancelar los contratos del asunto.

(...) precisamos que a XM en ejercicio de sus funciones no le corresponde efectuar un análisis del clausulado de los contratos, ni tomar decisiones con base en la interpretación que de los mismos haga una de las partes, máxime cuando como lo anotamos anteriormente, la regulación exige que la instrucción de terminación del contrato para el ASIC provenga de las partes involucradas en el mismo.

En el mismo sentido, se concluye que respecto a los contratos del asunto, no le corresponde al ASIC proceder a analizar ni decidir, si existió o no incumplimiento por parte de alguno de los contratantes de las obligaciones derivadas de la relación contractual.

⁷³ Fl. 20, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁷⁴ Fl. 70 y 71, C. 1. Exp. 2011-00086.

Finalmente, XM le manifiesta que con base en las anteriores consideraciones, no accede a su solicitud de terminación de los contratos (...) hasta tanto se presente comunicación suscrita por ambas partes, en la cual se informe al ASIC de la terminación de la relación contractual, o decisión judicial o arbitral que establezca la terminación de la relación contractual". (resaltado dentro del texto original)

7.2.1.1.16. El 16 de diciembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. le solicitó al ASIC, que dejara de considerar los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-005 y ARM-012 y, por ende, procediera a su terminación, como consecuencia del grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P., consistente *"en el no suministro de energía a CEDELCA S.A. E.S.P. desde el 2 de diciembre de 2009, momento a partir del cual CEDELCA S.A. E.S.P. se ha visto obligada a comprar la energía directamente en el mercado mayorista"*⁷⁵⁻⁷⁶.

7.2.1.1.17. El 18 de diciembre de 2009, el ASIC le informó a AREMARI S.A. E.S.P. y a CEDELCA S.A. E.S.P. que, en virtud de las comunicaciones presentadas por ambas partes, *"(...) considera cumplido el requisito de solicitud de terminación por ambas partes y actuará en consecuencia procediendo a la terminación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 18º de la Resolución CREG-024 de 1995"*. Por tal motivo, indicó que los contratos ARM-005 y ARM-012 permanecerían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009⁷⁷⁻⁷⁸.

7.2.1.1.18. El 5 de marzo de 2010, AREMARI S.A. E.S.P. le solicitó a CEDELCA S.A. E.S.P. el pago por el suministro de energía de diciembre de 2009, de conformidad con las facturas No. 150⁷⁹ por valor de \$349.707.542 y No. 151⁸⁰ por la suma de \$199.194.322, las cuales adjuntó a su comunicación⁸¹.

7.2.1.1.19. Está probado que desde el mes de octubre de 2009 y hasta el 20 de julio de 2010 se iniciaron numerosos procedimientos de limitación de suministro de AREMARI S.A. E.S.P, según da cuenta el oficio 004650-1 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director Administrativo de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P⁸².

⁷⁵ Fl. 72, C. 1, Exp. 2011-00086 y 22, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁷⁶ Fl. 73, C. 1, Exp. 2011-00086 y 23, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁷⁷ Fl. 76, C. 1, Exp. 2011-00086.

⁷⁸ Fl. 77, C. 1, Exp. 2011-00086 y 49, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁷⁹ Fl. 82, C. 1, Exp. 2011-00086 y 37, C. 1, Exp. 2011-00258.

⁸⁰ Fl. 83, C. 1, Exp. 2011-00086 y 36, C. 1, Exp. 2011-00258.

⁸¹ Fl. 84 y 85, C. 1, Exp. 2011-00086 y 34 y 35, C. 1, Exp. 2011-00258.

⁸² Fl. 191 a 195, C. Pruebas Exp. 2011-00086.

En lo que concierne al mes de diciembre de 2009, de acuerdo con el referido oficio, se iniciaron por parte del ASIC procesos de limitación del suministro de energía a AREMARI S.A. E.S.P. los días 2, 9, 16 y 23 de dicho mes, que se prolongaron hasta el 28 de enero de 2010.

En efecto, en el oficio referido se indicó lo siguiente:

“Con base en lo anterior, a continuación relacionamos los procedimientos de limitación de suministro de energía en bolsa iniciados desde el mes de octubre de 2009 hasta el 20 de julio de 2012 (sic) a la empresa AREMARI S.A. E.S.P.:

Las fechas comprenden el inicio del primer proceso de limitación de suministro de AREMARI S.A. E.S.P. octubre de 2009 y la fecha en la que inició el último procedimiento de limitación de suministro, 20 de julio de 2012, la información que relacionamos es la siguiente:

- **Fecha de vencimiento:** Se refiere a la fecha en la que el agente debió honrar sus obligaciones y realizar el pago.
- **Concepto:** Obedece al concepto que se debía pagar para ese vencimiento.
- **Fecha Inicio Limitación de suministro:** Corresponde a la fecha en la que se inició la limitación de suministro de energía en bolsa, si el campo está vacío es porque la fecha de pago fue antes de iniciar la limitación de suministro.
- **Fecha de Pago:** Fecha en la que el agente realizó el pago o se realizaron cruces por saldos a favor del agente luego de los ajustes.
- **Estado:** indica si el procedimiento de limitación esta cancelado o aún sigue vigente.

FECHA DE VENCIMIENTO	CONCEPTO	FECHA INICIO LIMITACIÓN BOLSA	FECHA PAGO	ESTADO
20-oct-09	Garantías S del 24 al 30 de Octubre de 2009		27-oct-09	CANCELADO
17-nov-09	Garantías S del 21 al 27 de Noviembre 2009		23-nov-09	CANCELADO
24-nov-09	Garantías S de Nov 28 a Dic 04 de 2009	2-dic-09	28-ene-10	CANCELADO
1-dic-09	Garantías S del 05 al 11 de Diciembre de 2009	9-dic-09	28-ene-10	CANCELADO
8-dic-09	Garantías S del 12 al 18 de Diciembre de 2009	16-dic-09	28-ene-10	CANCELADO
15-dic-09	Garantías S del 19 al 25 de Diciembre de 2009	23-dic-09	28-ene-10	CANCELADO
5-ene-10	Garantías S del 09	13-ene-10	16-feb-	CANCELADO

	al 15 de Enero de 2010		10
--	---------------------------	--	----

(...)"

7.2.1.1.20. Se acreditó que entre el 2 de diciembre de 2009 y el 23 del mismo mes y año, AREMARI S.A. E.S.P. suministró a CEDELCA S.A. E.S.P. una cantidad de energía inferior a la acordada en los contratos ARM-005 y ARM-012, según da cuenta su Anexo 2⁸³⁻⁸⁴, en el que se estipularon las cantidades de energía a suministrar por hora durante cada día en diciembre de 2009, y el oficio 004691-1 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director Administrativo de XM Compañía de

Expertos en Mercados S.A. E.S.P., en el que se allegó la relación del suministro por kilovatio hora durante cada día en diciembre de 2009⁸⁵.

En efecto, a partir de los anteriores documentos, la diferencia entre la cantidad de energía contratada, la efectivamente suministrada y la dejada de suministrar por día durante el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2009 y el 23 del mismo mes y año, expresada en KWH, es la siguiente:

CONTRATO ARM-005			
DÍA	KWH contratados que se debieron suministrar⁸⁶	KWH efectivamente suministrados⁸⁷	<u>KWH dejados de suministrar</u>
2 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
3 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
4 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
5 de diciembre de 2009	612000	120051,37	491948,63
6 de diciembre de 2009	612000	116878,81	495121,19
7 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
8 de diciembre de	612000	116878,81	495121,19

⁸³ Fl. 38 a 41, C1. Exp. 2011-00086 y Fl. 20 a 23, C. 1. Exp. 2011-00258

⁸⁴ Fl. 50 y 51, C.1. Exp. 2011-00086 y Fl. 32 y 33, C.2. Exp. 2011-00258

⁸⁵ Fl. 196 a 199, C. Pruebas Exp. 2011-00086.

⁸⁶ Estas cifras parten de la sumatoria de la energía contratada por hora durante cada día en diciembre de 2009, de conformidad con el Anexo 2 al contrato ARM-005.

⁸⁷ Estas cifras parten de la sumatoria de la energía suministrada por AREMARI S.A. E.S.P. durante cada hora por día en diciembre de 2009, de conformidad con los registros allegados por el ASIC.

2009			
9 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
10 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
11 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
12 de diciembre de 2009	612000	120539,55	491460,45
13 de diciembre de 2009	612000	117473,98	494526,02
14 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
15 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
16 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
17 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
18 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
19 de diciembre de 2009	612000	120539,55	491460,45
20 de diciembre de 2009	612000	117473,98	494526,02
21 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
22 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
23 de diciembre de 2009	612000	106665,83	505334,17
TOTAL	13464000	2429823,5	11034176,5

CONTRATO ARM-012			
DÍA	KWH contratados que se debieron suministrar⁸⁸	KWH efectiva mente suministrado⁸⁹	<u>KWH dejados de suministrar</u>
2 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,5	455721,5
3 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,5	455721,5
4 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,5	455721,5
5 de diciembre de 2009 (sab)	323100	41200,69	281899,31
6 de diciembre de 2009 (fes)	356900	45162,16	311737,84
7 de diciembre de 2009	516100	60378,5	455721,5

⁸⁸ Estas cifras parten de la sumatoria de la energía contratada por hora durante cada día en diciembre de 2009, de conformidad con el Anexo 2 al contrato ARM-012.

⁸⁹ Estas cifras parten de la sumatoria de la energía suministrada por AREMARI S.A. E.S.P. durante cada hora por día en diciembre de 2009, de conformidad con los registros allegados por el ASIC.

(ord)			
8 de diciembre de 2009 (fes)	356900	45162,16	311737,84
9 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
10 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
11 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
12 de diciembre de 2009 (sab)	323100	41200,69	281899,31
13 de diciembre de 2009 (fes)	356900	45162,16	311737,84
14 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
15 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
16 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
17 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
18 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
19 de diciembre de 2009 (sab)	323100	41200,69	281899,31
20 de diciembre de 2009 (fes)	356900	45162,16	311737,84
21 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
22 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
23 de diciembre de 2009 (ord)	516100	60378,1	455721,9
TOTAL	10138400	1209923,81	8928476,19

7.2.1.2. Además de las pruebas documentales que dan cuenta de los hechos probados, dentro del proceso se practicaron las siguientes pruebas que resultan relevantes para resolver la presente litis:

7.2.1.2.1. El 8 de febrero de 2013, rindió declaración Diego Fernando Muñoz Robles⁹⁰, Coordinador Administrativo de CEDELCA S.A. E.S.P. durante los años 2009 a 2010, quien manifestó: (i) que AREMARI S.A. E.S.P. tan solo suministró energía durante los primeros días de diciembre de 2009, a pesar de que CEDELCA S.A. E.S.P. prepagó el valor correspondiente al suministro de todo el mes; (ii) que se adelantaron reuniones entre la partes para acordar la forma en la que AREMARI S.A. E.S.P. suministraría la energía que CEDELCA S.A. E.S.P. ya había cancelado; (iii) que AREMARI S.A. E.S.P. entró en un proceso de limitación de energía y, por tal motivo, dejó de suministrar energía eléctrica.

⁹⁰ FI. 212 a 218, C. Pruebas Exp. 2011-00086.

7.2.2.2.2. El 27 de febrero de 2013, rindió declaración Jairo de Jesús Uribe Fandiño, Jefe de Mercadeo de CEDELCA S.A. E.S.P. durante los años 2008 a 2010, quien relató: (i) que el pago de los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-005 y ARM-012 se realizó bajo modalidad “prepago”; (ii) que para el mes de diciembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P. no suministró la totalidad de la energía contratada y, por tal motivo, CEDELCA S.A. E.S.P. se vio en la necesidad de comprar energía a un precio elevado para cubrir la demanda en el departamento del Cauca; (iii) que AREMARI S.A. E.S.P. presentó las facturas correspondientes al suministro de energía de diciembre de 2009, las cuales fueron pagadas por CEDELCA S.A. E.S.P.; (iv) que el ASIC dejó de considerar los contratos referidos a partir del 24 de diciembre de 2009; (v) que a AREMARI S.A. E.S.P. se le inició un proceso de limitación en el suministro de energía a partir del 2 de diciembre de 2009, según da cuenta la información reportada para ese entonces en la página web de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.; y (vi) que como consecuencia de esa limitación, el “suministrador” no pudo proveer la totalidad de la energía reportada en los contratos registrados, es decir, *“no puede cumplir con los contratos pactados con otros agentes”*.

7.2.3. Caso concreto

El conflicto sometido a decisión en esta instancia versa sobre el eventual incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P., como se desprende de los argumentos del recurso de apelación, a través del cual AREMARI S.A. E.S.P. pretende que se revoque la sentencia proferida por el *a quo* en el sentido de: (i) absolverla de toda responsabilidad frente al incumplimiento endilgado -suministro de energía-; y (ii) declarar el incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P., condenándola al pago de las cláusulas penales previstas en los contratos objeto de debate, así como también al pago de las facturas No. 150 y 150, correspondientes al suministro de energía facturado durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2009 al 31 del mismo mes y año, y a los intereses moratorios.

Así las cosas, corresponde al Juez del contrato examinar: (i) si CEDELCA S.A. E.S.P. incumplió las obligaciones a su cargo, puntualmente aquellas relativas al pago por concepto del suministro de energía eléctrica de diciembre de 2009 y (ii) si dicho incumplimiento configuró una causal de terminación anticipada de los contratos y, a su vez, dio lugar al inicio de un proceso de limitación al suministro de energía de AREMARI S.A. E.S.P. que le impidió proveer la totalidad de la energía acordada.

7.2.3.1. Obligación de pago del suministro de energía y consecuencias del pago extemporáneo de las cuentas de cobro Nos. 20 y 21

Encontrándose acreditado el incumplimiento de AREMARI S.A. E.S.P. en lo relativo al suministro de energía eléctrica del mes de diciembre de 2009 (hecho probado 7.2.1.1.20.), - aspecto que por lo demás no fue cuestionado por la recurrente en su recurso de alzada, toda vez que lo que argumentó es que dicho incumplimiento no le era imputable en la medida en que se produjo como consecuencia del incumplimiento en los pagos por parte de CEDELCA S.A. E.S.P.-, en primera medida es necesario dilucidar en el proceso si la obligación de efectuar el pago fue totalmente incumplida o si se cumplió de manera defectuosa o tardía por parte de CEDELCA S.A. E.S.P., para pasar a establecer, en segundo lugar, las consecuencias que se derivan de dicho incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en la ley y al tenor de lo estipulado por las partes en los contratos materia de la controversia.

Frente a la oportunidad de cumplimiento, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición.

En este sentido, la Sala abordará el examen del *sub judice*, partiendo del análisis de las obligaciones establecidas en los contratos ARM-05 y ARM-012, puntualmente aquellas correspondientes al pago por concepto del suministro de energía eléctrica a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P.

Sobre el particular, en el Anexo 3 de los contratos ARM-05 y ARM-012 se acordó lo concerniente al procedimiento de facturación, prepago y notas de ajuste, en los siguientes términos:

"1. FACTURACIÓN

La entrega de energía por parte de EL SUMINISTRADOR a CEDELCA S.A. E.S.P está condicionada a su prepago. El procedimiento para la facturación y prepago es el siguiente:

1.1. EL SUMINISTRADOR enviará una cuenta de cobro a más tardar quince días hábiles del mes anterior al mes de suministro, la cual debe ser dirigida a la Gerencia General de CEDELCA S.A. E.S.P. La fecha del vencimiento de este documento de cobro será de diez días hábiles antes del mes anterior al mes de suministro. Las cantidades a facturar

corresponderán a las indicadas en el anexo 2 del contrato. La factura se expedirá en el mes siguiente al mes de suministro una vez se cuente con la información sobre el valor del IPP.

1.2. Por su parte, para liquidar la cuenta de cobro, los precios indicados en el anexo 1 se indexarán con el IPP del mes anterior al de suministro. Los ajustes por las diferencias entre el valor prepago y el facturado se cancelarán así: En caso que el ajuste diera un saldo a favor de EL SUMINISTRADOR, se elaborará un documento de cobro que tendrá como fecha de vencimiento el primer día del mes siguiente al mes de elaboración. Si el ajuste diera un saldo a favor de CEDELCA S.A. E.S.P. se hará una nota crédito que se aplicará al documento de cobro que esté más próximo a vencerse. En caso que no se pueda aplicar la nota crédito, debido a que no exista ningún documento de cobro pendiente de pago, el SUMINISTRADOR reembolsará a CEDELCA S.A. E.S.P. el valor a reconocer, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de elaboración de la nota crédito.

1.3. En caso que CEDELCA S.A. E.S.P. no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente un documento de ajuste, EL SUMINISTRADOR podrá informarle al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) para que deje de considerar este contrato en la comercialización del mercado mayorista para el mes respectivo y, además, podrá hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria.

(...)

4. NOTAS DE AJUSTE

4.1. En caso de presentarse diferencias entre los datos facturados y los consumos reales se procederá de la siguiente manera: Cuando la diferencia entre el valor facturado y el realmente suministrado sea inferior al 50%, EL SUMINISTRADOR, deberá elaborar un documento de cobro o factura de ajuste cuando el suministro real es inferior al facturado por la diferencia que haya lugar. Cuando el valor facturado sea superior al suministro, EL SUMINISTRADOR, deberá elaborar una nota crédito.

4.2. Las notas crédito se aplicarán de la siguiente manera: Si el documento de cobro original que modifica no ha vencido, se aplicará a él. En caso contrario, se aplicará al documento de cobro más próximo a vencerse. En ningún caso la fecha de vencimiento de la nota crédito será anterior a la del documento de cobro original que modifica.

4.3. El vencimiento de las facturas emitidas por concepto de ajuste será el primer día hábil del mes siguiente al mes de emisión de dicha factura. En ningún caso, la fecha de vencimiento de la factura de ajuste será anterior a la factura original que modifica.

5. PAGO:

5.1. Los documentos de cobro serán cancelados dentro de los términos mencionados en el numeral 1 de este anexo, en pesos colombianos y a favor de EL SUMINISTRADOR o a quien ellas designen como beneficiario. Si CEDELCA S.A. E.S.P. no lo hace dentro de dicho término reconocerá y cancelará a título de mora un interés igual a la tasa moratoria, máxima de la ley certificada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, vigente del mes del retardo. CEDELCA S.A. E.S.P. renuncia desde ahora a todo aviso o requerimiento de constitución en mora.

5.2. En caso de presentarse diferencias en la facturación respecto de los valores reales a facturar, AREMARI SA ESP generará la nota crédito o factura de ajuste correspondiente y se procederá a su cancelación y/o cruce con la factura más próxima a vencerse. En caso de no existir factura próxima a vencerse, CEDELCA S.A. E.S.P. para la nota débito (o factura de ajuste) o AREMARI SA ESP para la nota crédito deberá cancelar a la otra parte el valor de la nota de ajuste a más tardar un mes después de la fecha de su emisión”⁹¹. (subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, frente al prepago del suministro de energía se observa que según lo estipulado por las partes, AREMARI S.A. E.S.P. se comprometió a enviar a CEDELCA S.A. E.S.P., a más tardar a los quince días hábiles del mes anterior al del suministro, la cuenta de cobro, indicando la fecha de vencimiento del documento, que sería de diez días hábiles anteriores al mes del suministro de energía eléctrica.

En este orden, dentro del proceso quedó acreditado que el 30 de octubre de 2009, AREMARI S.A. E.S.P. remitió a CEDELCA S.A. E.S.P. las cuentas de cobro No. 20 por valor de \$2.239.404.485 y No. 21 de fecha 22 de octubre de 2009 por valor de \$2.239.404.485 (hecho probado 7.2.2.1.9.): la primera por concepto de “*prepago con base en el Contrato ARM-005, código SIC ARMC0011 (...) correspondiente al mes de DICIEMBRE desde el 1º de Diciembre de 2009 al 31 de Diciembre de 2009*”, con fecha de vencimiento el 13 de noviembre de 2009; y la segunda, por concepto de “*prepago con base en el Contrato ARM-012, código SIC ARMC0010 (...) correspondiente al mes de DICIEMBRE desde el 1º de Diciembre de 2009 al 31 de Diciembre de 2009*”, con vencimiento de fecha 13 de noviembre de 2009.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación de pago a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P. frente al suministro de energía derivado del contrato **ARM-005**, en su demanda la empresa indicó que el 1º de diciembre de 2009, de conformidad con la cuenta de cobro No. 20 del 22 de octubre de 2009, consignó a órdenes de AREMARI S.A. E.S.P. un valor total de \$2.239.404.485.

En este sentido, la Sala advierte que dentro del proceso obra copia simple del recibo de consignación del Banco AV Villas No. 87222808-5, en el que consta que el 1º de diciembre de 2009 se transfirió a la cuenta de destino No. 48402232, de la cual es titular AREMARI S.A. E.S.P., la suma de \$2.239.404.485. De otro lado, se probó que la titularidad de la cuenta de destino se encuentra en cabeza de

⁹¹ Fl. 24 a 26, C. 1. Exp. 2011-00086 y Fl. 42 a 44, C. 1. Exp. 2011-00258

AREMARI S.A. E.S.P, tal y como consta en el documento OF041-2830 del 29 de septiembre de 2015, proveniente del Banco de Occidente, Seccional Popayán, así como también en las facturas No. 150 y 151 del 1º de febrero de 2010.

Sumado a lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que dentro del proceso reposa la factura de venta No. 164 del 21 de junio de 2010⁹², aportada por ambas partes, mediante la cual AREMARI S.A. E.S.P. facturó a CEDELCA S.A. E.S.P. el valor correspondiente a la liquidación de la cláusula penal del contrato ARM-05 y en la que expresamente reconoció el pago realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. por la suma de \$2.239.404.485. En efecto, en el referido documento, para efectos de establecer el valor que a juicio de AREMARI S.A. E.S.P. debía cancelársele por concepto de la cláusula penal que reclamó y cobró a CEDELCA S.A. mediante la referida factura, aquella incluyó la suma de \$2.239.404.485 como “VALOR PARCIAL PAGADO POR CEDELCA” y lo descontó del monto que, a su juicio, debía ser cancelado por la empresa por concepto de la penalidad estipulada en el contrato.

De otro lado, en lo que respecta al contrato **ARM-012**, en su demanda CEDELCA S.A. E.S.P. manifestó que procedió al pago de la cuenta de cobro No. 21 del 22 de octubre de 2009 por un valor de \$1.682.920.307, de la siguiente manera:

- Consignación en cheque -No. 23420- de fecha 20 de noviembre de 2009, a favor de ARAMERI S.A. E.S.P., por valor de \$90.000.000.
- Consignación en cheque -No. 3197- de fecha 20 de noviembre de 2009, a favor de AREMARI S.A. E.S.P. por valor de \$187.000.000.
- Consignación en cheque -No. 1989- de fecha 20 de noviembre de 2009, a favor de AREMARI S.A. E.S.P. por valor de \$50.000.000.
- Abono a la cuenta HXX4J2ZB, de fecha 20 de noviembre de 2009, por valor de \$613.000.000.
- Abono de fecha 24 de noviembre de 2009, a través del Banco de Occidente por valor de \$40.000.000.
- Consignación en cheque -No. 8198- de fecha 24 de noviembre de 2009, a favor de AREMARI S.A. E.S.P. por valor de \$200.000.000.
- Transferencia a la cuenta HXX4J2ZB, de fecha 24 de noviembre de 2009 por valor de \$502.920.307.

⁹² FI. 215, C. 2, Exp. 2011-0086 y 63, C.1. Exp. 2011-00258.

Al respecto, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

El 20 de noviembre de 2009, se realizó una consignación en cheque por valor de \$327.000.000 a favor de AREMARI S.A. E.S.P., a la cuenta corriente No. 484-02213-2, de la cual es titular esta última, tal y como consta en copia simple del formato único de operación en caja del Banco Santander⁹³, que expresamente señala que, “(...) *la información correspondiente al titular, cuenta y valor se encuentra correcta*”.

El 24 de noviembre de 2009, se realizó una consignación en cheque por valor de \$200.000.000 a favor de AREMARI S.A. E.S.P., a la cuenta corriente No. 484-02213-2, de la cual es titular esta última, según consta en copia simple del formato único de operación en caja del Banco Santander⁹⁴ que expresamente señala que “(...) *la información correspondiente al titular, cuenta y valor se encuentra correcta*”.

El 24 de noviembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. consignó \$40.000.000 a favor de AREMARI S.A. E.S.P., a la cuenta corriente No. 484-02213-2 de la cual es titular AREMARI S.A. E.S.P., según consta en el oficio OF041-2830 del 29 de septiembre de 2015, del Banco de Occidente, Seccional Popayán⁹⁵.

De igual forma, dentro del proceso obra el pantallazo “Detalle de Pagos” del Banco AV Villas, el cual da cuenta que el 20 de noviembre de 2009 se realizó un “ABONO AREMARI” por valor de \$613.000.000⁹⁶.

Asimismo, reposa el pantallazo de “Histórico de Transacciones” de CEDELCA.S.A. E.S.P. en el que se relacionan las transacciones realizadas por la empresa el 24 de noviembre de 2009 y en donde se registra un pago a la cuenta HXX4J2ZB “SALDO AREMARI”, por valor de \$502.920.307⁹⁷.

De igual modo, obra la factura de venta No. 163 del 21 de junio de 2010⁹⁸, en la que AREMARI S.A. E.S.P. cobró a CEDELCA S.A. E.S.P. el pago por concepto de la liquidación de la cláusula penal del contrato ARM-12 que a juicio de AREMARI S.A. E.S.P. debía serle pagado por CEDELCA S.A. E.S.P., siendo menester

⁹³ FI.219, C. 2. Exp. 2011-00086 y 43, C.1. Exp. 2011-00258.

⁹⁴ FI. 222, C. 2. Exp. 2011-00086 y 46, C.1. Exp. 2011-00258.

⁹⁵ FI. 58, C. de Pruebas Exp. 2011-00258.

⁹⁶ FI. 220, C. 2. Exp. 2011-00086 y 44, C.1. Exp. 2011-00258.

⁹⁷ FI. 223, C. 2. Exp. 2011-00086 y 47, C.1. Exp. 2011-00258.

⁹⁸ FI. 214, C. 2. Exp. 2011-00086 y 64, C.1. Exp. 2011-00258.

resaltar al respecto, que en dicha factura AREMARI S.A. E.S.P. reconoció el pago efectuado por CEDELCA S.A. E.S.P. por valor de \$1.682.920.307, que corresponde en su integridad al valor de la cuenta de cobro No. 21 del 22 de octubre de 2008, pues así se describe expresamente en la mencionada factura, en la que justamente se descuenta la suma de \$1.682.920.307 para efectos de determinar la cantidad que a juicio de AREMARI S.A. E.S.P. se encuentra pendiente de pago y se indica que dicho monto corresponde a "VALOR PARCIAL PAGADO POR CEDELCA".

En este orden de ideas, examinadas en conjunto las pruebas allegas al expediente, la Sala encuentra acreditado que CEDELCA S.A. E.S.P. canceló las cuentas de cobro No. 20 y No. 21 del 22 de octubre de 2009, correspondientes al prepago del suministro de energía de diciembre de 2009, por valor de \$2.239.404.485 (contrato ARM-005) y por valor de \$1.682.920.307 (contrato ARM-012). Lo anterior, no solamente porque las transacciones, consignaciones y abonos antes relacionados así lo demuestran, sino también porque AREMARI S.A. E.S.P. así lo reconoció al expedir las facturas de venta No. 163 y No. 164 del 21 de junio de 2010, según se ha expuesto.

Ahora bien, esta colegiatura no pasa por alto que el prepago del suministro de energía correspondiente al mes de diciembre de 2009 fue efectuado por CEDELCA S.A. E.S.P. por fuera del plazo previsto en los contratos. En efecto, debe recordarse que de conformidad con lo estipulado en el numeral 1.1. del Anexo 3 de los contratos, las cuentas o documentos de cobro del prepago de energía debían ser enviadas por el suministrador a más tardar quince días hábiles del mes anterior al mes de suministro y debían ser pagadas por CEDELCA S.A. E.S.P. a más tardar a la fecha de su vencimiento, la cual debía ser de diez días hábiles antes del mes anterior al mes de suministro.

Pues bien, en el presente caso se observa que los documentos de cobro presentados por AREMARI S.A. E.S.P. correspondientes al suministro de energía del mes de diciembre de 2009, tenían como fecha de vencimiento el 13 de noviembre de 2009, a pesar de lo cual la empresa realizó su pago el 1º de diciembre de 2009 en cuanto al contrato ARM-005 (cuenta de cobro No. 20) y el 20 y 24 de noviembre de 2009 en lo que corresponde al contrato ARM-012 (cuenta de cobro No. 21).

En suma, resulta claro que CEDELCA S.A. E.S.P. cumplió tardíamente las obligaciones a su cargo en lo que respecta al prepago por concepto del suministro

de energía de los contratos ARM-005 y ARM-012 del mes de diciembre de 2009. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la recurrente, la Sala considera que el retardo en el pago, en los términos acordados por las partes, da lugar a la causación de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada de los contratos que pudiera ser invocada por AREMARI S.A. E.S.P para suspender el suministro de energía a partir del 1º de diciembre de 2009, así como tampoco da lugar al reconocimiento de las cláusulas penales pactadas, pues aquella hace referencia a la falta absoluta del prepago correspondiente al suministro de energía o a la falta de cancelación oportuna de un documento de cobro de ajuste, diferenciando entonces distintas situaciones de impago de la obligación: la primera, referente a la no cancelación, en términos absolutos, del prepago correspondiente a determinado mes, que es lo que se pretendía cobrar con las cuentas Nos. 20 y 21 en entredicho y la segunda, atinente a la no cancelación oportuna de un documento de cobro que contenga un ajuste. En efecto, bajo la lógica contractual la distinción de ambas situaciones resulta plausible, en la medida en que la ausencia de pago debe hacer referencia a la falta absoluta del mismo cuando se trata del prepago correspondiente al suministro de energía, es decir al pago anticipado del mismo en tanto ello permite establecer, justamente porque se pagó, que se cumplirá con el servicio de suministro, en tanto, por otro lado, el pago debe ser oportuno cuando se trata de la cancelación de los ajustes, por cuanto ello hace referencia a energía ya suministrada al adquirente pero que no alcanzó a cubrirse con lo prepago en cuenta de cobro anterior, situaciones que no deben confundirse y que en los contratos ciertamente fueron reguladas en forma distinta.

En efecto, en punto a las estipulaciones contractuales atinentes al pago del suministro de energía eléctrica, es pertinente indicar que las partes convinieron, en el numeral 5.1 del Anexo 3, que la demora en el pago de los documentos de cobro presentados para el prepago de la energía a ser suministrada, que según el numeral 1.1. del referido anexo debían ser cancelados a más tardar en la fecha de su vencimiento (10 días hábiles antes del mes anterior al suministro), daba lugar al reconocimiento y pago a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P de intereses moratorios.

A su vez, en cuanto a la cláusula penal, de conformidad con lo previsto en los contratos ARM-005 y ARM-012, las partes acordaron que la misma se haría efectiva ante el incumplimiento de los contratos, siempre y cuando dicho incumplimiento diera lugar a su terminación. Así quedó establecido en la cláusula octava de los negocios jurídicos, cuyo texto reza:

“En el evento de que una de las partes incumpla con las obligaciones derivadas del presente contrato y su incumplimiento de lugar a la terminación del mismo, deberá pagar a la parte cumplida, a título de pena, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato que hasta el momento se haya ejecutado, el cual será considerado como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios. El valor de esta pena pecuniaria se tomará de los valores pendientes de pago, llegándose en última instancia al cobro por la vía jurisdiccional por el saldo no cubierto. En todo caso no habrá lugar a incumplimiento de este contrato cuando el no suministro se deba a una falla en los sistemas de transmisión, tanto nacional como regional, ni de distribución locales”. (subrayado fuera del texto)

Por su parte, respecto a la terminación anticipada de los contratos, en la cláusula novena de los contratos se acordó que la misma procedería en los siguientes eventos:

*“1. El grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones que las partes adquieren caso en el cual la parte responsable del incumplimiento cancelará a la otra, las indemnizaciones establecidas en el contrato y de acuerdo con la ley. 2. Cuando CEDELCA S.A. E.S.P. no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente un documento de cobro por ajuste. 3. Por expreso mandato de la ley. 4. De común acuerdo. 5. En el evento de que una de las partes intervinientes ceda o transfiera a un tercero el presente contrato total o parcialmente, sin la autorización previa, expresa y escrita de la contraparte. 6. En el evento en que CEDELCA S.A. E.S.P. celebre un nuevo contrato para el suministro de energía a su mercado regulado, para desplazar el celebrado con AREMARI S.A..E.S.P. 7. En el caso que AREMARI S.A. E.S.P. no otorgue a satisfacción de CEDELCA S.A. E.S.P la garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales mencionada en la cláusula vigésima segunda de este contrato. **PARÁGRAFO PRIMERO:** La terminación anticipada del contrato no exime a ninguna de las partes del cumplimiento de las obligaciones previamente contraídas en desarrollo del mismo. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En el evento de ocurrencia de una de las causales de terminación anticipada del contrato, la parte afectada lo informará inmediatamente al Administrador del SIC para que este deje de considerar el contrato en la comercialización del mercado mayorista”. (se resalta)*

Bajo el anterior contexto, se aprecia que la terminación anticipada de los contratos, la cual a su turno daría lugar al reconocimiento de la cláusula penal, tendría ocurrencia: (i) ante su grave e injustificado incumplimiento; (ii) cuando CEDELCA S.A. E.S.P. no realice el prepago correspondiente al suministro de energía o no cancele oportunamente un documento de cobro por ajuste; (iii) por mandato legal; (iv) de común acuerdo; (v) por la cesión del contrato sin autorización; y (vi) ante la celebración de un nuevo contrato de suministro que desplace los celebrados.

Pues bien, al tenor de las anteriores cláusulas contractuales, la Sala advierte que la falta de pago de los documentos de cobro presentados para el prepago de la

energía a suministrar, así como el pago extemporáneo de documentos de ajuste elaborados como resultado de una diferencia entre el valor prepago y el monto real del consumo, configuraba una causal de terminación anticipada de los contratos, mientras que el pago extemporáneo de los documentos o cuentas de cobro por concepto de prepago de energía originaba como consecuencia el reconocimiento de intereses moratorios a la tasa pactada por las partes.

En este sentido, es de resaltar que, de conformidad con lo probado en el proceso, no se observa que CEDELCA S.A. E.S.P hubiera omitido efectuar el pago del valor correspondiente a las cuentas de cobro No. 020 por valor de \$2.239.404.485 y No. 021 por valor de \$1.682.920.307, presentadas el 30 de octubre de 2009 por concepto de prepago del suministro de energía del mes de diciembre de 2009, ni tampoco que hubiese dejado de pagar un documento de cobro por ajuste presentado por AREMARI S.A. E.S.P y, por tanto, no se configuró la causal de terminación anticipada pactada en el numeral segundo de la cláusula novena, a cuyo tenor AREMARI S.A. E.S.P. se encontraba facultada para terminar anticipadamente los contratos *“2. Cuando CEDELCA S.A. E.S.P. no realice el prepago correspondiente o no cancele oportunamente un documento de cobro por ajuste”*. Se reitera, en el caso concreto se presentó una mora en el prepago de la energía a suministrarse en el mes de diciembre de 2009, es decir, un incumplimiento tardío de la obligación, mas no un incumplimiento total o definitivo en el pago de las referidas cuentas de cobro, toda vez que el valor del prepago se canceló íntegramente, aunque por fuera del término estipulado, según se expuso atrás⁹⁹.

⁹⁹ Por lo demás, cabe añadir que, en materia de contratos de venta de energía a largo plazo, al tenor del artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995, vigente a la celebración de los contratos *sub judice*, no había lugar a que una de las partes informara al ASIC la terminación unilateral de un contrato de venta de energía a largo plazo para que este lo dejara de considerar en la comercialización en el mercado mayorista, tal como lo consignó el ASIC en su comunicación del 15 de diciembre de 2009, posibilidad que solo vino a tener cabida en virtud de la modificación que al respecto introdujo el artículo 3º de la Resolución CREG 038 del año 2010, al hacer expresa la posibilidad de que, cuando los agentes en sus contratos prevean causales de terminación unilateral, una de las partes pueda informar al ASIC de la terminación del contrato.

En efecto, el artículo 3º de la Resolución CREG 038 de 2010, dispone:

“Artículo 3. Modificación del Artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995. El artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995 quedará así:

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

Cuando en el contrato se haya pactado la terminación unilateral, bastará con que una de las partes informe al ASIC que se ha producido la terminación del contrato. Esta parte será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen si la terminación informada

Así las cosas, si bien se presentó un cumplimiento tardío de la obligación de realizar el prepago del mes de diciembre de 2009 - mora que quedó superada el 25 de noviembre de 2009 en lo que corresponde al contrato ARM-012 y el 2 de diciembre de dicha anualidad en cuanto al contrato ARM-005, es decir, el día siguiente al último de los pagos efectuados por CEDELCA S.A. E.S.P. frente a las cuentas de cobro de cada contrato-, el pago tardío realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. no configuró la causal de terminación de los contratos invocada por AREMARI S.A. E.S.P, de acuerdo con la cual, se itera, solamente la no cancelación de los documentos de cobro del prepago o el pago extemporáneo de documentos de ajuste daba lugar a la terminación de la relación contractual, de conformidad con lo pactado en la cláusula novena anteriormente citada. Por esta misma razón, concluye la Sala que, al no configurarse la causal de terminación anticipada aducida por AREMARI S.A. E.S.P., tampoco se reúnen los supuestos contemplados para la aplicación de las cláusulas penales a su favor, toda vez que, al tenor de la cláusula octava, estas fueron pactadas únicamente para *“el evento de que una de las partes incumpla con las obligaciones derivadas del presente contrato y su incumplimiento de lugar a la terminación del mismo”*, máxime teniendo en cuenta que, si bien el 30 de noviembre de 2009 AREMARI S.A. E.S.P informó al ASIC acerca del incumplimiento en el pago oportuno del suministro de energía y solicitó que los contratos ARM-005 y ARM-012 fueran dejados de considerar en la comercialización del mercado mayorista a partir del 1º de diciembre de 2009 (hecho probado 7.2.1.1.10), luego de recibido el último de los pagos efectuados por parte de CEDELCA S.A. E.S.P., AREMARI S.A. E.S.P. comunicó al ASIC que había llegado a un acuerdo con CEDELCA S.A. E.S.P. en punto al pago del suministro de energía eléctrica y le solicitó que, por tanto, fuesen *“(…) restablecidas las diligencias correspondientes para normalizar el desarrollo de los contratos mencionados”* (hecho probado 7.2.1.1.12).

En este orden de ideas, la manifestación de voluntad de AREMARI S.A. E.S.P. contenida en la comunicación del 3 de diciembre de 2009, refleja claramente su voluntad de continuar con el normal desarrollo de los contratos ARM-005 y ARM-012, producto de la aceptación del pago extemporáneo efectuado por CEDELCA S.A. E.S.P. y, en general, de las circunstancias bajo las cuales tuvo lugar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de esta última, por lo que no es de recibo que con posterioridad haya solicitado nuevamente al ASIC la terminación

no se sustenta en las causales de terminación previstas en el contrato.” (Resaltado fuera de texto)

de los contratos con fundamento en el pago tardío que previamente había aceptado y que en su demanda pretenda justificar la disminución del suministro de energía que tuvo lugar entre el 2 y el 23 de diciembre de 2009, basado en el pago realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. en forma extemporánea pero en todo caso anterior a la referida comunicación del 3 de diciembre de 2009 y a las fechas en las que la mora de CEDELCA S.A. E.S.P. había quedado superada, según quedó expuesto anteriormente.

Debe resaltarse que la buena fe contractual, expresamente consagrada en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, es fuente de deberes de conducta que integran el contenido prestacional del negocio jurídico - dentro de los que se destacan, para el caso que aquí nos ocupa, los deberes de lealtad y coherencia- a la vez que protege la confianza que la conducta observada ha suscitado en el cocontratante, impone guardar coherencia y reprocha la modificación injustificada del comportamiento cuando se ha generado la expectativa de una conducta futura.

De otro lado, observa la Sala que dentro del proceso no se acreditó que el retardo en el pago hubiese generado alguna perturbación o contratiempo que afectara la ejecución de los contratos, ni mucho menos que haya sido la causa que dio lugar al proceso de limitación al suministro de energía, aspecto que se abordará en detalle más adelante.

En todo caso, es menester recordar que el pago tardío de una obligación dineraria genera como consecuencia la causación de intereses moratorios, a la tasa pactada por las partes o a la que de modo supletivo se encuentra establecida en la ley. En este sentido, de tiempo atrás esta Subsección¹⁰⁰ ha indicado que la

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011. Rad.: 19597. En dicho proveído se indicó que: *“una situación clara de incumplimiento es precisamente la ejecución de la obligación de pagar un precio por fuera del plazo establecido, en este caso se trata de un incumplimiento relativo (al ser posible aún la satisfacción de la prestación) imputable al deudor, configurándose la obligación de pagar intereses moratorios. Acorde con lo sostenido, la doctrina ha definido la mora como “...la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o éste rehúsa las ofertas reales que se le formulan, y que subsisten mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil”.* (Cita original TRIGO REPRESAS, Felix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil. El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica. Tomo II. Buenos Aires, La Ley. 2008. Pág. 73). Asimismo, se manifestó que *“el vencimiento del plazo y el no pago de la obligación genera responsabilidad contractual del deudor, no obstante como la doctrina ha reiterado, la indemnización a pagar presenta los siguientes rasgos característicos: a. por la tardanza sólo procede la moratoria y no la compensatoria (que sería en los casos de cumplimiento parcial de la obligación); b. la ley exonera al acreedor de la necesidad de probar los perjuicios, el cobro puede hacerse toda vez que el daño es presumido por el legislador en el entendimiento que toda suma de dinero produce intereses; c. el deudor no puede ser oído si pretende justificar que el*

ejecución tardía de la obligación frente al pago del precio constituye un incumplimiento relativo o no definitivo, que trae como consecuencia que el deudor resulte obligado al pago de intereses moratorios a favor del acreedor, en razón a los perjuicios ocasionados por no recibir el dinero adeudado en la oportunidad acordada.

Bajo el anterior contexto, la Sala concluye que el pago extemporáneo de las cuentas de cobro Nos. 20 y 21 correspondientes al prepago de la energía a suministrarse en el mes de diciembre de 2009 da lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada de los contratos, ni da lugar a la aplicación de las cláusulas penales, tal como lo afirmó el a-quo.

Finalmente, es menester indicar que, comoquiera que dentro del proceso se acreditó que CEDELCA S.A. E.S.P. canceló las cuentas de cobro No. 20 y 21 del 22 de octubre de 2009, correspondientes al prepago por el suministro de energía de diciembre del mismo año, no hay lugar a ordenar el pago de las facturas de venta No. 150 y No. 151 que reclama la recurrente, pues aquellas corresponden al suministro de energía de diciembre de 2009, que no solo fue incumplido por AREMARI S.A. E.S.P. sino que, además, fue prepago por parte de la empresa al efectuar el pago de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21, canceladas tardíamente por CEDELCA S.A. E.S.P. y frente a las cuales se confirmará lo resuelto por el Tribunal en el sentido de reconocer los correspondientes intereses moratorios por el periodo en el que tuvo lugar la mora.

Al respecto, conviene añadir que, de conformidad con el Anexo 3 de los contratos ARM-05 y ARM-012, en cuanto al procedimiento para la facturación las partes acordaron que, en caso de presentarse diferencias entre el valor prepago y el consumo real de energía, el suministrador elaboraría un documento de cobro por ajuste que tendría como fecha de vencimiento el primer día del mes siguiente al de su elaboración. En efecto, al respecto se acordó lo siguiente:

“En caso de presentarse diferencias entre los datos facturados y los consumos reales se procederá de la siguiente manera: Cuando la diferencia entre el valor facturado y el realmente suministrado sea inferior al 50%, EL SUMINISTRADOR, deberá elaborar un documento de cobro o factura de ajuste cuando el suministro real es inferior al facturado por la diferencia que haya lugar. Cuando el valor facturado sea superior al suministro, EL SUMINISTRADOR, deberá elaborar una nota crédito.

cumplimiento tardío no generó daño alguno, y; d. Para estos eventos es posible estipular la tasa de interés y en caso de no hacerlo se debe aplicar el interés fijado por la ley”.

(...)

5.2. En caso de presentarse diferencias en la facturación respecto de los valores reales a facturar, AREMARIS SA ESP generará la nota crédito o factura de ajuste correspondiente y se procederá a su cancelación y/o cruce con la factura más próxima a vencerse. En caso de no existir factura próxima a vencerse, CEDELCA S.A. E.S.P. para la nota debito (o factura de ajuste) o AREMARI SA ESP para la nota crédito deberá cancelar a la otra parte el valor de la nota de ajuste a más tardar un mes después de la fecha de su emisión”.

En este orden de ideas, observa la Sala que las facturas No. 150 por valor de \$349.707.542 y No. 151 por la suma de \$199.194.322, presentadas por AREMARI S.A. E.S.P. el 5 de marzo de 2010, no corresponden a documentos o notas de ajuste que hubieren sido elaboradas y aprobadas por las partes con el fin de reflejar diferencias entre el valor prepagado y el consumo real del mes de diciembre de 2009, máxime si se tiene en cuenta que CEDELCA S.A. E.S.P. prepagó la totalidad de la energía que se suministraría en dicho mes, a pesar de lo cual los contratos estuvieron vigentes solo hasta el 23 de diciembre de dicho año y las cantidades de energía efectivamente suministradas entre el 2 y el 23 de diciembre de 2009 fueron sustancialmente menores a las contratadas, lo que al tenor de los contratos habría originado una nota crédito a favor de la empresa.

7.2.3.2. Proceso de limitación al suministro de energía y excepción de contrato no cumplido

En segundo lugar, es menester determinar si el incumplimiento de CEDELCA S.A. E.S.P. en lo concerniente al prepago correspondiente al mes de diciembre de 2009, dio lugar a un proceso de limitación al suministro de energía de AREMARI S.A. E.S.P., lo que a su vez, según afirma la recurrente, produjo como consecuencia la disminución en las cantidades de energía suministrada durante dicho mes, a propósito de lo cual deberá determinarse, de igual modo, si en el caso concreto se configura la excepción del contrato no cumplido.

Según el artículo 1609 del Código Civil¹⁰¹, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo

¹⁰¹ Autores como Fernando Hinestrosa han reconocido esta disposición normativa como el fundamento de la denominada excepción de contrato no cumplido, la cual, a su vez, se erige como “un derecho de defensa, legítima defensa privada, actitud preventiva y transitoria de la parte que,

cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, salvo en aquellos eventos en que el incumplimiento imputable al contratista sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al cocontratante en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones¹⁰².

Descendiendo al caso concreto, se advierte que la recurrente no acreditó que la mora en el pago por parte de CEDELCA S.A. E.S.P hubiese dado lugar al proceso de limitación al suministro de energía que el ASIC adelantó en su contra.

En efecto, en lo que guarda relación con el proceso de limitación al suministro de energía, al plenario tan solo fue allegado el oficio 004650-1 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director Administrativo de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC- (hecho probado 7.2.2.1.19.). Dicha prueba da cuenta de los procesos de limitación que se iniciaron en contra de AREMARI S.A. E.S.P. entre 20 de octubre de 2009 y el 20 de julio de 2010, y frente a cada uno se relaciona su fecha de vencimiento, el concepto (lo que se debía pagar para ese vencimiento), la fecha de inicio de la limitación, la fecha de pago y el estado.

A partir de esta información, en punto de la cuestión sometida a debate, se puede establecer que AREMARI S.A. E.S.P. fue objeto de limitaciones al suministro de energía por concepto del vencimiento de garantías desde el mes de octubre de 2009 y, en lo que concierne al mes de diciembre de dicho año, se iniciaron procesos de limitación los días 2, 9, 16 y 23, los cuales prolongaron hasta el 28 de enero de 2010. Sin embargo, el mencionado documento no brinda mayores detalles que permitan siquiera inferir las circunstancias que dieron origen de los procesos de limitación al suministro de energía, es decir, no se puede determinar las razones que dieron lugar al inicio de cada uno de estos procedimientos, ni menos aún es posible concluir, a partir de la información allí reflejada, que ello hubiere sido el resultado de la demora en el pago de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21.

siendo acreedora a la vez que deudora, se encuentra en riesgo de perder su prestación porque la contraparte no cumple ni se allana a cumplir". (Fernando Hinestroza, Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2015, Página 931).

Según se observa en la configuración normativa del artículo referenciado, este medio de defensa procede únicamente en los contratos bilaterales o sinalagmáticos. Respecto a estos contratos, la doctrina señala que, en los mismos, *"las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa, es decir, que cada una de ellas es el apoyo de la otra, y viceversa"* (Álvaro Pérez Vives, *Teoría General de las Obligaciones. Doctrina y Ley, Bogotá..2012, Página 285*)

¹⁰² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Rad.: 24217.

Conviene resaltar, además, que varios procesos de limitación de energía frente a AREMARI S.A. E.S.P. fueron iniciados con anterioridad al mes de diciembre de 2009, y que para las fechas en las que se iniciaron las limitaciones al suministro de energía en contra de AREMARI S.A. E.S.P. en el mes de diciembre de 2009, ya había sido efectuado el pago de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21, lo que en opinión de la Sala resta credibilidad al dicho de la recurrente en cuanto a la causalidad que pretende establecer entre el incumplimiento de la empresa y el inicio del proceso de limitación del suministro de energía que tuvo lugar el 2 de diciembre de 2009 y que condujo a la disminución en las cantidades de energía suministrada a CEDELCA S.A. E.S.P.

En otros términos, al no encontrarse probado que el incumplimiento de la empresa hubiese puesto a AREMARI S.A. E.S.P. en una situación que le imposibilitara cumplir con el suministro de energía eléctrica en diciembre de 2009, esta última no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, entre otras razones porque al haber desistido de la solicitud de dejar de considerar los contratos de suministro de energía a partir del 1º de diciembre de 2009, tal como lo indicó al ASIC en oficio del 3 de diciembre de 2009, esa manifestación implica tácitamente su aceptación y su conformidad con los pagos tardíos que respecto a las cuentas de cobro en cuestión, correspondientes al mes de diciembre, le había realizado CEDELCA S.A. E.S.P. y, por tanto, ello colocaba a esta última en situación de cumplimiento sin que AREMARI S.A. E.S.P. pudiera entonces, desconociendo su propia solicitud y aceptación del cumplimiento contractual de su cocontratante, volver a solicitar- por los mismos hechos y circunstancias- la terminación de los contratos y para justificar además su propio incumplimiento contractual al dejar de suministrarle energía a CEDELCA S.A. E.S.P. Esta no es la conducta que se espera de una parte contractual que actúa de buena fe e implica el desconocimiento de las propias manifestaciones al interior del vínculo obligacional que ciertamente, de cara al transcurrir contractual, tienen efectos jurídicos sobre el mismo, en violación del principio de buena fe contractual en general y en particular de una de sus manifestaciones como es el que recoge la máxima *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, que exige la rectitud y coherencia en el cumplimiento de la relación obligacional entre ambas partes.

Así las cosas, se concluye que AREMARI S.A. E.S.P. no probó que la mora en el pago por parte de CEDELCA S.A. E.S.P. la hubiese puesto en condiciones de imposibilidad de cumplir con las obligaciones a su cargo, relativas al suministro de energía eléctrica durante diciembre de 2009. Por el contrario, lo que sí se encuentra demostrado en el proceso es el incumplimiento AREMARI S.A. E.S.P.

en lo relativo al suministro de energía eléctrica a partir del 2 de diciembre de 2009, fecha para la cual, se itera, CEDELCA S.A. E.S.P. ya no se encontraba en situación de incumplimiento en punto al prepago de la energía a ser suministrada en dicho mes.

En efecto, en el proceso se acreditó que la cantidad total de energía que AREMARI S.A. E.S.P. se comprometió a suministrar durante diciembre de 2009 fue la siguiente: (i) frente al contrato ARM-05 un total aproximado de 18.972 MWH (hecho probado 7.2.1.1.1); y (ii) con relación al contrato ARM-012 un total aproximado de 13.946 MWH (hecho probado 7.2.1.1.3). A su vez, también quedó probado que AREMARI S.A. E.S.P., a partir del 2 de diciembre de 2009 y hasta la finalización de los contratos el 23 de diciembre de 2009, suministró una cantidad de energía ostensiblemente inferior a la acordada en los contratos ARM-005 y ARM-012, según da cuenta el oficio 004691-1 del 5 de junio de 2012, suscrito por el Director Administrativo de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en el que se allegó la relación del suministro por kilovatio hora durante dicho periodo (hecho probado 7.2.1.1.20.).

Este incumplimiento a su turno dio lugar a que el 16 de diciembre de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. solicitara al ASIC que dejara de considerar los contratos de suministro de energía eléctrica ARM-005 y ARM-012 y, por ende, procediera a su terminación (hecho probado 7.2.1.1.16), la cual finalmente se hizo efectiva el 23 de diciembre de 2009, según da cuenta el oficio del 18 de diciembre de 2009 enviado por el ASIC informando que en virtud de las solicitudes elevadas por ambas partes, “[...] *considera cumplido el requisito de solicitud de terminación por ambas partes y actuará en consecuencia procediendo a la terminación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 18º de la Resolución CREG-024 de 1995*” e indicando que los contratos ARM-005 y ARM-012 permanecerían vigentes hasta el 23 de diciembre de 2009 (hecho probado 7.2.1.1.17).

De conformidad con lo expuesto, en suma, la disminución en el suministro de energía eléctrica durante el mes de diciembre de 2009 constituyó un incumplimiento contractual imputable a AREMARI S.A. E.S.P., de tal suerte que no hay lugar a revocar la condena al pago proporcional de las cláusulas penales que le fue impuesta a AREMARI S.A. E.S.P. en la sentencia recurrida.

En conclusión, la Sala confirmará la decisión del *a quo* en el sentido de declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de AREMARI S.A. E.S.P. en lo concerniente al suministro de la energía eléctrica del mes de diciembre de 2009 y

la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de CEDELCA S.A. E.S.P. correspondientes al prepago del suministro de energía de dicho mes, condenando a la primera al pago proporcional de las cláusulas penales pactadas y a la segunda a los intereses moratorios sobre las sumas pagadas por fuera del término pactado.

7.2.3.3. Consideraciones finales

Descartados los argumentos centrales de la apelación, la Sala abordará los demás aspectos cuestionados en el recurso de alzada, relacionados con la falta de pronunciamiento frente a todas las pretensiones de la demanda.

En este sentido, en su recurso AREMARI S.A. E.S.P. manifestó que el Tribunal omitió pronunciarse acerca de todas las pretensiones de su demanda.

Examinadas en conjunto las pretensiones de la demanda frente a lo considerado y resuelto por el Tribunal Administrativo de Casanare en la sentencia proferida el 4 de octubre de 2018, corregida mediante providencia del 14 de febrero de 2019, la Sala advierte que el *a quo* analizó lo atinente a: (i) el pago del suministro de energía del mes de diciembre de 2009, a propósito de lo cual encontró acreditado el pago tardío de las cuentas de cobro No. 20 y No. 21 y dispuso el reconocimiento de intereses moratorios a favor de AREMARI S.A. E.S.P; (ii) la terminación anticipada del contrato pretendida por AREMARI S.A. E.S.P, frente a lo cual concluyó que CEDELCA S.A. E.S.P. no incurrió en causal de terminación de los contratos y que AREMARI S.A. E.S.P incumplió con el suministro de energía correspondiente al mes de diciembre de 2009; y (iii) la improcedencia de las pretensiones de AREMARI S.A. E.S.P. relacionadas con las cláusulas penales y el pago de las facturas No. 150 y No. 151.

Con todo, la Sala observa que el Tribunal no se pronunció acerca de las pretensiones relativas a la liquidación de los contratos ARM-005 y ARM-012, esto es, las pretensiones séptima y décimo cuarta de la demanda, a través de las cuales AREMARI S.A. E.S.P. solicitó ordenar a CEDELCA S.A. E.S.P. que proceda a la liquidación de los contratos teniendo en cuenta las declaraciones y condenas solicitadas.

Bajo este entendido, la Sala procederá al estudio de las mencionadas pretensiones, a propósito de lo cual es menester recordar que los contratos ARM-

005 y ARM-012 se rigen de forma preferente por el derecho privado (F.J. 6.1.) y en ellos las partes no pueden atribuirse la potestad de liquidar unilateralmente el contrato. Así, proferir una orden en los términos solicitados por AREMARI. S.A. E.S.P., esto es, ordenar a CEDELCA S.A. E.S.P. que liquide los contratos, resultaría improcedente, comoquiera que las misma conduciría a que se efectúe por la empresa una liquidación unilateral y las normas de derecho privado no prevén dicha posibilidad¹⁰³.

Por tal motivo, de conformidad con el objeto de la *litis*, teniendo en cuenta la causa petendi que abarca la pretensión de liquidación y partiendo de una interpretación integral de la demanda¹⁰⁴, la Sala abordará el estudio de las pretensiones que aquí nos ocupan bajo el entendido de que AREMARI. S.A. E.S.P. pretende que el juez del contrato efectúe la liquidación los negocios jurídicos materia de la controversia.

De acuerdo con lo anterior y estando demostrado en el proceso que los contratos se encuentran terminados y no han sido liquidados de mutuo acuerdo, la Sala declarará liquidados los contratos ARM-005 del 4 marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, arrojando como saldo final a cargo de AREMARI S.A. E.S.P y a favor de CEDELCA S.A. E.S.P. el valor resultante de la compensación de las condenas, en los términos establecidos en la parte resolutive de la presente providencia.

7.2.4. De la actualización de la condena

Como consecuencia de lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará la condena reconocida y ordenada por el Tribunal Administrativo de Casanare en la sentencia de primera instancia, en la que se condenó: (i) a AREMARI S.A. E.S.P. a pagar a CEDELCA S.A. E.S.P. por concepto de cláusula penal la suma de \$2.033.135.936

¹⁰³ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1º de junio de 2020. Rad.: 47101.

¹⁰⁴ De conformidad con reiterada jurisprudencia, el juez está facultado para interpretar la demanda, siempre que con ello no la altere, ni suplante al actor. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Esta Corporación, de vieja data, ha venido sosteniendo que la demanda... debe interpretarse de una manera racional y lógica, teniendo en cuenta su texto íntegro, de manera tal que las dudas o vacilaciones que afloran de su redacción; las imprecisiones de sus súplicas; la equivocada denominación de las acciones que se ejercen o de los fundamentos de derecho que se invoquen por el actor, puedan ser esclarecidas si del contexto general del libelo resulta en forma suficientemente clara cuál es su verdadero sentido y alcance.

En suma, se ha dicho que ‘el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal’, por cuanto debe trascender ‘su misma redacción’, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de enero de 2005, Expediente 7796)

correspondiente al contrato ARM-005 y \$953.431.889 referente al contrato ARM-012; y (ii) a CEDELCA S.A. E.S.P. a pagar a AREMARI S.A. E.S.P. por concepto de intereses moratorios el monto de \$35'513.158,43 en relación con el contrato ARM-005 y \$13'023.093,1 respecto al contrato ARM-012, sumas que fueron compensadas y totalizadas, arrojando un saldo total que AREMARI S.A. E.S.P. le adeuda a CEDELCA S.A. E.S.P. por valor de **\$2.938.031.573,47**, el cual será actualizado aplicando la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p= Valor presente

V_h= Valor histórico

Índice¹⁰⁵ final a la fecha de esta sentencia: 109.62(agosto 2021)

Índice inicial: mes en la que dictó la sentencia de primera instancia

$$V_p = \text{valor histórico} \times \frac{109.62 \text{ (agosto 2021)}}{99.59 \text{ (octubre 2018)}}$$

VALOR HISTORICO	IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR PRESENTE	
\$2.033.135.936	99.59	109.62	\$2.237.898.998,93	Total condena AREMARI S.A. E.S.P. \$3.287.353.800,34
\$953.431.889	99.59	109.62	\$1.049.454.801,40	
\$35.513.158,43	99.59	109.62	\$39.089.792,41	Total condena CEDELCA S.A. E.S.P. \$53.424.479,28
\$13.023.093,1	99.59	109.62	\$14.334.686,87	
				Total condena compensada \$3.233.929.321,06

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia del 4 de octubre de 2018, corregida mediante providencia del 14 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, pero sólo en cuanto a la actualización del saldo total que AREMARI S.A. E.S.P. adeuda a CEDELCA S.A. E.S.P. y la liquidación de los contratos ARM-005 y ARM-012, la cual arroja como saldo final a cargo de AREMARI S.A. E.S.P. la suma de TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y

¹⁰⁵ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor (índices - serie de empalme) que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co>.

TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS CON SEIS CENTAVOS M/CT (\$3.233.929.321,06).

8. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 4 de octubre de 2018, corregida mediante providencia del 14 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por AREMARI S.A. E.S.P. en los contratos ARM-005 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, relativas al suministro de energía eléctrica de diciembre de 2009.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a AREMARI S.A. E.S.P. a pagar a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., por concepto de cláusula penal pecuniaria, los siguientes valores:*

-Por el contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008 DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CT (\$2.237.898.998,93).

-Por el contrato ARM-012 del 14 de noviembre de 2008 MIL CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS UN PESOS CON CUARENTA CENTAVOS M/CT (\$ 1.049.454.801,40)

***TERCERO: DECLARAR** la mora en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por CEDELCA S.A. E.S.P. en los contratos ARM-005 del 4 de*

marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, relativas al pago por el suministro de energía eléctrica de diciembre de 2009.

CUARTO: CONDENAR a CEDELCA S.A. E.S.P. a pagar a favor de AREMARI S.A. E.S.P., por concepto de intereses moratorios, los siguientes valores:

-Por el contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008 TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS M/CT (\$39.089.792,41).

-Por el contrato ARM-012 del 14 de noviembre de 2008 CATORCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS M/CT (\$14.334.686,87)

QUINTO: COMPENSAR las condenas impuestas en los ordinales segundo y cuarto. En consecuencia, los saldos definitivos que AREMARI S.A. E.S.P. debe pagar a favor de CEDELCA S.A. E.S.P., son los siguientes:

-Por el contrato ARM-005 del 4 de marzo de 2008 \$2.198.809.206,52, producto de la resta: \$2.237.898.998,93 menos \$ 39.089.792,41.

-Por el contrato ARM-012 del 14 de noviembre de 2008 \$1.035.120.114,54, producto de la resta: 1.049.454.801,40 menos \$14.334.686,87.

El saldo total que AREMARI S.A. E.S.P. debe pagar a favor de CEDELCA S.A. E.S.P. corresponde a la suma de TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS CON SEIS CENTAVOS M/CT (\$3.233.929.321,06).

SEXTO: DECLARAR liquidados los contratos ARM-005 del 4 de marzo de 2008 y ARM-012 del 14 de noviembre de 2008, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia al poder conferido para actuar dentro del presente proceso a la abogada María Andrea Campo Rodríguez, de conformidad

con los memoriales visibles en el índice 23 del Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada Maryeli Bahos Ortega como apoderada de CEDELCA S.A. E.S.P. en los términos y para los fines del poder conferido, visible en el índice 25 del Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado