

ACCIÓN DE REPETICIÓN / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ELEMENTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO / DOLO / CULPA GRAVE / PRUEBA DE LA CULPA GRAVE / DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA GRAVE / CARGA DE LA PRUEBA

En desarrollo del artículo 90 superior indicado, la Ley 678 de 2001, además de regular los aspectos sustanciales de la acción de repetición, estableció los criterios de evaluación subjetiva de las conductas, a fin de establecer la configuración del dolo o la culpa grave, para lo cual consagró las nociones de cada uno de estos conceptos y, al lado de esto, estableció un régimen de presunciones legales en torno a ellos, con una evidente incidencia en la carga de la prueba.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 678 DE 2001

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMATIVA APLICABLE DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY SUSTANCIAL / APLICACIÓN DE LA NORMA SUSTANCIAL / CONCEPTO DE ACCIÓN DE REPETICIÓN / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONCEPTO DE DOLO / CONCEPTO DE CULPA GRAVE / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / PRESUNCIÓN LEGAL / PRESUNCIÓN DEL DOLO / PRESUNCIÓN DE CULPA / CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DESVIRTUALIZACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL

[D]ada la dificultad probatoria que suponía la demostración de la culpa grave o el dolo en los juicios de repetición bajo el régimen anterior (Código Contencioso Administrativo y en lo relacionado con el dolo y la culpa grave, el Código Civil), el legislador decidió acudir a las denominadas presunciones iuris tantum y las consagró en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, con miras a dotar de mayor efectividad a esta herramienta de carácter patrimonial a favor del Estado. Este tipo de presunciones, también llamadas legales, califican la conducta del demandado como dolosa o gravemente culposa, siempre que se demuestre el hecho fundante de la presunción que está claramente definido en la ley, pero al ser situaciones que admiten prueba en contrario, son susceptibles de ser desvirtuadas a través de los medios que el demandado estime pertinentes. Así, entonces, dichas presunciones inciden en la distribución del onus probandi en los juicios de repetición, pues a diferencia del régimen anterior, el cual seguía la regla general que imponía al interesado la carga de probar la estructuración del dolo la culpa grave, en los términos del Código Civil, ahora, dicha carga es más llana, en tanto se traduce en el deber de acreditar una condición fáctica que hace presumir la respectiva calificación subjetiva objeto de reproche, mientras al demandado le asistirá entonces el deber de controvertirla.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 - ARTÍCULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTÍCULO 6

TRANSACCIÓN / VALOR DE TRANSACCIÓN / PAGO DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA / CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL

CONTRATO ADMINISTRATIVO / PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRESTACIÓN POR PARTICULARES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTROL A LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO / VIGILANCIA DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / DEBERES DEL ESTADO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / 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

Como es reconocido, a partir de la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano abandonó la figura clásica que lo obligaba a satisfacer de forma única, monopólica y asistencial los servicios públicos que se entendían esenciales para el desarrollo armónico de los individuos en sociedad y permitió que la iniciativa privada pudiera intervenir en su prestación, sin perjuicio de la dirección económica, la vigilancia, control y garantía de reserva estatal, como se puede evidenciar en los artículos 334 y 365 constitucionales (...). Bajo este esquema constitucional mixto de liberalización económica e intervención del Estado, la prestación de los servicios públicos domiciliarios se insertó en las lógicas propias del mercado y, así, con el objeto de dotarlo de una institución jurídica que respondiera a la realidad de la oferta y la demanda, se establecieron las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como una categoría especial, integrante de la administración pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 334 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRESTACIÓN POR PARTICULARES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

[D]adas las condiciones de competencia que implicaron la concurrencia estatal y de los particulares en el escenario de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y, además, la necesidad de garantizar la operatividad de los prestadores de servicios en el plano del libre mercado, la igualdad y la libre competencia, la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, estableció el derecho civil y comercial como base integrante del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. En apretado resumen, podría decirse que, en materia de la prestación del servicio público de energía eléctrica, el cual comprende las actividades de generación, interconexión,

transmisión y comercialización de energía, las condiciones de libre competencia y mercado fueron fijados como parámetros de regularización contractual entre los agentes económicos, públicos y privados que participan de tales actividades. Así, siguiendo el mismo parámetro definido por la Ley 142 de 1994, sus relaciones comerciales y financieras se rigen por el derecho privado, sin perjuicio del control tarifario respecto de los pequeños consumidores o usuarios regulados, como lo dispone la Ley 143 de 1994 y la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, creada por esta ley, entre otros.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 / LEY 689 DE 2001

PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MERCADO MAYORISTA DE ENERGÍA / COMERCIALIZADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

En procura de un sistema económico con viabilidad financiera y una operación eficiente, segura y confiable, la Ley 143 de 1994 estableció como forma de transacción operacional el Mercado de Energía Mayorista - MEM, en el cual generadores y comercializadores de electricidad pactan sobre bienes intangibles, esto es, grandes bloques de energía en el Sistema Interconectado Nacional - SIN, por medio de contratos bilaterales o la bolsa de energía. En el contexto antes citado, se verifican tanto contratos a largo plazo, así como operaciones de la bolsa de energía o mercado de corto plazo, en el que los generadores y comercializadores pactan cantidades de energía, mediante la oferta de precios y disponibilidad de recursos diarios por parte de los primeros y de demanda de electricidad por parte de los segundos.

FUENTE FORMAL: LEY 143 DE 1994

CONTRATO BILATERAL / CONTRATO A LARGO PLAZO / MERCADO MAYORISTA DE ENERGÍA / COMERCIALIZADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MERCADO EN BOLSA / PRECIOS DIARIOS VARIABLES / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Tanto los contratos bilaterales como las operaciones en bolsa son formas de comercialización de energía reguladas; así, en términos generales, los contratos a largo plazo son un instrumento comercial que permiten a los agentes económicos pactar cantidades de energía a términos futuros amplios y con precios favorables que les permiten garantizar menores tarifas a sus usuarios y evitar riesgos de volatilidad por cuestiones sobrevinientes al mercado. Por su parte, el mercado en bolsa corresponde a un escenario de disponibilidad diaria o “mercado stop” que está supeditado a toda clase de injerencias del mercado y, por ende, permite satisfacer las necesidades energéticas de los comercializadores, pero bajo condiciones de precios diarios variables, razón por la cual es un método contractual eficiente, pero no es necesariamente un instrumento para la compra a largo plazo de bloques de

energía, por lo que reside en cada distribuidor y comercializador ejercer eficientemente sus procesos contractuales conforme con sus necesidades.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / ESTUDIO DEL MERCADO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / MANUAL DE CONTRATACIÓN / MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO

[A] la hora de evaluar el devenir contractual de una empresa de servicios públicos de energía eléctrica y, más concretamente, el desenvolvimiento conductual en la asunción de obligaciones negociales por parte del representante legal o gerente de uno de estos entes, es preciso tener en cuenta las diferentes realidades del mercado, las que sin duda suponen una injerencia económica que supedita la toma de decisiones y, por ende, son aspectos sobre los cuales el criterio judicial debe prestar importante cuidado para definir la prosperidad de cargos de repetición como los que se han sometido en esta oportunidad a la jurisdicción contencioso administrativa. Ahora, a pesar de que las empresas de servicios públicos se rigen por el principio de la autonomía privada del derecho privado, con las excepciones previstas en la ley para ciertos tipos de contratos, las mismas procuran la adquisición, venta e intercambio de bienes y servicios bajo el establecimiento de manuales de contratación, los cuales, en su mayoría, delimitan las exigencias y procedimientos que una empresa debe atender, con miras a satisfacer su objeto social.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CULPA GRAVE / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MANUAL DE CONTRATACIÓN / MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO

[P]ara definir la estructuración de la culpa grave del demandado, por la “infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”, en consideración a la “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”, no solo es necesario conocer el contexto y particularidades del mercado de energía eléctrica, sino que también es preciso verificar si existió una violación del manual de contratación de que disponía la empresa ENELAR, contenido en el Acuerdo 002 de 2005 (vigente para la época de los hechos), expedido por la Junta Directiva de esa sociedad.

EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA - Gerente / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MANUAL DE CONTRATACIÓN / MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO / PERTINENCIA / NECESIDAD / IDONEIDAD / TÉRMINOS DE REFERENCIA / ELABORACIÓN DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA / EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA DE LA OFERTA

De conformidad con dicho manual, dadas las funciones de dirección y gestión de los asuntos de la empresa, al gerente de ENELAR le corresponde liderar los procesos contractuales para lo cual podrá valerse de la asesoría técnica del personal dispuesto para tal efecto que le dotan de criterios objetivos relativos a la pertinencia, necesidad e idoneidad, desde la elaboración de los términos de referencia de las invitaciones públicas hasta la evaluación de las propuestas técnicas de los oferentes y, así también es el directo garante por los actos que comprometan los intereses de ENELAR, de ahí que le asista el deber de respetar y hacer cumplir los procedimientos y disposiciones dispuestos en el manual de contratación, so pena de ver comprometida su responsabilidad, incluso de en los eventos en los que delegue tal función.

INEXISTENCIA DE LA CULPA GRAVE / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN - No configurados / SERVIDOR PÚBLICO / ENTIDAD TERRITORIAL / DEPARTAMENTO / FUNCIONES DEL SERVIDOR PÚBLICO / DAÑO CAUSADO EN EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MANUAL DE CONTRATACIÓN / MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO / PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA / PROCESO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA / EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA DE LA OFERTA

En el caso bajo análisis, evidencia la Sala que los medios probatorios que allegó la entidad demandante son demostrativos del iter precontractual que tuvo lugar para la adquisición de energía eléctrica por parte de ENELAR, a través del señor Carreño Tovar, como gerente; sin embargo, no son elementos de convencimiento que evidencien la estructuración de un actuar gravemente culposo que pueda comprometer el patrimonio de aquel señor, como lo indica la entidad demandante. (...) [L]o cierto en este caso es que los elementos obrantes en el plenario constituyen plena prueba de actuaciones contractuales de ENELAR, pero ninguno de ellos lleva a inferir la existencia de un actuar gravemente culposo por parte del señor (...), en tanto no indican que el citado señor hubiera actuado con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, por la supuesta sobrecompra de energía que resultó después de haber surtido los tres procesos de selección y de suscribirse los cuatro (4) contratos de suministro que se allegaron al plenario. En efecto, y como se expuso atrás, los documentos que allegó la demandante, esto es, los informes de evaluación de propuestas y los contratos suscritos indican que lo pactado por ENELAR, en el Sistema Energético Mayorista con ISAGEN, EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA no superó las necesidades energéticas que

planteaba aquella empresa de servicios públicos cuando surtió las invitaciones públicas, de hecho, frente a este punto no difirió el a quo, como se puede ver en sus consideraciones:

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS / CONTRATO DE TRANSACCIÓN / CONCEPTO DE CONTRATO DE TRANSACCIÓN / EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN / FINALIDAD DE LA TRANSACCIÓN / TERMINACIÓN DEL PROCESO / TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO / ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN / SOLEMNIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN / VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN / NEGOCIO JURÍDICO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La transacción, como es conocido, es un método alternativo de resolución de conflictos que supone la decisión autocompositiva de las partes de finalizar una controversia o de precaver un litigio sobreviniente (artículo 2469 Código Civil), haciendo concesiones recíprocas respecto de derechos patrimoniales susceptibles de disposición (artículos 2472 a 2475 ibídem), con efectos definitorios y de cosa juzgada (artículo 2483 ibídem). Es un contrato que, como le es connatural a este tipo de negocios jurídicos, se funda en la voluntad privada de las partes que deciden libremente definir una situación dudosa y dotarla de certeza y seguridad, a partir de la evaluación de las condiciones que a cada una le asiste y que le permiten realizar concesiones patrimoniales susceptibles de negociación.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2469 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2472 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2475 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2483

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS / CONTRATO DE TRANSACCIÓN / CONCEPTO DE CONTRATO DE TRANSACCIÓN / EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN / FINALIDAD DE LA TRANSACCIÓN / TERMINACIÓN DEL PROCESO / TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MERCADO MAYORISTA DE ENERGÍA / COMERCIALIZADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA / COMERCIALIZADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

[E]l contrato de transacción que celebró ENELAR se produjo en el marco de un escenario de comercialización de bienes intangibles de energía eléctrica, esto es, en el Mercado de Energía Mayorista - MEM y, por ende, tanto este contrato transaccional como aquellos otros bilaterales de suministro pactados con diversos generadores y comercializadores de energía eléctrica se rigieron por las condiciones del mercado, en el que los agentes, en este caso ENELAR, procuran las soluciones más adecuadas para sus intereses, a fin de buscar la mayor ganancia y correlativamente sufrir las menores pérdidas, sin que la suscripción de un contrato de naturaleza transaccional u otro tenga la capacidad de demostrar aisladamente condiciones objetivas que lleven al convencimiento de que el gerente o representante legal de la persona jurídica contrayente actuó prevalido de culpa grave.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / AGENTE DEL ESTADO / CULPA GRAVE / PRESUNCIÓN DE CULPA / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / PRUEBA / FUNCIONARIO PÚBLICO / AUSENCIA DEL DOLO / PRESUNCIÓN DEL DOLO / DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA GRAVE / INEXISTENCIA DE LA CULPA GRAVE / PRUEBA DE LA CULPA GRAVE - Omisión / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CONDUCTA OMISIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

[A]un cuando la Ley 678 de 2001 estableció que se presume la culpa grave en los eventos de “infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”, lo cierto es que, en este caso, el supuesto de hecho que da lugar a la presunción no se estructuró, ya que los medios de convencimiento no dan lugar a tal conclusión y, por ende, ante la falta de demostración de los hechos en que se funda la presunción, no hay lugar a declarar probada la estructuración de la culpa grave en el actuar del señor (...), por lo que la Sala revocará la sentencia de instancia y, en su lugar, dispondrá negar las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00084-01(56313)

Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA - ENELAR E.S.P.

Demandado: ASDRÚBAL ARMANDO CARREÑO TOVAR

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Temas: ACCIÓN DE REPETICIÓN - presupuestos para su procedencia bajo el régimen de la ley 678 de 2001/ PRESUNCIONES LEGALES / CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER OFICIAL.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con la demanda, ENELAR E.S.P. pretende el reembolso de la suma de dinero que pagó a ISAGEN S.A. E.S.P., con ocasión del contrato de transacción que zanjó las diferencias surgidas por el actuar irregular del señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Como se ha indicado, corresponde a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, el 7 de octubre de 2015, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

“Primero: Declarar patrimonialmente responsable al señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar, por la suma pagada por ENELAR ESP a ISAGEN S.A. E.S.P. en virtud del contrato de transacción N° 002 de 2012, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Condenar al señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar, a reintegrar la suma de quinientos seis millones trescientos noventa y dos mil seiscientos sesenta y un pesos con cuarenta y tres centavos (\$506.392.661,43) a favor de ENELAR ESP.

Tercero: Niéguese las demás súplicas de la demanda”¹.

2. Dicha sentencia decidió la demanda presentada el 18 de septiembre de 2014², por la Empresa de Energía de Arauca - ENELAR E.S.P. (en adelante ENELAR) contra el entonces gerente de esa empresa Asdrúbal Armando Carreño Tovar, con el fin de que se le ordene reembolsar la suma que pagó con ocasión del acuerdo transaccional que celebró con ISAGEN S.A. E.S.P. (en adelante ISAGEN) y que permitió zanjar las diferencias surgidas del contrato 4000332. Las pretensiones, hechos y fundamentos de derecho invocados en la demanda fueron los siguientes:

¹ Folio 346 c. principal.

² Folio 28 c. 1.

Pretensiones

3. Solicita la entidad demandante que se declare que la conducta desplegada por Asdrúbal Armando Carreño Tovar fue gravemente culposa y que, en consecuencia, se le obligue a reembolsar la suma de cuatrocientos sesenta millones setecientos treinta y nueve mil treinta y cinco pesos m/cte. (\$460'739.035) que tuvo que pagar a ISAGEN S.A. E.S.P., para evitar un litigio contractual por incumplimiento.

Hechos

4. Se expuso que, en noviembre de 2009, ENELAR realizó la invitación pública 01-2009, con el fin de contratar el suministro de energía eléctrica para el departamento de Arauca en el período comprendido entre el 1º de diciembre de 2009 y el 31 de marzo de 2010.

5. Satisfecho el trámite precontractual, a ISAGEN le fue notificada la Resolución 568 de 2009, por la cual resultaba seleccionada como adjudicataria, pero en ese momento no se celebró el contrato estatal respectivo, a pesar de que el pliego de condiciones señalaba que se debía hacer dentro de los cinco días hábiles siguientes contados desde la notificación de la adjudicación, como plazo perentorio para tal efecto.

6. En agosto de 2010, ENELAR realizó la invitación pública 06-2010, con el objeto de contratar el suministro de energía eléctrica para el departamento de Arauca en 2012.

7. Finalizado el proceso de selección y notificados los adjudicatarios, se celebraron los contratos 204-2010 con Empresas Públicas de Medellín -EPM-, para el período comprendido entre enero y diciembre de 2012, con una cantidad total de energía de 28.934 MW/h y 195-2010 con TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., para el lapso existente entre enero y diciembre de 2012, con una cantidad total de energía de 48.000 MW/h.

8. En septiembre de 2010, ENELAR realizó la invitación pública 07-2010, a fin de contratar nuevamente el suministro de energía eléctrica para el 2012.

9. Vencido el trámite precontractual y notificados los adjudicatarios, se celebraron los contratos de suministro de energía 231-2010 con TERMOTASAJERO S.A. E.S.P. para el interregno de los meses de enero a septiembre de 2012, con una cantidad total de energía de 18.000 MW/h; 27-2010 con COENERSA S.A. E.S.P. para el período comprendido entre enero y septiembre de 2012, con una cantidad total de energía de 63.621 MW/h.

10. En octubre de 2011, el señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar, en calidad de gerente de ENELAR, retomó el proceso inconcluso de selección de contratista 01-2009 y decidió celebrar el contrato de suministro 40000332 con ISAGEN S.A. E.S.P., para el período comprendido entre mayo y noviembre de 2012, con una cantidad total de energía de 35.000 MW/h, a pesar de que ya se había contratado el suministro para el mismo período y que era inviable esa contratación por disposición del pliego de condiciones de la convocatoria pública 01-2009 que disponía como plazo máximo para la celebración del contrato de cinco días hábiles, contados desde la notificación del acto de adjudicación.

11. El 27 de marzo de 2012, ISAGEN envió a ENELAR por medios electrónicos, el contrato 40000332 para realizar su registro; situación frente a la cual la nueva gerencia de ENELAR informó la imposibilidad de tal petición, en consideración a que suponía una sobrecompra de energía eléctrica y un detrimento patrimonial para la empresa.

12. Por lo anterior, ambas empresas iniciaron tratativas a fin de evitar una posible controversia contractual, al punto que el “comité comercial” de 11 de marzo de 2012 aprobó terminar el contrato de suministro referenciado y transar la cláusula penal que ascendía a novecientos millones de pesos (\$900'000.000).

13. Las tratativas finalizaron en un acuerdo celebrado el 3 de julio de 2012, en el que ambas sociedades superaron sus diferencias y por el cual ENELAR se comprometió a pagar cuatrocientos cincuenta millones de pesos m/cte. (\$450'000.000) a ISAGEN, a seis cuotas mensuales, más los intereses mensuales liquidados a la tasa del DTF, más cuatro puntos. Acuerdo que tuvo el aval del comité de conciliación de ENELAR llevado a cabo el 19 de junio de 2012.

14. ENELAR satisfizo la obligación de pago que adquirió con el desembolso de sendas cuotas correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2012, con un

valor total pagado de cuatrocientos sesenta millones setecientos treinta y nueve mil treinta y cinco pesos m/cte. \$460'739.035 a favor de ISAGEN, quien libró paz y salvo a su favor³.

Fundamentos de derecho

15. ENELAR fundó la procedencia de la acción de repetición en el inciso segundo del artículo 90 Constitucional y en el artículo 6º de la Ley 678 de 2001 relativo a la culpa grave que se halla estructurada en los casos de infracción a las normas constitucionales y legales, así como por omisión o extralimitación de funciones, por parte de los agentes estatales.

16. Dijo que el despliegue conductual del entonces gerente de ENELAR y ahora demandado, señor Carreño Tovar, era susceptible de calificarse como gravemente culposo, ya que decidió suscribir el contrato 400000332 con ISAGEN en octubre de 2011, a pesar de que el pliego de condiciones de la convocatoria pública de la cual esta última resultó adjudicataria exigía que tal cuestión se efectuara a más tardar el quinto día hábil después a la notificación del acto de adjudicación, esto es, máximo el 28 de diciembre de 2009.

17. Además, expresó que el proceder irregular y extemporáneo del señor Carreño Tovar hizo que ENELAR enfrentara una sobrecompra de energía eléctrica, ya que los contratos con EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA, se celebraron teniendo en cuenta el supuesto fracaso de la convocatoria pública 01-2009 y, por tanto, su conducta fue evidentemente contraria a las disposiciones del pliego de condiciones y a las contenidas en el Estatuto de Contratación de ENELAR, que consagran al gerente como el responsable de los procedimientos contractuales y, por tanto, es gravemente culposa y genera para él la obligación de reembolsar lo pagado por tal sociedad, por razón del acuerdo transaccional alcanzado con ISAGEN⁴.

La defensa

18. No obstante la notificación por aviso efectuada, el señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar no contestó la demanda.

³ Folios 11 a 16 c. 1.

⁴ Folios 17 a 24 c. 1.

Alegatos de parte y concepto del Ministerio Público

19. ENELAR afirmó que los elementos probatorios eran diáfanos en demostrar un proceder violatorio de la ley por parte del señor Carreño Tovar, comoquiera que celebró un contrato de suministro fuera del término previsto para ello y desestimó las obligaciones contractuales adquiridas por la sociedad, de tal modo que generó una sobrecompra de energía eléctrica y un evidente detrimento patrimonial, condiciones éstas que estructuran un actuar gravemente culposo que justifica la orden de reembolso que se solicita en la demanda⁵.

20. El Ministerio Público coincidió en las apreciaciones de la demandante y, en consecuencia, solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda⁶.

21. El señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar guardó silencio.

La decisión recurrida

22. Al dictar sentencia el Tribunal Administrativo de Arauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la forma transcrita al inicio de esta providencia.

23. Como fundamento de su decisión, expresó que los presupuestos relativos a la calidad de agente estatal, la existencia de una obligación a cargo del Estado y su pago efectivo estaban satisfechos, ya que se comprobó que (i) el señor Carreño Tovar fungió como gerente de ENELAR entre el 1º de septiembre de 2006 y el 1 de enero de 2012; (ii) que, en 2012, ENELAR suscribió un contrato de transacción por el cual se comprometió a pagar cuatrocientos cincuenta millones de pesos m/cte. (\$450'000.000) a favor de ISAGEN, con el fin de zanjar las diferencias surgidas de un incumplimiento contractual; y, (iii) que dicha suma, junto a los intereses debidos, fue pagada por ENELAR, en los plazos prometidos en el acuerdo.

⁵ Folios 329 a 334 c. 1.

⁶ Folios 320 a 328 c. 1.

24. En relación con la culpa grave, señaló que, en ejercicio de su condición de gerente de ENELAR, el señor Carreño Tovar abrió cuatro licitaciones con el objeto de contratar el suministro de energía eléctrica para la distribución en el departamento de Arauca, los que finalizaron con la suscripción de los contratos con ISAGEN, EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA.

25. Precisó que el proceso licitatorio que favoreció a ISAGEN fue adjudicado en diciembre de 2009, pero el contrato que de allí derivó se firmó en octubre de 2011, esto es, un año y dos meses después de la adjudicación, fecha para la cual el demandado, señor Carreño Tovar, sin tener en cuenta tal licitación, había adelantado deliberada y descuidadamente otros tres procesos licitatorios que llevó hasta la fase de suscripción y ejecución contractual con EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA, cuestión que, en razón a las cantidades de energía contratadas, generaron una sobrecompra del “50%” de la energía eléctrica requerida, ya que finalmente se pactó el suministro de 133.616 MW/h, cuando lo requerido era 98.616 MW/h.

26. Con fundamento en la anterior conclusión, estimó probada la culpa grave del señor Carreño Tovar, en consideración a que, a pesar de ser el responsable de la contratación de ENELAR y de hallarse al tanto de las obligaciones vigentes de la sociedad, adelantó procesos licitatorios y celebró contratos de suministro de energía eléctrica con EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA, sin tener en cuenta que por su actuar ENELAR había adjudicado previamente a ISAGEN el contrato para la prestación de ese servicio, descuido severo que hizo inviable la ejecución de las obligaciones contraídas con esta sociedad y por el cual ENELAR tuvo que celebrar un acuerdo transaccional para evitar un litigio por incumplimiento contractual.

27. Desestimó el cargo de la demandante según el cual la culpa grave, además de hallarse estructurada por la falta de cuidado en la celebración de contratos con el mismo fin, se configuraba también porque el contrato de suministro con ISAGEN debió suscribirse a más tardar cinco (5) días después de la adjudicación, pues, en sentir del Tribunal, en el pliego de condiciones de la convocatoria pública 01-2009 que rigió la adjudicación del contrato a tal sociedad, no se estableció dicho término, de modo que el hecho de que la suscripción documental del contrato se hubiera efectuado un año y dos meses después de la notificación del acto adjudicatorio, no era una conducta susceptible de reproche.

28. En cuanto al valor de la condena, indexó la suma de cuatrocientos sesenta millones setecientos treinta y nueve mil treinta y cinco pesos m/cte. (\$460'739.035), pagada por ENELAR a favor de ISAGEN, por razón del contrato de transacción celebrado entre ellos y, en consecuencia, determinó como valor a pagar por parte del señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar la suma de quinientos seis millones trescientos noventa y dos mil seiscientos sesenta y un pesos con cuarenta y tres centavos m/cte. (\$506'392.661.43)⁷.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Sustentación del recurso de apelación

29. El señor Carreño Tovar se alzó contra la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la culpa grave y solicitó su revocatoria, en consideración a que las pruebas obrantes en el expediente fueron indebidamente valoradas, por las siguientes razones:

i) El proceso licitatorio 01 de 2009, que finalizó con el contrato con ISAGEN, se ajustó al manual de contratación de ENELAR, pues no hay prueba de que los términos de referencia exigieran un plazo para la suscripción del contrato, y estuvo justificado, de un lado, en las deficiencias energéticas por el “*fenómeno del niño*” y por la incertidumbre financiera respecto del mercado energético y, de otro lado, en la necesidad de mantener una gestión eficaz que permitiera cumplir el requisito de tarifas energéticas bajas.

ii) El objeto de la entidad demandante es, entre otras actividades, la de comercializar energía eléctrica y, por ende, dijo, si se llegó a generar excedente de energía por el contrato con ISAGEN, éste pudo ser enajenado, de modo que la erogación económica que sufrió ENELAR producto de la transacción y que ahora se enrostra al demandado a fin de su reembolso, fue producto de una decisión

⁷ Folios 336 a 346 c. principal.

antieconómica, ineficaz y negligente de quien asumió la gerencia de la entidad que no le es oponible y controvierte el cargo de culpa grave que se le imputa⁸.

30. Las partes no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia⁹.

III. CONSIDERACIONES

31. Sin que se observe causal de nulidad o vicio que impida dictar sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación ya indicado, para lo cual se harán las siguientes consideraciones:

El objeto del recurso

32. El punto argumentativo de la apelación se centra en controvertir la decisión del tribunal que estimó probada la culpa grave del señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar, en consideración a que el pago de cuatrocientos cincuenta millones de pesos m/cte. (\$450'000.000) que hizo ENELAR se debió a la gestión indebida de la entonces nueva gerencia de esa entidad y no en un actuar descuidado del demandado, quien satisfizo las exigencias del manual de contratación y las demás normas que regulan la materia, según lo indica el material probatorio obrante en el plenario.

33. Como consecuencia, la Sala centrará su estudio exclusivamente en la estructuración de la culpa grave, conforme con las pruebas válidamente recaudadas en el proceso a fin de establecer la vocación del recurso de apelación, sin realizar análisis alguno en relación con la existencia de la obligación indemnizatoria, su pago efectivo o la calidad del demandado, en consideración a que frente a tales aspectos ninguna de las partes se alzó en apelación, circunstancia que limita a la Sala de competencia para realizar su revisión.

34. Es preciso indicar que el estudio y definición de este caso está gobernada por las normas previstas en la Ley 678 de 2001, comoquiera que los hechos a juzgar ocurrieron en 2006, cuando dicho marco normativo se encontraba en rigor.

⁸ Folios 356 a 366 c. principal.

⁹ Folio 387 c. principal.

De la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal

35. En desarrollo del artículo 90 superior indicado, la Ley 678 de 2001, además de regular los aspectos sustanciales de la acción de repetición¹⁰, estableció los criterios de evaluación subjetiva de las conductas, a fin de establecer la configuración del dolo o la culpa grave, para lo cual consagró las nociones de cada uno de estos conceptos y, al lado de esto, estableció un régimen de presunciones legales en torno a ellos, con una evidente incidencia en la carga de la prueba.

36. Sobre esto último, dada la dificultad probatoria que suponía la demostración de la culpa grave o el dolo en los juicios de repetición bajo el régimen anterior (Código Contencioso Administrativo y en lo relacionado con el dolo y la culpa grave, el Código Civil), el legislador decidió acudir a las denominadas presunciones *iuris tantum* y las consagró en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001¹¹, con miras a dotar de mayor efectividad a esta herramienta de carácter patrimonial a favor del Estado¹².

37. Este tipo de presunciones, también llamadas legales, califican la conducta del demandado como dolosa o gravemente culposa, siempre que se demuestre el

¹⁰ Lo mismo que del "llamamiento en garantía".

¹¹ "ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

ARTÍCULO 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

¹² La exposición de motivos de la Ley 678 de 2001 dice: "el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró", Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16.

hecho fundante de la presunción que está claramente definido en la ley, pero al ser situaciones que admiten prueba en contrario, son susceptibles de ser desvirtuadas a través de los medios que el demandado estime pertinentes.

38. Así, entonces, dichas presunciones inciden en la distribución del *onus probandi* en los juicios de repetición, pues a diferencia del régimen anterior, el cual seguía la regla general que imponía al interesado la carga de probar la estructuración del dolo la culpa grave, en los términos del Código Civil, ahora, dicha carga es más llana, en tanto se traduce en el deber de acreditar una condición fáctica que hace presumir la respectiva calificación subjetiva objeto de reproche, mientras al demandado le asistirá entonces el deber de controvertirla.

39. Son, por tanto, presunciones relativas a la calificación subjetiva de la conducta que, si bien constituyen una conclusión anticipada de culpabilidad, no representan una determinación definitiva de responsabilidad del demandado, pues está a merced de éste su controversia, quien, además, se encuentra en una condición favorable para desvirtuarlas, en consideración a que fue el sujeto que desplegó la conducta que sirve de base de atribución jurídica.

40. En este caso, ENELAR asegura que la estructuración de la culpa grave respecto del señor Carreño Tovar se funda en la presunción consagrada en el inciso primero del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, según el cual “*la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones*” y se presume tal calificativo, en tanto su conducta constituyó una “*violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho*”.

41. Lo anterior, en tanto que la suma de dinero que pagó como consecuencia de un acuerdo transaccional logrado con ISAGEN tuvo como origen directo e inmediato la conducta, en su sentir reprochable, del señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar, quien en condición de gerente de ENELAR incumplió sus funciones y desconoció las normas que regulan la contratación de la sociedad (Manual de Contratación), ya que abrió procesos licitatorios y suscribió contratos de manera irregular generando una compra excesiva e innecesaria de energía eléctrica, que finalmente comprometió la responsabilidad de la entidad por el riesgo de incumplimiento contractual.

42. Así las cosas, a fin de establecer si se estructuró un actuar gravemente culposo por parte del señor Carreño Tovar como gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca - ENELAR E.S.P.-, es preciso definir el contexto legal y de mercado en el que discurrieron los hechos en tanto del mismo es posible inferir, entre otros, las pautas de conducta exigibles al hoy demandado, que de acuerdo con la parte demandante y la providencia recurrida, son acusados de ser carentes de diligencia y cuidado y comprometer los intereses de la entidad.

Del servicio público de energía eléctrica en condiciones de mercado

43. Como es reconocido, a partir de la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano abandonó la figura clásica que lo obligaba a satisfacer de forma única, monopólica y asistencial los servicios públicos que se entendían esenciales para el desarrollo armónico de los individuos en sociedad¹³ y permitió que la iniciativa privada pudiera intervenir en su prestación, sin perjuicio de la dirección económica, la vigilancia, control y garantía de reserva estatal¹⁴, como se puede evidenciar en los artículos 334 y 365 constitucionales:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados (...).”

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría

¹³ “El ensanchamiento de los fines del Estado como consecuencia de la expansión de los servicios públicos se desarrolló en la medida en que irrumpieron las ideas del Estado social y se volatizaron los dogmas liberales” Ver Montaña Plata.

¹⁴ como lo señala Carro Fernández-Valmayor (2014), “un Estado garante o garantista (Gewährleistungsstaat), esto es, un Estado que, al haber dejado de ser, en gran medida, un Estado gestor o prestacional (Leistungsstaat), debe garantizar, mediante las oportunas medidas normativas y organizativas, los servicios de carácter esencial que han pasado a ser gestionados por sujetos privados, procurando, a la vez, que la actividad de dichos sujetos se lleve a cabo con los imprescindibles niveles de objetividad, accesibilidad y calidad” (p. 35).

de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

44. Bajo este esquema constitucional mixto de liberalización económica e intervención del Estado, la prestación de los servicios públicos domiciliarios se insertó en las lógicas propias del mercado y, así, con el objeto de dotarlo de una institución jurídica que respondiera a la realidad de la oferta y la demanda, se establecieron las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como una categoría especial, integrante de la administración pública.

45. En este contexto, dadas las condiciones de competencia que implicaron la concurrencia estatal y de los particulares en el escenario de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y, además, la necesidad de garantizar la operatividad de los prestadores de servicios en el plano del libre mercado, la igualdad y la libre competencia¹⁵, la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, estableció el derecho civil y comercial como base integrante del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

46. En apretado resumen, podría decirse que, en materia de la prestación del servicio público de energía eléctrica, el cual comprende las actividades de generación, interconexión, transmisión y comercialización de energía¹⁶, las condiciones de libre competencia y mercado fueron fijados como parámetros de regularización contractual entre los agentes económicos, públicos y privados¹⁷ que participan de tales actividades. Así, siguiendo el mismo parámetro definido por la

¹⁵ Al respecto, ver sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹⁶ Artículo 1: “La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se denominarán actividades del sector, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía”.

¹⁷ Artículo 7: “En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3o. de esta Ley”.

Artículo 8: “(...)

PARÁGRAFO. El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Ley 142 de 1994, sus relaciones comerciales y financieras se rigen por el derecho privado, sin perjuicio del control tarifario respecto de los pequeños consumidores o usuarios regulados¹⁸, como lo dispone la Ley 143 de 1994 y la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, creada por esta ley, entre otros.

47. En procura de un sistema económico con viabilidad financiera y una operación eficiente, segura y confiable, la Ley 143 de 1994 estableció como forma de transacción operacional el Mercado de Energía Mayorista¹⁹ - MEM, en el cual generadores y comercializadores de electricidad pactan sobre bienes intangibles²⁰, esto es, grandes bloques de energía en el Sistema Interconectado Nacional - SIN²¹, por medio de contratos bilaterales o la bolsa de energía²².

48. En el contexto antes citado, se verifican tanto contratos a largo plazo, así como operaciones de la bolsa de energía o mercado de corto plazo, en el que los generadores y comercializadores pactan cantidades de energía, mediante la oferta de precios y disponibilidad de recursos diarios por parte de los primeros y de demanda de electricidad por parte de los segundos.

49. Tanto los contratos bilaterales como las operaciones en bolsa son formas de comercialización de energía reguladas; así, en términos generales, los contratos a largo plazo son un instrumento negocial que permiten a los agentes económicos pactar cantidades de energía a términos futuros amplios y con precios favorables

¹⁸ **“ARTÍCULO 11.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

(...)

Usuario regulado: persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas”.

¹⁹ *“es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que vendedores y compradores intercambian energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al Reglamento de Operación”.*

²⁰ *Los bienes intangibles son aquellos que no poseen una corporalidad que los haga ocupar un espacio y que sean susceptibles de observar o tocar, pero que son útiles para la ejecución de diversas labores, como el caso de la energía eléctrica, o brindan a quien lo ostenta un derecho respecto de otros que así lo reconocen, como los derechos de autor, de allí la posibilidad de su comercialización.*

²¹ *Resolución 24 de 1995, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, artículo 4: “Para efectos del funcionamiento del mercado mayorista, el Sistema Interconectado Nacional se considera dividido en Centros de Generación, Sistema de Transmisión Nacional, Sistemas de Transmisión Regional y Sistemas de Distribución Local. Igualmente, existe un sistema para coordinación y control de la operación del sistema conformado por el Centro Nacional de Despacho (CND) y los Centros Regionales de Despacho (CRDs)”.*

²² *“Artículo 7º: Operaciones en el Mercado Mayorista.*

En el mercado mayorista se realizan las siguientes operaciones:

a. Contratos de Energía a largo plazo: son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo.

b. Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través del Administrador del SIC, para la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por la presente resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC.

c. Prestación de servicios asociados de generación de energía a la empresa de transmisión nacional para asegurar el cumplimiento de las normas sobre calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de electricidad”.

que les permiten garantizar menores tarifas a sus usuarios y evitar riesgos de volatilidad por cuestiones sobrevinientes al mercado²³.

50. Por su parte, el mercado en bolsa corresponde a un escenario de disponibilidad diaria o “*mercado stop*” que está supeditado a toda clase de injerencias del mercado y, por ende, permite satisfacer las necesidades energéticas de los comercializadores, pero bajo condiciones de precios diarios variables²⁴, razón por la cual es un método contractual eficiente, pero no es necesariamente un instrumento para la compra a largo plazo de bloques de energía, por lo que reside en cada distribuidor y comercializador ejercer eficientemente sus procesos contractuales conforme con sus necesidades.

51. Las cortas precisiones que se han señalado, revelan que a la hora de evaluar el devenir contractual de una empresa de servicios públicos de energía eléctrica y, más concretamente, el desenvolvimiento conductual en la asunción de obligaciones negociales por parte del representante legal o gerente de uno de estos entes, es preciso tener en cuenta las diferentes realidades del mercado, las que sin duda suponen una injerencia económica que supedita la toma de decisiones y, por ende, son aspectos sobre los cuales el criterio judicial debe prestar importante cuidado

²³ Resolución 20 de 1996, expedida por la CREG, artículo 3: “Plazo de duración de los contratos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 143 de 1994, los plazos que las partes pueden convenir para la compraventa o suministro de energía eléctrica que se realice entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquellas y estas, entre todas ellas y las empresas comercializadoras y los usuarios no regulados, son libres, y no requieren autorización previa alguna de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, cualquiera sea la duración de los contratos.

Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido por el inciso tercero del artículo 42 de la Ley 143 de 1994, respecto de las compras de electricidad de las empresas distribuidoras con destino a los usuarios regulados”.

²⁴ Anexo A de la Resolución 24 de 1995, expedida por la CREG: “1.1.4. Proceso de Cálculo del Precio en la Bolsa de Energía

El precio en la Bolsa de Energía representa un precio único para el sistema interconectado en cada período horario y, en condiciones normales de operación, corresponde al precio de oferta incremental más alto de las plantas flexibles programadas en el despacho ideal para la hora de liquidación. Es decir, los precios de oferta de plantas inflexibles no pueden determinar el precio de bolsa.

En condiciones de racionamiento o de intervención de los precios de oferta, el precio en bolsa se determina por procedimientos especiales que se describen más adelante en este anexo.

1.1.4.1. Identificación de unidades inflexibles

En la declaración de disponibilidad de los generadores del día anterior al despacho, cada generador notifica la inflexibilidad en la operación de sus unidades generadoras. Sin embargo, durante la ejecución de la operación se puede modificar la inflexibilidad, las cuales pueden ocurrir por:

- Una unidad puede estar programada en tal forma que es incapaz de cambiar su generación para suministrar demanda adicional incremental (variación positiva o negativa) del sistema y por lo tanto no entra en el cálculo del Precio en la Bolsa de Energía. (Ej.: Unidades con generación restringida por límites de exportación de áreas o por limitaciones de nivel de embalses o número de unidades en línea).

- Una unidad es inflexible cuando por sus características técnicas su generación programada en el despacho ideal para la hora presenta limitantes que origina cambios en el programa de generación en por lo menos una unidad de generación con menor precio de oferta.

- Una unidad es inflexible cuando por cualquier condición después del cierre del período de ofertas y antes del período definido para reporte de información al redespacho, el generador modifica su disponibilidad declarada para el despacho económico”.

para definir la prosperidad de cargos de repetición como los que se han sometido en esta oportunidad a la jurisdicción contencioso administrativa.

52. Ahora, a pesar de que las empresas de servicios públicos se rigen por el principio de la autonomía privada del derecho privado, con las excepciones previstas en la ley para ciertos tipos de contratos, las mismas procuran la adquisición, venta e intercambio de bienes y servicios bajo el establecimiento de manuales de contratación, los cuales, en su mayoría, delimitan las exigencias y procedimientos que una empresa debe atender, con miras a satisfacer su objeto social.

53. De acuerdo con lo anterior, para definir la estructuración de la culpa grave del demandado, por la “infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”, en consideración a la “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”, no solo es necesario conocer el contexto y particularidades del mercado de energía eléctrica, sino que también es preciso verificar si existió una violación del manual de contratación de que disponía la empresa ENELAR, contenido en el Acuerdo 002 de 2005 (vigente para la época de los hechos), expedido por la Junta Directiva de esa sociedad.

54. De conformidad con dicho manual, dadas las funciones de dirección y gestión de los asuntos de la empresa²⁵, al gerente de ENELAR le corresponde liderar los procesos contractuales para lo cual podrá valerse de la asesoría técnica del personal dispuesto para tal efecto que le dotan de criterios objetivos relativos a la pertinencia, necesidad e idoneidad, desde la elaboración de los términos de referencia de las invitaciones públicas²⁶ hasta la evaluación de las propuestas

²⁵ según la certificación expedida por el subdirector de talento humano, salud ocupacional y trabajo social de ENELAR: “(...) el cargo de Gerente, desarrollando las siguientes funciones:
Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos, las disposiciones de la Comisión Reguladora de Energía y Gas CREG, las ordenanzas, las resoluciones y los reglamentos, en todo lo que sea aplicable a la Empresa.

Ejercer la representación legal de la Empresa, con arreglo a la normatividad vigente.

Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la gestión empresarial y la ejecución de las funciones, programas y proyectos institucionales.

Suscribir los actos administrativos y los contratos que deban celebrarse par el cabal cumplimiento del objeto y las funciones de la entidad, acorde a las disposiciones legales vigentes.

(...)

9. Responder por el Control Interno de la Empresa y cumplir con los procedimientos de contratación establecidos por la Junta Directiva y por el estatuto orgánico de contratación vigente”.

²⁶ Artículo 5: “Con antelación al proceso de selección del contratista o la forma del contrato, se analizará detenidamente la conveniencia de la contratación y se definirán los estudios, diseños, proyectos y términos de referencia que permitan determinar claramente el objeto a contratar”.

técnicas de los oferentes²⁷ y, así también es el directo garante por los actos que comprometan los intereses de ENELAR, de ahí que le asista el deber de respetar y hacer cumplir los procedimientos y disposiciones dispuestos en el manual de contratación²⁸, so pena de ver comprometida su responsabilidad, incluso de en los eventos en los que delegue tal función²⁹.

55. La acción de repetición que aquí convoca a la Sala se funda en la supuesta culpa grave en la que incurrió el señor Carreño Tovar, ya que, en condición de gerente de ENELAR, adelantó licitaciones sin la debida diligencia y cuidado y celebró varios contratos con un mismo objeto, faltando a sus funciones, violando el manual de contratación y causando un detrimento patrimonial al suscribir un contrato con ISAGEN fuera del plazo previsto para tal efecto, lo que propició una sobre compra de energía.

56. Así las cosas, pasa la Sala a realizar el análisis de la conducta del señor Carreño Tovar a fin de determinar si su actuación de cara a la compra de energía implicó una *“violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”* en los términos del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, con fundamento en los medios probatorios obrantes en el plenario.

Lo probado

57. Mediante Resolución 531 de 2009, el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR ordenó la apertura de la invitación pública nacional 01 de 2009, con el fin de contratar el *“suministro de energía eléctrica para satisfacer la demanda de sus*

²⁷ De acuerdo con el artículo 24, al comité de licitaciones y contratos es un órgano interno, conformado por el gerente, el jefe de la oficina asesora jurídica, el director administrativo y financiero, el director Técnico Operativo, de Protección y Medio Ambiente - TOPMA y el director comercial, le corresponde: “Aprobar y rechazar la evaluación de las propuestas presentadas ante la Empresa, en las respectivas invitaciones y ofertas públicas para la adjudicación; haciendo las observaciones correspondientes.

Recomendar a la Gerencia la propuesta mas favorable para la administración, conforme a las evaluaciones realizadas y los pliegos de condiciones o términos de referencia, según el caso.

Comunicar a la Gerencia la necesidad de declarar desierta la invitación u oferta pública.

Abrir y cerrar las urnas para las invitaciones u ofertas públicas y contratos de acuerdo a la cuantía”.

²⁸ Según el artículo 8, al gerente le corresponde, entre otros: “está obligado a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (...) y responderá cuando realice una contratación, sin tener en cuenta los siguientes requisitos: disponibilidad presupuestal, haber elaborado previamente los términos de referencia o pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos, presupuesto, evaluaciones y demás requisitos que se contemplan en el presente reglamento”.

²⁹ “La contratación es responsabilidad del Representante Legal de la Empresa, quien podrá delegar mediante acto administrativo motivado la firma de contratos.

El gerente será responsablemente solidario en la contratación realizada por otros funcionarios delegados para tal fin; así mismo deberá asegurarse que en la Empresa se cumplan los procedimientos de Contratación establecidos en el presente Estatuto”

*usuarios regulados del departamento de Arauca, para el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2009 a 31 de marzo de 2010 y entre el 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012*³⁰.

58. De acuerdo con los anexos de los términos de referencia de la licitación 01 de 2009, ENELAR requería el suministro de 153.538 MWh, que correspondía al 90% de la necesidad energética, para el período comprendido entre enero y diciembre de 2012³¹.

59. Mediante Resolución 568 de 2009, Diana María López, en calidad de gerente encargada de ENELAR y en el marco de la licitación 01 de 2009, adjudicó el contrato de suministro de energía eléctrica a ISAGEN y su *“oferta alternativa 1 invierno 2012”*, que ponía a disposición de ENELAR 35.000 MWh para los meses de mayo a noviembre de 2012, cubriendo el 40% de la demanda energética para esos meses³².

60. A través de Resolución 496 del 18 de agosto de 2010, el señor Carreño Tovar, en condición de gerente de ENELAR, ordenó la apertura de la invitación pública nacional 06 de 2010, con el fin de contratar el *“suministro de energía eléctrica para satisfacer la demanda de sus usuarios regulados del departamento de arauca, para el periodo comprendido entre el 01 enero de 2011 a 31 de diciembre de 2012”*³³. Según los anexos, la energía eléctrica a cubrir en este período ascendía a 164.485 MWh³⁴.

61. Por Resolución 527 del 10 de septiembre de 2010, modificada por la Resolución 533 de 2010, el señor Carreño Tovar, en condición de gerente de ENELAR y en el marco de la licitación 06 de 2010, adjudicó el contrato de suministro de energía eléctrica a TERMOTASAJERO y su *“oferta alternativa”*, que ponía a disposición de ENELAR 36.000 MWh para los meses de enero a septiembre de 2012; asimismo, adjudicó el contrato de suministro de energía eléctrica a EPM y su *“oferta*

³⁰ Folio 63 c. 1.

³¹ Folio 91 c. 1.

³² Folios 98 y 99 c. 1.

³³ Folios 123 y 124 c. 1.

³⁴ Folio 156 c. 1.

alternativa”, que ponía a disposición de ENELAR el suministro de 49.823 MWh, para el período comprendido entre septiembre y diciembre de 2012³⁵.

62. Mediante Resolución sin consecutivo del 27 de septiembre de 2010, el señor Carreño Tovar, en condición de gerente de ENELAR ordenó la apertura de invitación pública nacional 07 de 2010, con el fin de contratar el “*suministro de energía eléctrica para satisfacer la demanda de sus usuarios regulados del departamento de Arauca, para el periodo comprendido entre el 01 enero de 2012 a 31 de diciembre de 2013*”³⁶. Según los anexos, la energía eléctrica a cubrir en este período ascendía a 183.630 MWh³⁷.

63. En contrato 29990940319 sin fecha, el señor Carreño Tovar, en condición de gerente de ENELAR y la representante legal de EPM pactaron el suministro de energía eléctrica, en los términos y condiciones establecidas en el acto de adjudicación³⁸ de la licitación 06 de 2010, en una cantidad de 49823 MWh, como se refleja en el anexo 2³⁹.

64. El 4 de octubre de 2010, el representante legal de TERMOTASAJERO y el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR, firmaron el contrato 195⁴⁰, con el cual pactaban el suministro de energía eléctrica en los términos y condiciones definidas en el acto de adjudicación de la licitación 06 de 2010 y en una cantidad de 36.000 MWh, conforme con el anexo 1⁴¹.

65. Mediante Resolución 606 del 2 de noviembre de 2010, el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR y en el marco de la licitación 07 de 2010, adjudicó el contrato de suministro de energía eléctrica a TERMOTASAJERO “*para cada uno de los meses del año 2012*” y a COENERSA “*para el año 2012 (...) para todos y cada uno de los meses*”, sin precisar los meses y las cantidades de energía⁴².

³⁵ Folio 166 c. 1.

³⁶ Folios 181 y 182 c. 1.

³⁷ Folio 156 c. 1.

³⁸ Folios 161 a 164 c. 1.

³⁹ Folio 166 c. 1.

⁴⁰ Folios 167 a 177 c. 1.

⁴¹ Folio 180 c. 1.

⁴² Folio 214 c. 1.

66. Obra el contrato sin firma 231 del 25 de noviembre de 2010, por el cual el representante legal de TERMOTASAJERO y el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR pactaban el suministro de energía eléctrica en el marco de la licitación 07 de 2010⁴³, sin especificar el período ni cantidades.

67. En contrato 27-10 sin fecha, el representante legal de COENERSA y el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR, pactaron el suministro de energía eléctrica para el período comprendido entre enero y septiembre de 2012⁴⁴, en el marco de la licitación 07 de 2010, por un total de 63.581 MWh, conforme con el anexo 1 del citado contrato⁴⁵.

68. El 31 de octubre de 2011, el representante legal de ISAGEN y el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR, firmaron el contrato 40000332, con el cual concretaban la licitación 01 de 2009⁴⁶, en las cantidades allí referidas, las que se reflejan en el anexo 2 del citado contrato⁴⁷.

69. El 3 de julio de 2012, Fernando Rico Pinzón, como gerente de ENELAR y el representante legal de ISAGEN suscribieron el contrato de transacción 002 de 2012, en los siguientes términos (se transcribe incluyendo posibles errores):

"El 3 de julio de 2012 ENELAR, por conducto de Álvaro Espinel Ortega como gerente, e ISAGEN celebraron un contrato de transacción, con el fin de evitar un litigio por el eventual incumplimiento de la primera de las sociedades, en la medida en que, con ocasión de las licitaciones 06 y 07 de 2010, se incurrió en una sobrecompra de energía eléctrica para el plazo comprendido entre mayo y noviembre de 2012. El tenor literal del contrato es el siguiente:

*"Que ENELAR mediante la Convocatoria Pública No 001 de 2009, solicitó ofertas de energía para atender su mercado regulado.
Que ISAGEN presentó la oferta de energía No 40000332 de fecha 01 de Diciembre de 2009, y fue adjudicada por ENELAR mediante resolución No 568 de fecha 18 de Diciembre de 2009.*

⁴³ Folios 216 a 218 c. 1.

⁴⁴ Folios 219 a 226 c. 1.

⁴⁵ Folio 228 c. 1.

⁴⁶ Folios 102 a 114 c. 1.

⁴⁷ Folio 115 c. 1.

Que las partes suscribieron el Contrato de Suministro de Energía No. 40000332, en el mes de octubre del año 2011, con fecha de inicio el 1 de mayo de 2012. El Contrato se firmó por parte de ENELAR E.S.P. con el anterior Representante Legal, el señor Asdrúbal Armando Carreño Tovar.

Que una vez posesionado el actual gerente y una vez revisados los procesos de contratación de energía de ENELAR E.S.P., se evidenció que existía una sobrecompra para los meses de mayo a noviembre de 2012, y en este sentido se solicitó a ISAGEN buscar las alternativas para dar por terminado de manera anticipada el Contrato suscrito, buscando no afectar los intereses de las partes. Que ISAGEN evaluó la posibilidad de dar por terminado de manera anticipada el Contrato de mutuo acuerdo, siempre y cuando no se generaran perjuicios ni se disminuyeran los ingresos esperados del Contrato; y en este sentido mediante decisión del Comité Comercial realizado el día 1 del mes de mayo de 2012, se aprobó terminar el Contrato de Suministro de Energía No. 40000332 mediante la negociación de la cláusula penal.

Que ENELAR E.S.P. una vez enterada de los términos propuestos por ISAGEN sometió a consulta de los miembros del comité de Conciliación, quienes mediante Acta No. 007 de fecha 19 de junio de 2012, recomendaron celebrar el contrato de transacción.

Que la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Arauca E.S.P. mediante Acata de Junta Directiva No. 009 de fecha 04 de junio de 2012, autorizaron al Gerente para Realizar el pago de la cláusula penal fijada en \$450'000.000 en seis pagos mensuales.

Que según lo pactado en la Cláusula Décima Segunda, el Contrato se rige por las normas de derecho privado y en este sentido las partes de mutuo acuerdo podrán dar por terminado el Contrato.

Que se ha llegado a un acuerdo económico completo frente a los intereses y pretensiones de cada una, por tanto hemos decidido transigir mediante el presente Contrato en forma libre y voluntaria, y en virtud del principio de la autonomía de la Voluntad, el reconocimiento de la cláusula penal y la forma de pago.

En atención a las anteriores consideraciones, las partes acuerdan:

CLAUSULAS

PRIMERA: TERMINAR de manera anticipada y por mutuo acuerdo el **CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ISAGEN No. 4000032.**

SEGUNDA: TRNSAR la cláusula penal pactada en el contrato No. 4000032 y fijarla en cuantía de **CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS**

Mcte (450'000.000) a cargo de ENELAR E.S.P. lo que constituyen el acuerdo pleno e integral a la diferencia entre las partes.

TERCERA: ISAGEN acepta que el pago se efectúe en seis (06) cuotas mensuales, con un interés mensual liquidado a la tasa del DTF más cuatro (04) puntos, las cuotas que serán pagaderas por parte de ENELAR E.S.P. dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la respectiva Cuenta de Cobro por parte de ISAGEN.

QUINTA: En caso de mora en el pago, ENELAR reconocerá intereses a la tasa máxima legal por cada día de retardo, siempre y cuando la Cuenta de cobro reúna los requisitos para ser aceptada y pagada por parte de ENELAR E.S.P.

SEXTO: Una vez se pague lo debido, ISAGEN declara a ENELAR en paz y salvo por concepto relacionado con la suma acordada y en este sentido producirá plenos efectos el presente Contrato de Transacción.

SÉPTIMO: El presente contrato de transacción produce efectos de cosa juzgada conforme a lo establecido en el artículo 2483 y siguientes del Código Civil. Renunciando las partes recíprocamente, a partir de la fecha de firma de este documento, a cualquier reclamación posterior por hechos, cobros y en general, cualquier evento derivado y/o relacionado con los que aquí se concilian y que tenga origen en las causas enunciadas y relacionadas con el Contrato de Suministro de Energía No. 40000332⁴⁸.

Del caso concreto

70. En el caso bajo análisis, evidencia la Sala que los medios probatorios que allegó la entidad demandante son demostrativos del *iter* precontractual que tuvo lugar para la adquisición de energía eléctrica por parte de ENELAR, a través del señor Carreño Tovar, como gerente; sin embargo, no son elementos de convencimiento que evidencien la estructuración de un actuar gravemente culposo que pueda comprometer el patrimonio de aquel señor, como lo indica la entidad demandante.

71. En efecto, en el plenario obran diversas piezas documentales que indican que ENELAR efectuó tres invitaciones públicas a fin de contratar el suministro de energía eléctrica, el proceso de selección 01 de 2009, el 06 y 07 de 2010; asimismo, dichas pruebas demuestran que cada uno de estos procedimientos culminaron con contratos de suministro con los respectivos adjudicatarios, siendo para el primero ISAGEN, con quien se suscribió el número 40000332; para el segundo, EPM y

⁴⁸ Folios 311 y 312 c. 2.

TERMOTASAJERO, con quienes se pactaron los identificados con 29990940319 y 195 y para el tercero COENERSA, con quien se firmó el denominado 27-10.

72. Ahora bien, obran entre los diversos documentos los términos de referencia de cada uno de los procesos de selección, los informes de evaluación técnica de propuestas, elaborados por el subdirector Técnico Operativo, de Protección y Medio Ambiente - TOPMA y los contratos respectivos. A partir de ellos se evidencia que las cantidades energéticas que ENELAR planeó contratar por medio de las invitaciones públicas 01 de 2009, 06 y 07 de 2010, finalmente se concertaron mediante los citados contratos, ya que, como constan en los citados informes, para la licitación 1 de 2009, se requería un total de 153.538 MWh⁴⁹ y se pactaron con ISAGEN 35.000 MWh⁵⁰; para la licitación 06 de 2010, se demandaban 164.485 MWh⁵¹ y se contrataron con EPM⁵² y TERMOTASAJERO⁵³ un monto de 85.823 MWh y para la licitación 07 de 2010, se solicitaban 79.527 MWh⁵⁴ y se acordaron con COENERSA 63.621 MWh⁵⁵.

73. Se halla también en el expediente el contrato 231 del 25 de noviembre de 2010⁵⁶, por el cual el representante legal de TERMOTASAJERO y el señor Carreño Tovar, como gerente de ENELAR pactaban el suministro de energía eléctrica en el marco de la licitación 07 de 2010, pero tal documento no puede ser objeto de valoración, en la medida en que no contiene el folio de firmas y está desprovisto de numeración que permita evidenciar si hace falta alguna otra página, además, no contiene información que permita establecer la cantidad de energía adquirida ni el período para el cual se pactó, precariedad probatoria que no es posible salvar con el informe de evaluación técnica de propuestas de compra de energía de la invitación pública 07 de 2010⁵⁷, como lo propuso el *a quo*, ya que tal documento no acredita que ambas empresas hubieran suscrito el respectivo contrato y, menos aún, en las cantidades ofertadas, porque bien podía ENELAR, en su autonomía,

⁴⁹ Folio 98 c. 1.

⁵⁰ Folio 115 c. 1.

⁵¹ Folio 156 c. 1.

⁵² Folio 166 c. 1.

⁵³ Folio 180 c. 1.

⁵⁴ Folio 212 c. 1.

⁵⁵ Folio 228 c. 1.

⁵⁶ Folios 216 a 218 c. 1.

⁵⁷ Folios 209 a 213 c. 1.

aceptarlas total o parcialmente, sin que se pueda tener certeza de tal aspecto, por la ausencia documental anotada.

74. Es del caso precisar igualmente que el *a quo*, en su decisión de instancia, consideró como eje probatorio el informe solicitado oficiosamente por esa autoridad a ENELAR, con el fin de que certificara las cantidades de energía requeridas y las efectivamente contratadas para 2012, documento cuyo tenor literal es el siguiente:

*“LA SUSCRITA DIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, EN ASOCIO
CON LA DIRECTORA COMERCIAL DE ENELAR ESP*

CERTIFICAN QUE:

Que la Empresa de Energía de Arauca ENELAR E.S.P. obtuvo un suministro de energía para el departamento de Arauca en los meses de mayo a noviembre del año 2012 de 103.521 MWh, correspondientes a 98.616 MWh de contratos bilaterales y 9.813,23 Mwh comprada a través de la bolsa

Que el total de energía comprada por ENELAR E.S.P. para el periodo comprendido entre mayo a noviembre de 2012, mediante contratos bilaterales fue de 133.616 MWh, incluyendo la que se había contratada con ISAGEN S.A. Que la cantidad de energía proyectada a comprar para el periodo comprendido entre mayo a noviembre de 2012 correspondiente a la invitación pública No. 001 de 2009 fue de 88.569,90 MWh⁵⁸.

75. No obstante, dicha certificación no es susceptible de consideración en el análisis probatorio, en la medida que la información que contiene es contradictoria, imprecisa y, de contera, no coincide con los datos que reflejan los demás elementos probatorios obrantes en el plenario, como, por ejemplo, los términos de referencia de las invitaciones públicas efectuadas, por las siguientes razones:

76. Se afirma en el documento transcrito que la energía adquirida para el período comprendido entre mayo y noviembre de 2012 correspondía a 103.521 MWh y se precisa que dicho monto se compone de 98.616 MWh adquiridos mediante contratos bilaterales y 9.813,23 MWh pactados en la bolsa de energía; no obstante, la sumatoria de ambos componentes no tienen como resultado el total indicado.

⁵⁸ Folio 313 c. 1.

77. Se indica en el escrito que el total de energía contratada para el período de mayo a noviembre de 2012 fue de 133.616 MWh, incluyendo la energía pactada con ISAGEN; no obstante, dicho monto tampoco coincide con los aparentes 98.616 MWh que en el inciso anterior se manifestó haberse pactado mediante contratos bilaterales, sin contar con un documento anexo o una explicación detallada que dé cuenta de las razones de la diferencia entre uno y otro valor.

78. Se precisa que el total de energía proyectada en la licitación 01 de 2009, de la cual resultó favorecida ISAGEN, con quien se suscribió el respectivo contrato, correspondió a 88.569,90 MWh, pero al cotejar tal información con la contenida en el informe de evaluación técnica de la propuestas de compra de energía de ese proceso de selección, suscrito por el subdirector Técnico Operativo, de Protección y Medio Ambiente - TOPMA, se evidencia que es contradictoria, pues en este último documento se indica como energía proyectada un total de 153.538 MWh.

79. Así las cosas y al margen de las vicisitudes probatorias anotadas, lo cierto en este caso es que los elementos obrantes en el plenario constituyen plena prueba de actuaciones contractuales de ENELAR, pero ninguno de ellos lleva a inferir la existencia de un actuar gravemente culposo por parte del señor Carreño Tovar, en tanto no indican que el citado señor hubiera actuado con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, por la supuesta sobrecompra de energía que resultó después de haber surtido los tres procesos de selección y de suscribirse los cuatro (4) contratos de suministro que se allegaron al plenario.

80. En efecto, y como se expuso atrás, los documentos que allegó la demandante, esto es, los informes de evaluación de propuestas y los contratos suscritos indican que lo pactado por ENELAR, en el Sistema Energético Mayorista con ISAGEN, EPM, TERMOTASAJERO y COENERSA no superó las necesidades energéticas que planteaba aquella empresa de servicios públicos cuando surtió las invitaciones públicas, de hecho, frente a este punto no difirió el *a quo*, como se puede ver en sus consideraciones:

“Como puede verse, a partir de la comparación entre la energía solicitada por ENELAR ESP y la contratada, incluyendo la de ISAGEN SA ESP, resulta que no se compró más energía de la que se solicitaba en cada uno de los procesos

*licitatorios, por contrario el total comprado no se aproximó a lo requerido por ENELAR para los meses de mayo a noviembre de 2012*⁵⁹.

81. Si bien el tribunal finalmente accedió a las pretensiones, debe tenerse en cuenta que tal decisión se fundó en la valoración probatoria de un documento incompleto y sin firmas y una certificación contradictoria e imprecisa, de ahí que necesariamente la Sala siga un raciocinio divergente al expuesto en primera instancia, por esa potísima razón y porque, además, si bien la parte demandante allegó a juicio un contrato de transacción como título fundante de la pretensión de repetición, dejó de lado que la mera integración de dicho documento al plenario, junto a los demás documentos pre y contractuales de ENELAR, bajo la gerencia del señor Carreño Tovar, no constituyen por sí solos prueba de la culpa grave de este.

82. La transacción, como es conocido, es un método alternativo de resolución de conflictos que supone la decisión autocompositiva de las partes de finalizar una controversia o de precaver un litigio sobreviniente (artículo 2469⁶⁰ Código Civil), haciendo concesiones recíprocas respecto de derechos patrimoniales susceptibles de disposición (artículos 2472 a 2475⁶¹ *ibídem*), con efectos definitivos y de cosa juzgada (artículo 2483⁶² *ibídem*). Es un contrato que, como le es connatural a este tipo de negocios jurídicos, se funda en la voluntad privada de las partes que deciden libremente definir una situación dudosa y dotarla de certeza y seguridad, a partir de la evaluación de las condiciones que a cada una le asiste y que le permiten realizar concesiones patrimoniales susceptibles de negociación.

83. En este caso, el contrato de transacción que celebró ENELAR se produjo en el marco de un escenario de comercialización de bienes intangibles de energía eléctrica, esto es, en el Mercado de Energía Mayorista - MEM y, por ende, tanto

⁵⁹ Folio 344 c. principal.

⁶⁰ “DEFINICIÓN DE LA TRANSACCIÓN. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

⁶¹ “ARTICULO 2472. TRANSACCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL. La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal”.

“ARTICULO 2473. PROHIBICIÓN DE TRANSIGIR SOBRE EL ESTADO CIVIL. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”.

“ARTICULO 2474. TRANSACCIÓN SOBRE ALIMENTOS FUTUROS. La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 424 y 425”.

“ARTICULO 2475. TRANSACCIÓN SOBRE DERECHOS AJENOS O INEXISTENTES. No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”.

⁶² “EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN. La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.

este contrato transaccional como aquellos otros bilaterales de suministro pactados con diversos generadores y comercializadores de energía eléctrica se rigieron por las condiciones del mercado, en el que los agentes, en este caso ENELAR, procuran las soluciones más adecuadas para sus intereses, a fin de buscar la mayor ganancia y correlativamente sufrir las menores pérdidas, sin que la suscripción de un contrato de naturaleza transaccional u otro tenga la capacidad de demostrar aisladamente condiciones objetivas que lleven al convencimiento de que el gerente o representante legal de la persona jurídica contrayente actuó prevalido de culpa grave.

84. Sustento de esta premisa es que en el contenido del acuerdo transaccional se dispuso a título de antecedentes contractuales que la justificación de la transacción no correspondía a un criterio objetivo y verificado por un órgano técnico sino por la evaluación subjetiva de la nueva gerencia, en cuyo sentir se había incurrido en una sobrecontratación, como lo evidencia el texto:

“Que una vez posesionado el actual gerente y una vez revisados los procesos de contratación de energía de ENELAR E.S.P., se evidenció que existía una sobrecompra para los meses de mayo a noviembre de 2012, y en este sentido se solicitó a ISAGEN buscar las alternativas para dar por terminado de manera anticipada el Contrato suscrito, buscando no afectar los intereses de las partes”.

85. La Sala no duda del criterio de administración del gerente en cuyo sentir se incurrió en una sobrecompra de energía bajo la dirección del señor Carreño Tovar; sin embargo, las pruebas que la entidad demandante trajo a juicio no demuestran ese supuesto sobre el cual se edifica la pretensión de repetición y, además, no aportó soportes documentales que, más allá de indicar los procesos contractuales de ENELAR, indicaran las condiciones de mercado que demostraran un actuar irregular y gravemente culposo de quien ahora es demandado.

86. Así, por ejemplo, no se allegó el informe del comité de conciliación que aprobó la suscripción de la transacción, no se aportaron las comunicaciones cruzadas entre ISAGEN y ENELAR que evidenciaran las condiciones objetivas de la negociación que justificaban la terminación anticipada del contrato de suministro, falencias probatorias que sin duda dejan sin asidero la pretensión de reembolso de lo pagado,

en el que el título fundante es una obligación voluntariamente adquirida, a través de un contrato de transacción.

87. No basta allegar los soportes documentales de varios procesos de selección de contratistas y un acuerdo de voluntades transaccional para demostrar un actuar gravemente culposo del señor Carreño Tovar como gerente de ENELAR, sin considerar el apremio de la prueba que exigía las condiciones particulares del caso y que demandaban una demostración meridiana de los motivos y circunstancias en las que podía calificarse de irregular la actuación de un gerente en un escenario de liberalidad económica, en el cual las condiciones de mercado son determinantes, dada la libre competencia que asiste entre públicos y privados, como es el caso del Mercado Mayorista de Energía.

88. En consecuencia, aun cuando la Ley 678 de 2001 estableció que se presume la culpa grave en los eventos de *“infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”*, lo cierto es que, en este caso, el supuesto de hecho que da lugar a la presunción no se estructuró, ya que los medios de convencimiento no dan lugar a tal conclusión y, por ende, ante la falta de demostración de los hechos en que se funda la presunción, no hay lugar a declarar probada la estructuración de la culpa grave en el actuar del señor Carreño Tovar, por lo que la Sala revocará la sentencia de instancia y, en su lugar, dispondrá negar las pretensiones de la demanda.

Costas

89. Como no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes y en razón a que en el proceso de la referencia se persigue un interés público, en este caso no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, es decir, a la parte actora, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de octubre de 2015 y, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.