

RV: 18001-23-33-000-2021-00166-00 contestación demanda ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P.

Secretaria Tribunal Administrativo - Florencia - Seccional Neiva
<stradfl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 09/08/2022 17:55

Para: Edna Lorena Sanchez Losada <esanchezl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Registrado, William

De: Oficina Apoyo Judicial - Florencia - Seccional Neiva <ofapoyofl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 9 de agosto de 2022 5:00 p. m.

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Florencia - Seccional Neiva <stradfl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: contacto@alainconsultores.com <contacto@alainconsultores.com>

Asunto: RV: 18001-23-33-000-2021-00166-00 contestación demanda ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P.

Oficina de Apoyo Judicial de Florencia

ofapoyofl@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tel. 4351072

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

De: alain consultores <contacto@alainconsultores.com>

Enviado: martes, 9 de agosto de 2022 4:51 p. m.

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Florencia - Seccional Neiva <stradfl@cendoj.ramajudicial.gov.co>; STRAD <STRAD@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Oficina Apoyo Judicial - Florencia - Seccional Neiva <ofapoyofl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Edna Lorena Sanchez Losada <esanchezl@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

wilson.castro@castroestudiojuridico.com <wilson.castro@castroestudiojuridico.com>; Alain Consultores <alain.consultores@gmail.com>; cgutierrez <c.gutierrez@castroestudiojuridico.com>

Asunto: 18001-23-33-000-2021-00166-00 contestación demanda ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P.

**HONORABLE MAGISTRADA:
ANGÉLICA MARÍA HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ
DESPACHO TERCERO**

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
EXPEDIENTE: 18001-23-33-000-2021-00166-00
DEMANDANTE: AES COLOMBIA & CÍA S.C.A. E.S.P. (antes
denominada AES COLOMBIA & CIA S.C.A. E.S.P.)
DEMANDADO: ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P.

Honorable Señora Magistrada.

ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 7'161.977 de Tunja (Boyacá), Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 78.609 del C.S. de la J, en mi condición de apoderado de la demandada empresa **ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P. (en adelante ELECTROCAQUETÁ)**, identificada con NIT. 891190127-3, según poder especial adjunto que me fue conferido por el Representante Legal de la misma, manifiesto respetuosamente que procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA Y PROPONER EXCEPCIONES** dentro de la Acción de Reparación Directa de la referencia, la cual ha sido promovida por **AES COLOMBIA & CÍA S.C.A. E.S.P.** antes denominada **AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.** (en adelante **AES COLOMBIA**).

Adjuntamos lo anunciado.

De Usted Sra. Magistrada,

ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO
Apoderado **ELECTROCAQUETÁ**



Contacto
Alain Consultores Legales
Oficina: (+571) 3002130
Calle 116 No. 15 B – 26 Oficina 302
Ed. Centro Empresarial OSVAR - CEO
Bogotá D.C. - Colombia
www.alainconsultores.com

**HONORABLE MAGISTRADA:
ANGÉLICA MARÍA HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ
DESPACHO TERCERO**

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
EXPEDIENTE: 18001-23-33-000-2021-00166-00
DEMANDANTE: AES COLOMBIA & CÍA S.C.A. E.S.P.
(antes denominada AES COLOMBIA & CIA S.C.A. E.S.P).
DEMANDADO: ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P.

Honorable Señora Magistrada.

ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 7'161.977 de Tunja (Boyacá), Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 78.609 del C.S. de la J, en mi condición de apoderado de la demandada empresa **ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. E.S.P. (en adelante ELECTROCAQUETÁ)**, identificada con NIT. 891190127-3, según poder especial adjunto que me fue conferido por el Representante Legal de la misma, manifiesto respetuosamente que procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA Y PROPONER EXCEPCIONES** dentro de la Acción de Reparación Directa de la referencia, la cual ha sido promovida por **AES COLOMBIA & CÍA S.C.A. E.S.P.** antes denominada **AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.** (en adelante **AES COLOMBIA**).

I. A LAS PRETENSIONES

A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS:

A LA PRIMERA. Me opongo, en razón a que se probará que **ELECTROCAQUETÁ** no aceptó la oferta presentada por **AES COLOMBIA**, pues el representante legal que para ese momento estaba en el ejercicio pleno de sus funciones no emitió aceptación de la oferta a tal proponente dentro del proceso correspondiente a la Convocatoria Pública CQTC-2016-5.

A LA SEGUNDA. Me opongo, en razón a que como **ELECTROCAQUETÁ** no aceptó la oferta de **AES COLOMBIA**, no estaba obligada a celebrar contrato con dicha empresa en lo que respecta al proceso correspondiente a la Convocatoria Pública CQTC-2016-5.

A LA TERCERA. Me opongo, en atención a que no se produjo daño, ni perjuicio alguno y, de haberse producido, no se deriva de actuación alguna por parte de **ELECTROCAQUETÁ**.

A LA CUARTA. Me opongo, en razón a que no hay lugar a las condenas declarativas anteriores y adicionalmente porque los supuestos perjuicios no están probados y, en gracia de discusión, fueron indebidamente tasados.

A LAS PRETENSIONES DE CONDENAS PRINCIPALES.

A LA PRIMERA: Me opongo, toda vez que no está probado el daño y el perjuicio.

Igualmente, me opongo a la solicitud de condena al pago de intereses moratorios.

A LA SEGUNDA: Me opongo a la condena en costas y agencias en derecho y se advierte que éstas no se causan en virtud de una demanda, como lo afirma erradamente la accionante, sino por el éxito y la prosperidad de las pretensiones.

II. COMENTARIOS SOBRE EL ACÁPITE DENOMINADO EN LA DEMANDA “INTRODUCCIÓN NECESARIA”

Previo a exponer los hechos, el demandante hizo una exposición que denominó “***INTRODUCCIÓN NECESARIA***”, en la que afirmó que resultaba forzoso exponer la manera como funcionan los mercados de energía y de manera concreta “*lo concerniente al **mercado regulado***”.

En relación con dicha introducción es necesario precisar que si bien la convocatoria CQTC-2016-5 iba dirigida a la compra de energía con el fin de abastecer a un mercado regulado en donde los usuarios adquieren la energía conforme a unas tarifas aplicables, dicha convocatoria sobre la cual giran los hechos de la demanda se hizo en el marco de un mercado mayorista en donde el suministro de energía se adquiere a través de un contrato de suministro de energía a largo plazo, por lo cual para lo único que es relevante el tema será para demostrar que **AES COLOMBIA** no sufrió ningún perjuicio porque pudo igualmente vender la energía en dicho mercado, como se verá en las excepciones y pruebas que se pedirán al respecto. En lo demás para nada importa en este proceso el mercado

regulado frente a los hechos que interesan a la demanda, siendo por ello menester centrar la atención únicamente en el tema que aquí se discute, esto es la supuesta responsabilidad extracontractual por actos precontractuales.

III. SOBRE LOS "HECHOS Y OMISIONES EN QUE SE FUNDA ESTA DEMANDA" y "Los hechos que dieron lugar a la controversia"

AL HECHO NO. 1. Es cierto. Las convocatorias públicas **CQTC-2016-7** y **CQTC-2016-5** adelantadas por **ELECTROCAQUETÁ** fueron solicitudes de "propuestas de suministro de energía" para adquirir energía con destino al mercado regulado.

Sin embargo es necesario precisar desde ya, que aunque en este hecho el demandante se refiere a dos convocatorias distintas adelantadas por **ELECTROCAQUETÁ**, las pretensiones de la demanda se limitan exclusivamente a la convocatoria **CQTC - 2016-5**. No obstante, algunos hechos atinentes a la aceptación de la oferta correspondientes a la convocatoria **CQTC-2016-7** serán relacionados en las excepciones para demostrar que la accionante no le es dable argumentar que creyó a ciegas que el Gerente Comercial de **ELECTROCAQUETÁ** era quien estaba actuando como representante legal en pleno ejercicio de funciones como tal.

AL HECHO NO. 2. Es cierto. **AES COLOMBIA** presentó la citada oferta el veinticinco (25) de agosto de 2016, en relación con la convocatoria **CQTC-2016-5**.

AL HECHO NO. 3. Es cierto. La demandante presentó la citada propuesta el once (11) de enero de 2017, en relación con la convocatoria **CQTC-2016-7**.

Es importante precisar en relación con éste hecho, que la propuesta presentada por **AES COLOMBIA** para la convocatoria **CQTC-2016-7** referida en este hecho, fue aceptada por quien **SÍ ostentaba el ejercicio de la representación legal de ELECTROCAQUETÁ**, es decir, por parte del Doctor **GERARDO CADENA SILVA** y fue precisamente por esa razón que efectivamente él procedió a suscribir el respectivo contrato de la citada convocatoria **CQTC-2016-7**, (lo cual se prueba con el anexo que se adjunta a esta contestación), demostrándose con ello que la demandante sí conocía quién era efectivamente el representante legal principal en ejercicio de funciones de **ELECTROCAQUETÁ**.

Por ello, mal hace la accionante al tratar de comparar lo que sucedió en la convocatoria **CQTC-2016-5** con lo acaecido en la convocatoria **CQTC-2016-7** pues en el primer caso (convocatoria **CQTC-2016-5**), el representante legal de **ELECTROCAQUETÁ** en funciones, no aceptó la oferta y por lo

mismo no tenía la obligación de suscribir ningún contrato, mientras que en el segundo caso (convocatoria **CQTC-2016-7**), el representante legal en funciones aceptó la oferta.

AL HECHO NO. 4. No es cierto. La comunicación del 9 de septiembre de 2016 denominada en el **“ASUNTO: EVALUACIÓN CONVOCATORIA PÚBLICA CQTC-2016-5. PARA CONTRATAR SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA AÑOS 2019 Y 2020”** no fue suscrita por el representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ**, sino por el Gerente Comercial quien para dicha fecha **no ejercía la representación legal de la empresa**, por cuanto en su calidad de suplente no estaba en ejercicio de funciones de representación legal, pues, como se probará, para esa fecha el representante legal principal estaba en pleno ejercicio de sus funciones, es decir no estaba ausente, ni temporal ni definitivamente, y no podía ser desplazado por un suplente y, menos si se tiene en cuenta que el Gerente Comercial era incluso el segundo suplente del representante legal.

En ese orden de ideas, el representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ** no aceptó la oferta presentada por **AES COLOMBIA** y, por lo mismo, no puede obligarse a la sociedad a suscribir un contrato, teniendo en cuenta que la oferta, se reitera, no fue aceptada por quien efectivamente ejercía la representación legal para ese momento.

AL HECHO NO. 5. No es cierto. Si bien el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, Gerente Comercial, tenía la calidad de **segundo suplente** del representante legal principal de **ELECTROCAQUETÁ**, dicha función (la suplencia) sólo podía ejercerla ante la ausencia absoluta o temporal del representante legal principal y del primer suplente del representante legal, cuestión que no ocurrió en este caso.

Adicionalmente, NO es cierto que la certificación de la Cámara de Comercio aportada en la demanda pruebe las afirmaciones de la demandante, por el contrario dan fe que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá tenía apenas la calidad de **segundo suplente**.

AL HECHO NO. 6. Es cierto. En éste hecho el demandante se refiere a la convocatoria **CQTC-2016-7**, que cómo ya se dijo, no hace parte de las pretensiones sobre las cuales se sustenta la demanda y que obedece a circunstancias bien distintas de las que aquí se discuten para la convocatoria **CQTC-2016-5**. Sin embargo, es importante precisar que para dicha convocatoria **CQTC-2016-7**, **AES COLOMBIA** también presentó una oferta la cual fue aceptada por el Gerente General, en su calidad de representante legal principal **en ejercicio de funciones**, esto es, por el Doctor Gerardo Cadena Silva, lo que sin duda alguna demuestra que la demandante conocía perfectamente desde hace tiempo quién es el representante legal principal y en ejercicio de funciones de

ELECTROCAQUETÁ, lo cual sin duda alguna deja claro que jamás hubo un engaño sobre quién era el representante legal titular y desvirtúa a la vez la supuesta mala fe, que la accionante imputa a lo largo de la demanda.

AL HECHO NO. 7. Es cierto, en cuanto al contenido de la cláusula 21 y la responsabilidad que debía asumir quien presentara una oferta. Pero **es falso** en lo que respecta a **ELECTROCAQUETÁ**, pues resulta muy importante aclarar que dicha obligación era únicamente para los OFERENTES más no para la empresa convocante. En efecto, desde la convocatoria **ELECTROCAQUETÁ** fue **TOTALMENTE CLARA EN ADVERTIRLE A LOS OFERENTES** que la presentación de ofertas por parte de los **OFERENTES** de ningún modo obliga a **ELECTROCAQUETÁ** ni a aceptar la oferta ni mucho menos a suscribir el contrato. Veamos lo que dicen los términos de invitación:

“ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P. está en libertad de aceptar el total o parte de lo ofrecido, o sencillamente, no aceptar la propuesta.

La presente solicitud de ofertas y las demás que se produzcan en el desarrollo de la misma no implica la realización de compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P., por lo tanto no se reconocerán obligaciones para la misma, salvo en el obrar objetivamente y de buena fe en el proceso. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

AL HECHO NO. 8. Es parcialmente cierto.

AL HECHO NO. 9. Es cierto que se celebró la reunión allí mencionada, pero no son ciertas las afirmaciones que allí se hacen en cuanto al contenido de las mismas. Por el contrario, lo que resulta importante mencionar es que en este hecho la accionante está reconociendo que para la fecha de la citada reunión aún las partes discutían sobre la oferta de **AES COLOMBIA**, cuestión que jamás da lugar a concluir que efectivamente la propuesta ya estaba aceptada y menos aún por quien correspondía.

Adicionalmente resulta muy dicente también que en esta oportunidad la accionada se haya reunido con el Doctor Gerardo Cadena Silva, Representante Legal principal de **ELECTROCAQUETÁ**, para discutir temas de la oferta presentada por **AES COLOMBIA**, y que no se haya reunido con el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, quien es a quien la demandante supuestamente dice que reconocía como representante legal. Ello solo demuestra que la accionante tenía conocimiento de que quien era en

verdad el representante legal principal en ejercicio de funciones de **ELECTROCAQUETÁ** es decir, el Doctor Gerardo Cadena Silva y no el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, a lo que se suma el hecho de que, como se ha venido señalando , **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** conocía perfectamente que el representante legal en ejercicio de funciones era el Doctor Cadena Silva, pues la demandante recibió de él la carta sobre la aceptación de otra oferta, esto es la que presentó por **AES COLOMBIAAES COLOMBIA** con ocasión de la convocatoria **CQTC-2016-7**.

Ahora bien, es poco creíble entonces que **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** señale que llevó a cabo una reunión con el Doctor Cadena Silva para efectos de las convocatorias aludidas y que haya recibido además de él también la aceptación expresa de la oferta de la convocatoria **CQTC-2016-7**, pero que, a su conveniencia, afirme que cree que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá era el representante legal que le debía aceptar la oferta de la otra convocatoria, esto es la **CQTC-2016-5**.

AL HECHO NO. 10. Es cierto que existió la comunicación que allí se menciona, pero debe aclararse que las afirmaciones que **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** hizo en esa comunicación del 13 de marzo de 2019 no fueron aceptadas por **ELECTROCAQUETÁ**, como se verá de la respuesta dada a ellas, tal cual se reseña en los hechos posteriores.

Del mismo modo no son ciertas las afirmaciones que se efectúan en este hecho, pues no hubo por parte de mi mandante, como allí se afirma, “*un cambio de condiciones de la oferta aceptada*” dado que nunca hubo una oferta aceptada por quien para la fecha **ejercía** la representación legal de **ELECTROCAQUETÁ**.

AL HECHO NO. 11. Es cierto que en la comunicación allí referida **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** hizo esas afirmaciones, pero jamás fueron aceptadas ni en esa época ni ahora por **ELECTROCAQUETÁ**.

AL HECHO NO. 12. Es cierto pero sólo se trata de obligaciones regulatorias que refiere la accionante y que en nada definen el punto en controversia, ya que mientras no se establezca que efectivamente hubo aceptación de la oferta por quien tenía la competencia para hacerlo, no nace la obligación de celebración del contrato, ni mucho menos de registro del mismo ante XM tal cual se advirtió y transcribió en el hecho No. 8

AL HECHO NO. 13. Es cierto. Obsérvese plenamente que en esta comunicación del 15 de marzo de 2019, el Doctor Cadena Silva, quien **ejercía** la representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** efectivamente acepta la oferta derivada de la convocatoria **CQTC-2016-7** y la respectiva suscripción y registro del contrato ante XM, por ser quien ostentaba la “*capacidad para contratar*”, al cabo que para la convocatoria **CQTC-2016-5**

se deja claramente establecido también que en la misma calidad de representante legal en ejercicio de funciones, **no se aceptaba la oferta y, por ende, no se suscribiría el respectivo contrato.** En tal sentido, si **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** consideraba que el Gerente Comercial era quien ostentaba la representación legal de la sociedad **ELECTROCAQUETÁ**, se pregunta, por qué no discutió que el Doctor Cadena Silva fuera quien le aceptara la oferta y le firmara el contrato de la convocatoria **CQTC-2016-7**, pero si discute que el mismo Doctor Cadena le haya rechazado la oferta y negado a suscribir el contrato de la convocatoria **CQTC-2016-5**.

Además, se reitera, el rechazo de la oferta y la no suscripción del contrato era sin duda una alternativa que conocían los oferentes, pues, como se dijo al contestar hechos anteriores, desde el inicio de la convocatoria se dijo expresamente que **“ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”** estaba **“en libertad de”** aceptar el total o parte de lo ofrecido, **“o sencillamente, no aceptar la propuesta”** y que la solicitud de oferta tampoco **“implica la realización de compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”**

AL HECHO NO. 14. Es cierto. Efectivamente en la comunicación del 15 de marzo de 2019, el Doctor Cadena Silva, quien **ejercía** la representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** en relación con la convocatoria **CQTC-2016-5** manifiesta que no acepta la oferta que en tal proceso presentó **AES COLOMBIA AES COLOMBIA**. Ello demuestra que **hubo coherencia** en la decisión de **ELECTROCAQUETÁ**, pues, como se dijo al contestar el hecho anterior, se adjudicó a través de su representante legal en ejercicio el contrato correspondiente a la convocatoria **CQTC-2016-7** y, el mismo representante, rechazó la oferta de la convocatoria **CQTC-2016-5**.

Con lo explicado hasta ahora, al contestar los hechos, queda claro que en ambas convocatorias **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** tenía pleno conocimiento sobre quiéⁿ ostentaba realmente la representación legal, pues conoció el nombre propio de quien le aceptó y celebró el contrato de la convocatoria **CQTC-2016-7** y reconoce también que se reunió con esa misma persona (el Doctor Cadena Silva) para tratar temas de la oferta de la Convocatoria **CQTC-2016-5**, por lo que no puede ahora pretender que se declare que hubo una supuesta mala fe de la demandada, argumentando para ello que quien fungía como representante legal en ejercicio de funciones para la época era **AES COLOMBIA** el Gerente Comercial.

Adicionalmente, para **ELECTROCAQUETÁ** nunca fueron de recibo las afirmaciones hechas por **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** en el aludido escrito, pues el señor Reinel Rodríguez Tasamá no actuó como

representante legal, pues si bien aparecía **inscrito como segundo suplente, no ejercía** para el mes de septiembre de 2016 las facultades de representante legal de la sociedad, toda vez que no hubo en ese momento una falta temporal ni absoluta del **representante legal principal** esto es del Doctor Cadena Silva, ni tampoco hubo una falta temporal ni absoluta del **primer suplente** del representante legal. Por ello, es falsa la afirmación sin aclaración alguna que en este hecho hace **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** acerca de que para septiembre de 2016 el representante legal de **ELECTROCAQUETÁ** era el Gerente Comercial, esto es, el señor Reinel Rodríguez Tasamá, pues como se probará con la certificación respectiva, no había ausencia ni del representante legal principal ni del primer suplente, como para que se diga que el segundo suplente podía asumir las funciones de representación legal por el solo hecho de estar registrado en el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio, **ya que allí mismo aparece que los suplentes solo actuarán en ausencia definitiva o temporal del principal.**

En ese orden de ideas, las actuaciones de **ELECTROCAQUETÁ** se han ajustado al principio de la buena fe, por tanto, no es cierto que **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** tuviese expectativas “legítimas” derivadas de una comunicación suscrita por quien no ejercía la representación legal de la empresa, máxime si se ha demostrado que la accionante conocía y se reunía con quien sí era el representante legal en ejercicio de funciones, esto es el Doctor Cadena Silva.

AL HECHO NO. 15. Es cierto que el 9 de abril de 2019 **AES COLOMBIA AES COLOMBIA** le dirigió una comunicación a mi representada, pero ello no prueba que tenga la razón sobre lo allí afirmado, pues en tal escrito la demandante lo que hace es dar su propia opinión sobre la crítica que le hace al contenido de la comunicación de **ELECTROCAQUETÁ** del 15 de marzo de 2019; por lo tanto, es un hecho lo que se refiere a la existencia de la comunicación, pero por lo demás son únicamente apreciaciones subjetivas que la accionante hace sobre la misma.

AL HECHO NO. 16. Es cierto que el 3 de mayo de 2019 **ELECTROCAQUETÁ** dirigió una comunicación a **AES COLOMBIA AES COLOMBIA**. Esta comunicación se anexa con esta contestación dado que la misma, aunque es mencionada no fue aportada y es allí donde aparecen las razones que esgrimió **ELECTROCAQUETÁ**, por lo que nos remitimos a ella, para no hacer una transcripción innecesaria de la misma.

AL HECHO NO. 17. Es cierto.

AL HECHO NO. 18. Es cierto.

AL HECHO NO. 19. Es cierto.

IV. PRECISIONES SOBRE EL DERECHO SUSTANCIAL QUE SE DEBE APLICAR AL CASO CONCRETO

Los fundamentos de derecho y razones de la defensa que se esgrimen por **ELECTROCAQUETÁ** se encuentran determinados en la oposición a las pretensiones, en las respuesta a los “*hechos y omisiones*” y en las excepciones que se presentarán mas adelante.

Sin embargo, previo a exponer cada una de las excepciones, resulta importante, referirnos a las reglas que deben acatarse en en el trámite de este proceso, pues, en tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios de las que trata la Ley 142 de 1994, **los actos precontractuales y contractuales de dichas empresas, bien sean públicas, privadas o mixtas, no son actos administrativos**, pues ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca que le permita o lo faculte para emitir actos de tal naturaleza (administrativos).

En lo que respecta a las citadas empresas de servicios públicos domiciliarios, los actos de contratación distan totalmente de ser actos administrativos y menos aún si se tiene en cuenta que en el caso de estas empresas, la contratación no está calificada como una función administrativa ni por la ley, ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado.

Por ello, la controversia que aquí plantea la demandante, si bien es competencia del juez de lo contencioso administrativo por vía del mecanismo de la reparación directa, en todo caso los postulados que deben aplicarse desde el punto de vista del fondo del asunto, esto es desde la **perspectiva sustancial**, son meramente los de derecho privado y no los de la responsabilidad propia del Estado.

Por ello, como la demanda de reparación directa presentada por **AES COLOMBIA** se sustentó fácticamente en un hecho de carácter precontractual, el análisis **NO** debe hacerse desde la mirilla de los requisitos propios de la responsabilidad por hechos u omisiones del Estado, sino que **por tratarse de una empresa de servicios públicos que a voces de las Leyes 142 y 143 de 1994 se rige por el derecho privado, el análisis sustancial debe hacerse entonces desde la esfera de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad aquiliana.**

En efecto, la Ley 142 de 1994 **“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”**, establece en sus artículos 31 y 32 lo siguiente:

“Artículo 31. Régimen de la contratación. 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. (...). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El artículo 32 ibídem señala:

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

A su turno la Ley 143 de 1994 **“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”** determina lo siguiente:

“Artículo 8°. Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.

(...).

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”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte el artículo 76 de la misma Ley 143 de 1994 complementa la regla indicando:

“Artículo 76. Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Sobre tales disposiciones existe ya sentada línea jurisprudencial que reafirma la aplicación del régimen de derecho privado de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, indistintamente de su naturaleza pública o privada.

Es así como en la Sentencia C-066 de 1997 la Corte Constitucional se refirió en concreto a constitucionalidad de los artículos 31 y 32 ya citados de la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Dijo al respecto la Corte en aquella oportunidad:

*“Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, **considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente.** Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior.*

(...).

Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador.

Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, **se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor**". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En la misma Sentencia C-066 de 1997 la Corte, al estudiar la posibilidad de que el legislador al expedir las leyes sobre servicios públicos pudiera establecer contratos con reglas diferentes en tratándose de dicha materia –servicios públicos–, señaló que ello era perfectamente viable dado que como la competencia dada al legislador le emanaba directamente de las facultades que al respecto le otorgan los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, incluyendo, desde luego, **“la posibilidad de desarrollar dentro del**

marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Del mismo modo puede verse la Sentencia C-741 de 2003 en la que la Corte Constitucional reiteró la libertad de configuración legislativa en materia de servicios públicos.

Aparece también la Sentencia C-736 de 2007 en la Corte Constitucional expresó:

*“De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que **salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.***

*Así pues, **como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos,** circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Existe uniformidad de criterio jurisprudencial sobre el tema, pues el Consejo de Estado, entre otras, en las siguientes providencias se ha pronunciado en el mismo sentido: (a) Sala de Consulta y Servicio Civil providencia del 5 de agosto de 1999; y, (b) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, con Ponencia del Honorable Consejero Hernán Andrade Rincón de fecha 14 de agosto de 2013, bajo el Radicado No. 25000-23-26-000-2009-01045-01 (45191);

Estas son apenas algunas de las múltiples providencias en las que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han dicho de manera contundente y uniforme que es posible regular el tema de servicios públicos de forma diferente y que ello no riñe con la Constitución Política, dadas las amplias atribuciones que el Congreso de la República tiene para

determinar reglas especiales en esa materia, tal como lo expresó además en las Sentencias C-284 de 1997, C-150 de 2003 y C-503 de 2003 para citar tan solo algunas otras.

De tal manera que los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y el párrafo del artículo 8 y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994 determinan que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado.

Del mismo modo y también de vieja data, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en Sentencia del 23 de septiembre de 1997, dentro del Expediente No. S-701- Acción Contractual, cuyo Actor fue Diego Giraldo Londoño y como demandada actuó la empresa TELEHUILA S.A., ha señalado que la prestación de un servicio público y por su puesto la contratación de estas empresas **no son** una función administrativa, así:

*“a) **Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado** y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de **negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación** (art 154 inc 1º).”* (Subrayo y negrillas fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C-558 de 2001 señaló que la gestión de los servicios públicos domiciliarios no conlleva el ejercicio de una función pública, pues sobre el particular indicó:

*“Primeramente debe destacarse el significativo avance que entraña el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo en lo atinente al universo de personas habilitadas para desempeñar funciones administrativas, pues como bien se sabe, merced a esta disposición se le reconoció a los particulares la eventual capacidad para cumplir funciones administrativas, y por contera, la posibilidad de acceder a la condición genérica de autoridades. Desde luego que tal preceptiva no correspondió a una gracia o dádiva otorgada por la ley a favor de los particulares, antes bien, lo que se registró allí (decreto 01 de enero 2 de 1984) fue un reconocimiento a la creciente incursión del sector privado en la prestación de servicios públicos tales como la enseñanza, la salud, el transporte, la banca, etc. **Disposición que por otra***

parte no ha sido ni es indicativa de que la prestación de servicios públicos sea "per se" una función administrativa.

El ejercicio de la función administrativa por parte de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios encuentra una preceptiva mucho más comprensiva en el inciso primero del artículo 154 de la ley 142, que al respecto permite circunscribir como actos administrativos propios de tales empresas y entidades los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, y por supuesto, las decisiones que se produzcan en sede empresarial con ocasión del recurso de reposición.

A manera de conclusión puede afirmarse entonces que las empresas y **entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que las habilitan para cumplir funciones administrativas que van desde la resolución de peticiones, quejas y reclamos hasta la decisión del recurso de reposición**, ofreciéndose como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública y el control de autotutela que se ve complementado con la revisión superior encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos para la culminación de la vía gubernativa.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido la Sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional ratifica que la prestación de un servicio público no constituye en sí misma el ejercicio de una función pública, así:

“4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que **no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.**

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la

regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas- , **mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica per se dicho ejercicio**, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.)”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, con ponencia de la Honorable Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en providencia del 18 de julio de 2007, dentro de la Radicación 25000-23-26-000-1999-00155-01(29745), señaló igualmente lo siguiente sobre el particular:

“Además, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. Y no lo reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que “regirán el ejercicio de las funciones públicas” de aquellas que se ocupan de la “prestación de los servicios públicos”.

(...)

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco de la Constitución Económica (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo marco constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

No hay que perder de vista que tres preceptos constitucionales (arts. 189.22, 365 y 370) encomiendan al Presidente la función de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. Si se tratase, como antaño, de una manifestación de la función pública: ¿Por qué, entonces, se someten a esta tradicional función de policía administrativa reservada a las actividades desplegadas en el marco de una actividad económica?

Por manera que, la Carta de 1991 al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica **“dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo de servicios públicos competitivos: mercado a la vez libre e intervenido, ya que el Estado en su condición de director general de la economía se erigió en el garante -que no prestador monopólico- de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del modelo de Estado (...)”**¹. De suerte que, los servicios públicos domiciliarios **dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”**².

La superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesto de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos. Así, por ejemplo, recientemente se dejó sentado que:

“El constitucionalismo colombiano sufrió una singular transformación con la adopción de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque si bien la libertad económica -en su doble acepción: la libertad empresa y la libertad de competencia económica³- es garantizada como derecho colectivo (arts. 88 y 333

¹ “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

² “Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

³ Cfr. ANGARITA BARÓN, Ciro, La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz, en Constitución Económica Colombiana, Biblioteca Milenio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, 1996.

C.P.), la dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de la ley (arts. 334 y 150.21 C.P.), en el marco de lo que se ha denominado la ‘Constitución Económica’. Intervención del Estado en la economía que tiene no sólo por propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final, tal y como tuvo oportunidad de señalarlo recientemente esta Sala:

(...).

“No obstante tratarlos como un asunto económico, el Constituyente al definirlos como inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) se reservó para los servicios públicos un capítulo separado formulando desde el mismo nivel constitucional un régimen jurídico y una autoridad singulares,⁴ **sobre la base de la superación de la vieja concepción que los asimilaba a una manifestación más de la función pública para dar paso a una concepción económica asociada a un nuevo modelo de Estado, habida consideración de su inescindible relación con sus cometidos sociales (art. 1 C.P.)**⁵. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Este criterio se ratificó por esa Corporación en oportunidad precedente:

(...) El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

⁴ Vid. “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“(…).

“De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana⁶, con base en expresión foránea, llama ‘bienes meritorios’, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”.⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En términos similares la Sala también indicó en otra ocasión:

‘Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991⁸, “⁹

comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia -que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública¹⁰ y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las

⁶ Hugo Palacios Mejía. EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Editorial Derecho vigente. Bogotá, Primera edición 1999, Pág.4 y ss.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP – 0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁸ Cfr. C. Lizcano, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998, Pág. 33: “...se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho”.

⁹ Vid. “Del carácter singular del Derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios” en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 125. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

¹⁰ Según el profesor Julio Prat: “El servicio público...como pieza maestra del derecho administrativo francés servirá como criterio para que todos los actos ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo” (PRAT, Julio A. Los servicios públicos en V.V.A.A. El derecho administrativo en Latinoamérica, Tomo II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, Pág. 236 y ss.).

atribuciones de regulación¹¹ y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado’.

*(...) En definitiva, **la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya no es expresión del poder de imperio del Estado**, sino un asunto económico sometido al control y vigilancia de la única Superintendencia de rango constitucional y a la atribución presidencial regulatoria, como instrumentos de intervención estatal (arts. 333,334, 365 y 370 C.P. y numerales 3.4 y 3.3 del artículo 3 de la ley 142).*

*‘Por lo demás, **en desarrollo de la distinción constitucional entre función pública y servicio público, prevista en el ordinal 23 del artículo 150 C.P.**, el artículo 3 de la ley 489 de 1998 dispuso que los principios de la función administrativa sólo aplicarían a los servicios públicos en tanto ‘fueren compatibles con su naturaleza y régimen’. De modo que, la propia ley trazó una frontera clara entre esos dos conceptos antes considerados sinónimos.¹² (Negrillas y cursivas originales, subrayas fuera de texto).¹³*

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de función pública:

***“...la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad.”¹⁴** (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De tal modo que desde la Constitución Política de 1991 la gestión de un servicio público no implica o lleva implícita en sí misma el ejercicio de una

¹¹ La Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, providencia con alcance de cosa juzgada absoluta, dejó en claro que la regulación se expide con sujeción a la ley, tal y como lo ordena el artículo 370 Constitucional y, por lo tanto, los actos de las Comisiones de Regulación no son expresión de “legislación secundaria” y por lo mismo no pueden “llenar los vacíos de la ley” ni “completar su contenido”.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C 066 de 1997, C 209 de 1997 y C 037 de 2003. En el mismo sentido Consejo De Estado, Sala Plena, Auto S 701 de 23 de septiembre de 1997.

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgúez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.

función administrativa, sino únicamente en los expresos y escasos eventos en que la jurisprudencia así lo ha reconocido.

Como el servicio público no es considerado *per se* una función administrativa y la ley expresamente dispuso que además la contratación se rige por el derecho privado, las controversias precontractuales que aquí se ventilan se deben analizar desde la perspectiva eminentemente civil, por tanto le Es incorrecto que el apoderado de **AES COLOMBIA** haga alusión a la Ley 80 de 1993 y a la contratación estatal, como se observa en las páginas 14, 15 y numeral tercero de la página 29 cuando es claro que existe una aplicación del derecho privado a este tipo de asuntos. Así las cosas, las excepciones que a continuación se enervan girarán bajo la órbita de la responsabilidad aquiliana, como figura propia del derecho civil.

V. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DEFENSA – EXCEPCIONES-

Con ocasión de los puntos sobre los que versa la controversia, a continuación se señalan las excepciones y argumentos de defensa.

5.1. PRIMERA EXCEPCIÓN: No existió el hecho generador del supuesto daño, en la medida en que el representante legal en ejercicio de funciones de ELECTROCAQUETÁ para septiembre de 2016 no aceptó la oferta que presentó AES COLOMBIA en relación con la convocatoria CQTC-2016-5

En palabras sencillas puede decirse que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, se busca reparar las consecuencias de un **hecho dañoso** por parte del causante, bien porque dicho **hecho** sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica no contractual que fije la ley previamente entre ambos (como por ejemplo los deberes legales que tiene un padre para con un hijo), o porque el daño ocurra sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima, como en el caso de los accidentes de tránsito, tal como lo está sentado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás.

Pero para que se pueda predicar el deber de reparación, la jurisprudencia a indicado que **es totalmente necesario, obligatorio e indispensable, que se pruebe sin dubitación alguna la existencia del hecho generador del daño y que éste (el hecho) sea atribuible plenamente al demandado, pues de lo contrario no se pueden entrar a estudiar los demás elementos de este tipo de responsabilidad.**

En el caso concreto, la sociedad **AES COLOMBIA** pretende tener como **hecho generador del supuesto daño** que alega haber sufrido, una

comunicación hecha por un trabajador de **ELECTROCAQUETÁ** que supuestamente le aceptó la oferta presentada a propósito de la convocataria **CQTC-2016-5** para compra de energía con destino al mercado regulado y, que luego, la Empresa se habría retractado de dicha aceptación y negado a firmar el respectivo contrato.

Lo anterior **NO** es cierto y, como se demostrará a continuación, **no existió en realidad el supuesto hecho generador del daño** que se alega.

En efecto, una simple revisión del certificado de existencia y representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** evidencia que, según sus estatutos, la sociedad cuenta con un representante legal **principal y dos suplentes**, lo cual está público y claramente expuesto en la Cámara de Comercio.

Como es conocido por todos, los suplentes ejercen la función de representación legal de la Empresa, cuando el principal no puede desempeñar sus funciones por ausencia temporal o absoluta y, en todo caso, guardando o respetando el orden establecido para la ejercer la suplencia.

En otras palabras, **el representante legal suplente NO TIENE NI POR ASOMO la capacidad permanente para actuar en nombre y representación de ELECTROCAQUETÁ en cualquier momento, pues únicamente le nace la capacidad jurídica de representación cuando el representante legal principal y el primer suplente están imposibilitados para ejercer sus funciones de manera transitoria o permanente.** Es decir que cuando se habla de una suplencia en la representación legal, sólo una persona a la vez puede tener la capacidad de obligar a la sociedad y, no todos al unísono, pues de lo contrario se estaría hablando de una representación conjunta o alternativa, que no es la aplicable a **ELECTROCAQUETÁ**, pues públicamente aparece desde hace años en su certificado de existencia y representación legal que la capacidad para obligar a la sociedad está dada bajo la modalidad de **UN PRINCIPAL Y DOS SUPLENTE**, con todo lo que ello conlleva para el válido ejercicio de la misma.

Resulta que para septiembre de 2016 (que es la época que relata **AES COLOMBIA** que se sucedieron los hechos), en el certificado de existencia y representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** se aprecia, como se dijo, que la sociedad contaba con un representante legal **principal** que era el Doctor **Gerardo Cadena Silva**, un **primer suplente** que era el Doctor **Libardo Ramón Polanía** y un **segundo suplente**, que era el Señor **Reinel Rodríguez Tasamá**.

Por lo tanto, no es correcta la afirmación de la demandante **AES COLOMBIA** cuando en la página 8 de la demanda, en el último párrafo atinente al hecho 14 afirma sin aclaración alguna que “(...) *la manifestación de la voluntad de adjudicar el contrato por parte de **ELECTROCAQUETÁ** a través de la carta del gerente comercial, el señor **REINEL RODRÍGUEZ TASAMA, quien para el mes de septiembre de dos mil dieciséis (2016) era representante legal**, sí le ordena un derecho a **AES COLOMBIA** de firmar el contrato y una expectativa legítima de que **ELECTROCAQUETÁ** actuaría de buena fe y de acuerdo con sus propios actos*” (subrayado y negrilla fuera de texto), pues, como pasa a explicarse, existen varios elementos a tener en cuenta que desvirtúan totalmente que la demandada a través de su representante legal **en ejercicio de funciones** haya tenido “*la manifestación de la voluntad de adjudicar el contrato*”. Veamos:

- (i) En primer lugar está el hecho de que para ese momento (septiembre de 2016), el Señor Reinel Rodríguez Tasamá no actuó como representante legal, pues las facultades para conducirse como tal solo le nacían en caso de ausencia temporal o definitiva tanto del representante legal principal, como del primer suplente, cuestión que aquí jamás sucedió.
- (ii) En efecto, en el caso que acá nos ocupa, **AES COLOMBIA** pretende que la sociedad demandada quede inexorablemente obligada a tener como aceptada la oferta que presentó con ocasión de la convocatoria **CQTC-2016-5** por una carta recibida del Señor Reinel Rodríguez Tasamá, fechada el 9 de septiembre de 2016, pero resulta que en dicha carta el señor Rodríguez Tasamá **ni se comportó como representante legal de ELECTROCAQUETÁ, ni mucho menos manifestó que él era quien estaba aceptando la oferta**, según se explica a continuación:
 - (a) La lectura de la carta del 9 de septiembre de 2016 muestra que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá firmó la comunicación **como Gerente Comercial más no como representante legal**, lo cual es perfectamente coherente con el hecho de que tanto el representante legal **principal** (Doctor Gerardo Cadena Silva), como el **primer suplente** (Doctor Libardo Ramón Polanía), **NO SE ENCONTRABAN AUSENTES** ni temporal ni definitivamente, según se prueba con la certificación adjunta del área competente de **ELECTROCAQUETÁ**, en la que consta que **PARA AQUEL MOMENTO** los citados señores estaban en pleno ejercicio de sus cargos y funciones.

En este punto es importante despejar la duda de la actuación del Señor Reinel Rodríguez Tasamán en el diario trasegar de sus

labores en la Empresa. En efecto, debe tenerse en cuenta que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá ordinariamente y de forma permanente laboraba para **ELECTROCAQUETÁ**, desempeñándose como Gerente Comercial; a la vez, el mismo trabajador fue designado como representante legal **pero para ocupar la segunda suplencia** en tal cargo, lo que significa que las funciones de esta designación no las desempeñaba de forma permanente, sino únicamente ante las faltas temporales o definitivas del representante legal principal y del primer suplente. Por lo tanto, en el giro normal de sus labores cotidianas, el Señor Reinel Rodríguez Tasamá no estaba actuando con capacidad para obligar a la sociedad a título de representante legal, sino que su gestión era eminentemente bajo el cargo de Gerente Comercial, porque, de lo contrario, toda carta que firmara el citado trabajador se entendería hecha como representante legal, incluso para cualquier trámite interno o externo de la función meramente comercial.

Si esa fuera la conclusión, se desdibujaría la figura jurídica de la **“suplencia”**, dándole un alcance que no tiene, pues no se podría designar a un trabajador de la sociedad como suplente del representante legal, pues se correría el riesgo permanente de que cualquier actuación, documento o instrucción que firme o imparta ese trabajador para una labor propia de su gestión laboral, se entienda como una decisión de la sociedad adoptada para efectos de representación legal. Ello resultaría no sólo absurdo, sino incontrolable.

Es para evitar estas situaciones que en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad aparecen publicados, como sucede en el caso de **ELECTROCAQUETÁ**, los nombres e identificación de los representantes legales y del cargo como principal o suplente, al igual que la línea de sucesión del cargo en la suplencia (primero, segundo, etc.), con el objetivo de que se tenga en cuenta de manera pública y de cara a los terceros, que no toda actuación de estas personas, cuando son trabajadores de la sociedad, es necesariamente una decisión de la compañía que la compromete bajo el ejercicio propio de la representación legal.

En el presente caso, es evidente que **AES COLOMBIA** indica con total claridad en múltiples apartes de la demanda, que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá era el Gerente Comercial de **ELECTROCAQUETÁ**, por lo que sin duda conocía la labor a la que se dedicaba en la empresa el citado trabajador, por lo que no es correcto que pretenda hacer creer que como en el certificado de

existencia y representación legal aparecía también como SEGUNDO SUPLENTE del representante legal, afirme categóricamente que el trabajador estaba actuando como representante legal.

A lo anterior se suma el hecho de que en la carta que menciona la accionante aparece que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá firmó actuando como Gerente Comercial, a lo que se suman otros serios indicios que, como se verá más adelante, demuestran que **AES COLOMBIA** conocía de la existencia y ejecución plena de la representación legal por parte del representante legal principal.

- (b) Por otra parte, es menester verificar también que la carta en comento solo puede tomarse como una información al oferente de los resultados internos de la evaluación de las ofertas, pues allí aparece que el Comité Evaluador interno hizo unas **“recomendaciones”** para la eventual aceptación de ofertas. En efecto, si bien las propuestas iban a revisión del Comité Evaluador interno, **EN TODO CASO EL CITADO COMITÉ NO OSTENTABA DENTRO DE SUS FUNCIONES LA COMPETENCIA PARA ORDENAR LA ACEPTACIÓN DE OFERTAS, NI PARA CELEBRAR EL CONTRATO RESPECTIVO,** por cuanto su labor se limita a hacer la **“recomendación”** al Gerente General, Doctor Gerardo Cadena Silva, siendo éste último, quien tiene la facultad de aceptar o no la oferta y de celebrar o no el contrato.

Como se observa, **existen varios aspectos por los cuales NO puede concluirse** entonces de forma ligera, como lo hace **AES COLOMBIA** en el último párrafo del hecho 14 de la demanda, que la carta en comento es una plena prueba de que **ELECTROCAQUETÁ**, hizo una *“(…) manifestación de la voluntad de adjudicar el contrato (...) a través de la carta del gerente comercial, el señor **REINEL RODRÍGUEZ TASAMA**, quien para el mes de septiembre de dos mil dieciséis (2016) era representante legal”*, pues lo que debe enterse de la misma es que el Comité Evaluador hizo una *“recomendación”* para la eventual aceptación de ofertas y, tal vez y, quizá lo más importante, no queda plenamente demostrado que pueda concluirse con total claridad que para esa fecha el Señor Rodríguez Tasamá fungía efectivamente como representante legal **en ejercicio de funciones** y que como tal actuó en ese específico caso.

- (iii) A lo anterior se suman otros hechos acaecidos frente a **AES COLOMBIA** que dan fe de que no es correcto que pretenda hacer valer la carta del 9 de septiembre de 2016 como una aceptación de la oferta por parte del Señor Reinel Rodríguez Tasamá en calidad de

representante legal de la Empresa, pues es importante recordar que la misma accionante también participó en la convocatoria **CQTC-2016-7** y presentó una oferta, la cual fue aceptada por el Gerente General, Doctor Gerardo Cadena Silva en su calidad de representante legal principal en ejercicio de funciones, y no por el Gerente Comercial Señor Reinel Rodríguez Tasamá, lo que sin duda alguna demuestra que la demandante conocía perfectamente quién fungía como representante legal principal y en ejercicio de funciones de **ELECTROCAQUETÁ**, lo cual sin duda deja claro que jamás hubo un engaño sobre quién era el representante legal titular y desvirtúa a la vez la supuesta mala fe que la accionante imputa reiteradamente a lo largo de la demanda.

- (iv) Del mismo modo, al observar esta problemática en todo su conjunto, se puede establecer que **AES COLOMBIA** refiere en el hecho 11 de la demanda que con posterioridad al 9 de septiembre de 2016 (fecha de la carta que defiende como de aceptación de la oferta), la accionante y mi representada llevaron a cabo acercamientos vía telefónica y hasta presencial para tratar temas relativos a la negociación, por lo que de ello se puede deducir que con posterioridad a la aludida carta del 09 de septiembre de 2016, aún las partes no llegaban a un acuerdo final sobre la oferta de **AES COLOMBIA** que permita concluir que ya había sido efectivamente aceptada la propuesta y menos aún, por quien debía aceptarla, es decir, en su momento, al Dr. Gerardo Cadena como representante legal principal y no a otro.
- (v) Adicionalmente resulta muy dicente también que esas reuniones se hayan tenido con el Doctor Gerardo Cadena Silva, Representante Legal principal de **ELECTROCAQUETÁ**, para discutir temas de la oferta presentada por **AES COLOMBIA**, pues ello solo demuestra que la accionante si tenía conocimiento de que quien era en verdad el representante legal principal en ejercicio de funciones de **ELECTROCAQUETÁ** era el Doctor Gerardo Cadena Silva, pues de otro modo solo se hubiera reunido con el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, que es a quien dice reconocer como representante legal.
- (vi) A lo anterior se suman otros hechos tales como que **AES COLOMBIA** conocía perfectamente que el representante legal en ejercicio de funciones era el Gerente General, Doctor Cadena Silva, pues la demandante recibió de él la carta sobre la aceptación de otra oferta, esto es la aceptación de la propuesta de que trata la convocatoria **CQTC-2016-7**, lo cual aparece probado con esa misiva que la propia demandada acreditó y que tiene fecha del 15 de marzo de 2019. (Ver hecho 14 de la demanda).

De modo que una mirada omnicompreensiva de lo sucedido muestra que es poco creíble que **AES COLOMBIA** señale que, a pesar de que

llevó a cabo reuniones con el Doctor Cadena Silva para efectos de las convocatorias aludidas y de que recibió también de él la aceptación expresa de la oferta de la convocatoria **CQTC-2016-7**, pretenda ahora que se le acepte que la demandante supuso y/o creyó que el representante legal era el Señor Reinel Rodríguez Tasamá y que por eso éste último fue quien supuestamente les aceptó la oferta de la convocatoria **CQTC-2016-5**.

Ahora bien, tampoco es correcta la afirmación de la demandante hecha en el último párrafo del hecho 14 de la citada página 8 de la demanda , cuando manifiesta que, como supuestamente hubo una aceptación de la oferta hecha por el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, **ELECTROCAQUETÁ** no podía ir contra “**sus propios actos**”, por cuanto si el representante legal principal estando en ejercicio de sus funciones no fue quien aceptó la oferta de la convocatoria **CQTC-2016-5**., mal puede decirse que la Empresa está actuando en contravía de su propio actuar al no suscribir el contrato, pues todo lo contrario, en la medida en que como no hubo acto de aceptación de la oferta por quien podía obligar efectivamente a la sociedad, tampoco puede hablarse de ir contra un acto que no es propiamente de quien sí podía obligar a la Empresa, en ese momento, es decir, del Dr. Gerardo Cadena Silva

Como puede verse **AL NO HABER EXISTIDO REALMENTE UNA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, NO EXISTIÓ ENTONCES EL SUPUESTO HECHO GENERADOR DEL DAÑO ALEGADO. INCLUSO, EN GRACIA DE DISCUSIÓN, POR LA EXISTENCIA DE UNA MÍNIMA DUDA DE LA OCURRENCIA DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO, ESTÁ IMPEDIDO CONTINUAR CON EL ESTUDIO DE LOS DEMÁS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ENDILGADA.**

Y es que, en el presente caso, resulta muy relevante el tema de la capacidad jurídica para aceptar una oferta y obligar a la persona jurídica representada, pues no en vano está sentado plenamente que las actuaciones de los representantes legales suplentes **se encuentran limitadas** a la imposibilidad temporal o definitiva del representante legal principal para ejercer sus funciones, por lo que mientras éste último se encuentre en el ejercicio de ellas no podrá ningún suplente asumir sus funciones en el orden estatutario que ha sido acordado y que aparece publicado en el certificado de la Cámara de Comercio, precisamente para que los terceros conozcan el orden de asunción de la capacidad jurídica para obligar a la sociedad.

Precisamente, en lo atinente a la figura de la suplencia, la Superintendencia de Sociedades en diversas oportunidades se ha pronunciado al respecto, como es el caso del Oficio 220-089113 del 3 de

junio de 2020 en el que incluso reiteró lo dicho en Oficio del 25 de junio de 2003, cuyos apartes pertinentes señalan:

*(...) “Respecto a la figura del suplente esta Superintendencia se ha pronunciado en diversas oportunidades, entre ellas a través del Oficio 220-41754 del 25 de junio de 2003, que a su vez remite a la doctrina publicada en “Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995” Superintendencia de Sociedades, páginas 375 y 376 en la que se expresa: “.....**estando instituida la suplencia con la única finalidad de reemplazar al titular en sus ausencias, es del caso tener en cuenta, que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, suplencia es “acción y efecto de suplir una persona a otra** y también el tiempo que dure esta acción”, lo que permite aseverar que **en ningún caso es factible que actúen de manera conjunta o concomitantemente el titular y el suplente, puesto que para que éste pueda desempeñar el cargo es requisito indispensable la ausencia de aquel.** Al aceptar una persona el nombramiento como representante legal, **esta condición le persigue sin importar el lugar físico donde se encuentre y por consiguiente no es su ausencia material lo que faculta al suplente para asumir el cargo, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones correspondientes. Por tanto, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento de la junta de socios emitido con base en las disposiciones contractuales, se hayan otorgado al suplente como tales facultades especiales para representar a la sociedad, el mismo deberá abstenerse de celebrar cualquier acto en el que se pretenda involucrar a la compañía, ya que él carece de capacidad para ello.** (sft) **En este orden de ideas, es dable afirmar que el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero la capacidad para contratar en nombre de la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello,** lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su*

*cumplimiento ante los terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha, claro está, que él titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador".*¹⁵ (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Así mismo, en Oficio No. 220-001192 de 17 de enero de 2002, la Superintendencia de Sociedades reiteró su posición sobre la suplencia e incluso la sustentó en sentencias de vieja data la Corte Suprema de Justicia:

*“La superintendencia de Sociedades en torno al tema de la actuación de los suplentes en los oficios SL 7717 del 22 de marzo de 1991 y 220-40508 de julio 22 de 1998, señaló lo siguiente: "Para que el representante legal suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento del máximo órgano social, se le hayan asignado al representante legal suplente, facultades especiales para representar a la sociedad sin necesidad de que se de la circunstancia anterior. Esto es que el suplente está en la obligación de una permanente disponibilidad, tal y como lo ha sostenido este despacho al expresar que **"... el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero la capacidad para contratar en nombre la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello** lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha claro está que el titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador". **Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 1938, afirmó lo siguiente:** " Hasta hoy se había tenido como doctrina jurídica en Colombia la solución de que la extralimitación de poderes del mandatario vicia los actos respectivos de nulidad relativa, saneables por ratificación expresa o tácita del mandante, o por la prescripción de 4 años, del artículo*

¹⁵ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 089113 del 03 de junio de 2020. Asunto: “Designación de un gerente suplente, sin reemplazar al titular removido del cargo”.

1750 del Código Civil, que es el plazo para demandar la rescisión de los contratos heridos de nulidad relativa. Pero esa doctrina debe ser rectificadada porque se basa en una interpretación dislocada del artículo 2186 del mismo código, cuando habla de que los actos excesivos del mandatario se pueden cubrir por la ratificación. **En efecto. Es principio legislativo deducido a contrario sensu del artículo 1505 del Código civil, que lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de ella ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado.** Este principio, aún de simple razón natural, es apenas una de las primeras aplicaciones lógicas de aquél otro consagrado en el artículo 1502, *ibidem*, básico de toda teoría de las obligaciones, según el cual uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, consiste en el consentimiento del obligado. El consentimiento es, pues, condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica. En el mandato, el consentimiento del mandante se expresa a través del mandatario, de suerte que en esta forma los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por éste los adquiere directamente aquél y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado el mandatario, porque el mandatario obra para tales efectos reemplazando y sirviéndole de instrumento al mandante..." De lo dicho se desprende la respuesta a los dos primeros interrogantes en el sentido de afirmar que los actos o contratos celebrados por el suplente del representante legal estando el representante legal principal en el ejercicio de su cargo, son válidos por producir todos sus efectos entre quienes lo celebraron, **no así respecto de la sociedad, por cuanto en este caso quien en su nombre se obligó no tenían capacidad para hacerlo. En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de noviembre de 1994 consideró atendible sostener que los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento con una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al**

representado; sanción que no conduce a la desaparición del negocio sino que neutraliza la producción de sus efectos del mismo en frente de alguien, bajo el entendido que su validez entre las partes es incontrovertible”. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Incluso en conceptos más recientes, como es el caso del oficio 220-157611 del 21 de octubre de 2021, la Superintendencia de Sociedades ratificó una vez más lo siguiente:

“Ahora bien, **pese a que el suplente del representante legal, tiene una obligación de permanente disponibilidad, no ostenta así la capacidad para contratar en nombre de la compañía, pues ésta facultad como se ha indicado, solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo**; así las cosas, **si no se presenta esta condición, el suplente actuaría sin poder para ello**, situación que lo ubicaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar”. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Todo lo anterior ratifica lo explicado al inicio de esta excepción, en el sentido de que **AES COLOMBIA** no puede tratar de obligar a toda costa a **ELECTROCAQUETÁ** a que le responda por la supuesta aceptación de la oferta que según la accionante le hizo el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, en su condición de segundo suplente del representante legal, pues para la fecha en que alega que se dió la aceptación por el citado Gerente Comercial no estaban ausentes ni el representante legal principal, ni el primer suplente de la sociedad, a lo que se suma que existen múltiples indicios de que la demandante sí conocía perfectamente quien era el representante legal principal, como ya fue tratado en detalle, lo que evidencia que no fue para nada asaltada en su buena fe.

Por ello, es muy importante tener en cuenta que tal como refiere la accionante en el hecho 14, efectivamente en la comunicación del 15 de marzo de 2019, el Doctor Cadena Silva, quien **SÍ ejercía** la representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** le manifestó expresamente a **AES COLOMBIA** que en relación con la convocatoria **CQTC-2016-5** no se aceptaba la oferta. En ese orden de ideas, las actuaciones de **ELECTROCAQUETÁ** se han ajustado al principio de la buena fe y no es

cierto que **AES COLOMBIA** tuviese expectativas “legítimas” derivadas de una comunicación suscrita por quien no ejercía la representación legal de la Empresa, máxime si se ha demostrado que la accionante conocía y se reunía con quien sí era el representante legal en ejercicio de funciones, esto es el Doctor Cadena Silva.

Por ello, desde un punto de vista jurídico, no es posible defender la postura consistente en que el segundo suplente de **ELECTROCAQUETÁ** actuó como representante legal a conveniencia de la demandante y cuando a bien a ella le apetezca, ni mucho menos pensar que todas las actuaciones del suplente sean calificadas como actuaciones en representación de la Empresa.

Lo anterior porque, por si fuera poco, además de la posición doctrinaria reiterada por parte de la Superintendencia de Sociedades y de la jurisprudencia de antaño de la Corte Suprema de Justicia, está también la postura coincidente del Consejo de Estado que en caso reciente del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), afirmó lo siguiente:

“La existencia de un suplente no supone una actuación simultánea, paralela o concomitante con el gerente principal, porque aquél solo será representante legal de la empresa cuando el gerente general se excuse, se le conceda una licencia o permiso o esté en disfrute de sus vacaciones. Mientras ello no ocurra, el suplente no puede actuar en representación de la persona jurídica.

Aceptar que de manera concurrente pueden actuar tanto el “gerente general” como el “suplente del gerente general”, desdibujaría la figura de la suplencia, dado que habría entonces 2 representantes legales principales, posibilidad que si bien fue admitida por la ley comercial como ya se vio, no fue acogida por Aguas de Sucre S.A. E.S.P. en virtud de la potestad de configuración que la misma ley le otorga.

Se reitera, dicha empresa decidió tener 1 “gerente general” que es el representante legal principal y 1 “suplente del gerente general”. De haber querido tener 2 personas que simultáneamente pudieran actuar y comprometer jurídicamente a la sociedad, su junta directiva hubiera designado a 2 “gerentes generales”.

Por consiguiente, no es posible que 2 personas sean simultáneamente representantes legales de dicha empresa, pues para que el suplente tenga esa calidad, se requiere que se genere

una ausencia temporal del gerente general en los eventos que precisan los estatutos: **excusas, licencias, permisos o vacaciones.**

En este punto, es pertinente reproducir lo dicho por la Superintendencia de Sociedades, pues su concepto es ilustrativo acerca de la actuación de los representantes suplentes:

“Para que el representante legal suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento del máximo órgano social, se le hayan asignado al representante legal suplente, facultades especiales para representar a la sociedad sin necesidad de que se de (sic) la circunstancia anterior.

*Esto es que el suplente está en la obligación de una permanente disponibilidad, tal y como lo ha sostenido este despacho al expresar que ‘...el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero **la capacidad para contratar en nombre la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo** y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha claro está que el titular ratifique las actuaciones del mencionado administrado¹⁶. (Negrilla añadida).*

A partir de lo anterior, es claro que, si el representante legal es el agente que personifica la capacidad de goce y de obrar otorgada a la organización, esto es, tiene la potestad de comprometer jurídicamente a la sociedad, solo puede considerarse como tal, al gerente general. Excepcionalmente la tendrá el suplente: (i) ante la imposibilidad del principal de desempeñar las tareas que le han asignado; o (ii) si los estatutos de la empresa le atribuyen funciones especiales sin que se dé la circunstancia anterior.

En el caso de Aguas de Sucre S.A. E.S.P. el suplente solo será el representante legal de Aguas de Sucre S.A. E.S.P. cuando el gerente se excuse, esté en licencia, se le conceda un permiso o disfrute de sus vacaciones, es decir,

¹⁶https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/1792.pdf

cuando el principal esté imposibilitado para desempeñar sus funciones. Por fuera de dichas circunstancias, el suplente no tiene la calidad de representante legal, puesto que las normas internas de la sociedad no le atribuyen facultades especiales que le permitan actuar simultáneamente con el principal¹⁷. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

A partir de lo anterior y retomando el caso concreto, es importante insistir en que **AES COLOMBIA** sustentó su demanda en la afirmación según la cual el señor Reinel Rodríguez Tasamá al momento de suscribir la comunicación del 9 de septiembre de 2016 se encontraba desempeñando funciones de representación legal de **ELECTROCAQUETÁ**, basando sus afirmaciones simplemente en que aparece como suplente en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, pero, aparte de esas simples afirmaciones, **NO hay prueba alguna que soporte que al suscribirse la comunicación del 9 de septiembre de 2016, el señor Rodríguez Tasamá estuviese ejerciendo esas funciones;** por tanto, resulta relevante lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso que dispone: **“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”** a lo que se suma que en materia de responsabilidad civil **es necesario probar plenamente y sin asomo de duda en el hecho que se dice causante del daño.**

En ese orden de ideas, se afirma de manera clara y categórica, sustentado ello sí, en las pruebas que se enuncian a continuación, que el Señor Reinel Rodríguez Tasamá, al suscribir la comunicación del 9 de septiembre de 2016, NO estaba ejerciendo facultades de representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** y, por tal razón, no se puede interpretar que dicha comunicación corresponda a una aceptación de la oferta por parte de la Empresa. Estas pruebas demuestran que el Doctor Gerardo Cadena Silva, en su calidad de Gerente General, era él y sólo él quien se encontraba actuando como representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ** el día 9 de septiembre de 2016 (fecha de la comunicación suscrita por el Gerente Comercial):

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Luis Alberto Álvarez Parra. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 70001-23-33-000-2019-00297-01 (70001-23-33-000-2020-00006-01). Actor: Álvaro Alario Montero y Camilo Espinosa Montes. Demandado: Ramón Tadeo Segura Herrera – Diputado del Departamento de Sucre, Período 2020-2023

- Comunicaciones suscritas y correos electrónicos corporativos enviados el 9 de septiembre de 2016 por Gerardo Cadena Silva, en su calidad de Gerente General, actuando como representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ**, lo cual demuestra que estaba en su cargo y por lo mismo el segundo suplente no podía, ni por asomo, comprometer a la sociedad pues no tenía capacidad jurídica para ello.
- Certificación del área competente de recursos humanos de **ELECTROCAQUETÁ** en la que se acredita que para el día 9 de septiembre de 2016, e incluso durante todo el mes de septiembre de 2016, el señor Gerardo Cadena Silva se encontraba ejerciendo sus funciones de Gerente General, y actuando como representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ**, al igual que el primer suplente Doctor Libardo Polanía, lo que impedía al segundo suplente Señor Reinel Rodríguez Tasamá asumir la capacidad jurídica para comprometer a la sociedad.
- Tengase como prueba también la misma comunicación del 9 de septiembre de 2016 suscrita por el señor Reinel Rodríguez Tasamá, pues ella se firma en calidad de Gerente Comercial y no en calidad de representante legal suplente, ni tampoco como encargado de las funciones del Gerente General.
- El Certificado de Existencia y Representación Legal en donde consta tanto la representación legal, como el orden para asumirla y ejercerla.

Por lo tanto, habiéndose probado que el representante legal principal, el Doctor Gerardo Cadena Silva, se encontraba en ejercicio de sus funciones el día 9 de septiembre de 2016 y que no se presentó hecho alguno que habilitara el ejercicio de la suplencia, con base en la posición reiterada de la Superintendencia de Sociedades, la jurisprudencia coincidente del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en relación con el ejercicio de la suplencia, se debe concluir, sin la menor duda, que quien ejercía la representación legal de **ELECTROCAQUETÁ** no aceptó la oferta presentada por **AES COLOMBIA** correspondiente a la convocatoria **CQTC-2016-5** y, por lo tanto, como la comunicación del 9 de septiembre de 2016, suscrita por el Gerente Comercial, no compromete a **ELECTROCAQUETÁ**, no se cumple el primer requisito de la responsabilidad, esto es, **no hay hecho generador** de la misma, **que pueda atribuirse** a la demandada, razón por la que, ante su ausencia (la del primer elemento de la responsabilidad), es imposible continuar con el estudio de los demás elementos y, por tanto, las pretensiones de **AES COLOMBIA** deben declararse infundadas.

5.2. SEGUNDA EXCEPCIÓN: La comunicación del 9 de septiembre de 2016 no es una aceptación de oferta

La comunicación suscrita por el Señor Reinel Rodríguez Tasamá de fecha 9 de septiembre de 2016, denominada como **“ASUNTO: EVALUACIÓN CONVOCATORIA PUBLICA CQTC-2016-5. PARA CONTRATAR SUMINISTRO DE ENERGÍA ELECTRICA AÑOS 2019 Y 2020”** simplemente puede considerarse como una comunicación en la que, de buena fe, se dio información a los oferentes sobre el estado de la convocatoria y sin que, en todo caso, dicho documento constituya una fuente de obligaciones a cumplir para **ELECTROCAQUETÁ**, pues el citado señor no tenía capacidad en ese momento para comprometerla.

En efecto, independientemente de la recomendación efectuada por el grupo evaluador, de todas formas el único que podía manifestar jurídicamente la aceptación o no de la oferta o la celebración o no del respectivo contrato era el representante legal principal que estaba en funciones, esto es, el Gerente General Doctor Gerardo Candena Silva, quien para ese momento era el único con la capacidad jurídica para hacerlo.

Notese además que, en primer lugar, la comunicación de ninguna manera afirma que se esté aceptando por parte **ELECTROCAQUETÁ** lo ofertado por **AES COLOMBIA**; por el contrario, la simple lectura de la comunicación denota el querer de hacer público el resultado de la evaluación del comité interno, sin que ello implique por si solo la aceptación de la oferta, a lo que se suma que, así lo quisiera, el segundo suplente de representante legal no tenía capacidad jurídica para aceptar la oferta.

Además de lo anterior, se aportan las siguientes pruebas que demuestran que ni el señor Reinel Rodríguez Tasamá, ni los demás funcionarios de **ELECTROCAQUETÁ** que participaron en el proceso, jamás tuvieron la capacidad ni la intención de usurpar las funciones del Representante Legal Principal. Veamos:

- Aparece la comunicación de fecha 01 de septiembre 2016 en la cual el señor Reinel Rodríguez Tasamá, en calidad de Gerente Comercial, le manifiesta al Comité Evaluador que se permite **“presentar”** su **“opinión y recomendación al comité evaluador, para que sean analizadas y se tomen las respectivas decisiones”**. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

- Memorando No. GC – 252 de fecha 2 de septiembre de 2016 mediante el cual el señor Reinel Rodríguez Tasamá, como Gerente Comercial, le manifiesta al señor Luis Enrique Trujillo López, quien era el Gerente Financiero y Presidente del Comité Evaluador, lo siguiente: *“Comendidamente me permito hacer entrega de la siguiente documentación que hace parte de la Convocatoria Pública CQTC-2016-5 **para su respectiva evaluación**”*. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera detexto).
- **Acta No. 009 de 2016** de fecha 6 de septiembre de 2016 a través de la cual el Comité Evaluador efectuó la calificación de la invitación pública CQTC-2016-5, en la que el Gerente Comercial actuó únicamente como invitado según allí se lee. Se reseña igualmente allí a página 2 de dicha acta lo siguiente: ***“La asistencia al Comité del Gerente Comercial, tiene como objetivo exponer, orientar y dar su concepto sobre la viabilidad de compra de energía eléctrica de acuerdo a las condiciones actuales del mercado y realizar la presentación técnica de las propuestas”***.

Pero quizá lo más relevante de esta acta es lo que aparece en la página 5, en donde claramente se dice lo siguiente:

“RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ

*Teniendo en cuenta lo anterior y la recomendación del Dr. Reinel Rodríguez Tasamá, Gerente Comercial; el Comité Evaluador de Invitaciones Públicas **recomienda a la Gerencia General:***

1) Adjudicar (...). (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera detexto).

Es evidente que en esta acta aparece que el Comité hizo la **recomendación de adjudicación únicamente a quien tenía la capacidad jurídica de aceptar las ofertas, esto es al Gerente General**, como allí claramente aparece. Es más el Gerente Comercial aparece firmando esa acta **como invitado**, por lo que es claro que jamás pretendió invadir las competencias del representante legal principal en lo respecta a la aceptación de las ofertas frente los proponentes.

- Finalmente se aporta también el **Memorando No. PL-056** de fecha 06 de septiembre de 2016 mediante el cual el señor Héctor Fabio Orrego Ortíz, Cordinador de Planeación y Gestión Empresaria de

ELECTROCAQUETÁ y miembro del Comité Evaluador, **le remite al Doctor Gerardo Cadena Silva, Gerente General** de la empresa, el acta de evaluación, manifestándole lo siguiente:

*“Por medio de la presente, me permito hacer llegar el Original del Acta No. 009 de 2016 del Comité Evaluador de Invitaciones Públicas de la Empresa, en la cual se evaluó la propuesta recibida en la Convocatoria Pública Convocatoria Pública (sic) No. CQTC -2016-5, cuyo objeto es la “CONVOCATORIA, PARA CONTRATAR SUMINISTRO DE ENERGÍA PARA LA ELECTRIFICADORA DEL CAQUETÁ S.A. ESP, AÑOS 2019 Y 2020” **y donde se recomendó a la Gerencia General adjudicar ASÍ.***

(...).” (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Todos estos documentos demuestran que **ELECTROCAQUETÁ** jamás tuvo la intención, ni se impartió nunca una instrucción al señor Reinel Rodríguez Tasamá, Gerente comercial, para que aceptara las ofertas o “adjudicara” el contrato, pues el Comité evaluador, incluido el Gerente Comercial (**quien sólo actuaba en dicho grupo evaluador como invitado**), manifestaron en múltiples oportunidades, como pudo verse, que hacían una recomendación para que fuera el Gerente General quien, conforme a sus competencias de representación legal vigente y en pleno ejercicio de funciones en esa época, decidiera o no aceptar las ofertas y contratar o no según lo considerara, esto es para que “adjudicara” el contrato, según se usa allí ese término.

En ese orden de ideas, debe entenderse que la carta del Señor Reinel Rodríguez Tasamá del 9 de septiembre de 2016 no fue jamás la aceptación de ofertas por parte de **ELECTROCAQUETÁ**, pues es evidente que el citado Gerente Comercial no tenía la capacidad para obligar o comprometer a la sociedad y es indudable con todas estas pruebas que jamás pretendió hacerlo, a lo que se suma que en el acta del Comité de evaluación quedó claro que los resultados de la evaluación eran una simple **recomendación a la Gerencia General**, para que ella decidiera autónomamente lo que a bien tuviera.

5.3. TERCERA EXCEPCIÓN: La convocatoria CQTC-2016-5 es una invitación a presentar ofertas que NO obligaba a ELECTROCAQUETÁ a contratar, como erradamente lo da a entender AES COLOMBIA. Igualmente, tal circunstancia no sirve para demostrar que hubo una aceptación de la oferta

AES COLOMBIA señala en la página 27 final y 28 inicial, dentro del Capítulo 7.1.1.2.2., que hubo hechos que la llevaron a creer que se iba necesariamente a contratar con ella. En efecto en las citadas páginas dice lo siguiente:

*“Todas las acciones realizadas por **ELECTROCAQUETÁ** condujeron a crear una situación de confianza legítima de **AES COLOMBIA para la firma del contrato correspondiente.**”*

*La primera acción fue la publicación de los términos de referencia del proceso de selección (sic) **LA CONVOCATORIA 5**. Los parámetros allí establecidos regulan la etapa precontractual y contractual entre la entidad y los proponentes. En efecto, los mismos términos de referencia señala que:*

“La Electrificadora del Caquetá S.A. E.S.P., en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, Leyes 142, 143 de 1994, Resoluciones CREG, el estatuto interno de contratación vigente y las normas que lo adicionen o modifiquen; está interesada en recibir ofertas de suministro de energía eléctrica para atender su mercado regulado de acuerdo con las condiciones técnicas y comerciales que se describen en los presentes términos de referencia”.

Es decir, que allí se estableció la ley del contrato y es la palabra dada por parte de ELECTROCAQUETÁ. El contenido de los términos de referencia es claro y congruente, y la fuente primigenia de los derechos y obligaciones de las partes. **En esta medida, la publicación de los términos de referencia muestra con claridad la necesidad de ELECTROCAQUETÁ de suscribir un contrato** para la venta de energía. Además, es claro, que ninguna entidad pública, expide términos de referencia con la finalidad de no suscribir el contrato, pues dicha acción sería contraria al principio de planeación de la **contratación pública** y contraria a los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política”. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Las anteriores afirmaciones no son correctas, por las razones jurídicas y fácticas que pasan a explicarse.

No es cierto que todo condujo a que con ocasión de la convocatoria **CQTC-2016-5** se le creara a **AES COLOMBIA** la expectativa de que se le *firmaría el contrato* correspondiente, y mucho menos es cierto que *“la publicación de los términos de referencia muestra con claridad la necesidad de ELECTROCAQUETÁ de suscribir un contrato”*, pues hacer una interpretación de los términos de referencia en tal sentido, conllevaría erradamente a pensar que **ELECTROCAQUETÁ** habría efectuado una oferta a los interesados quienes al aceptarla obligaban indefectiblemente a la demanda a contratarlos.

Nada más errado que lo anterior, pues en la citada convocatoria **CQTC-2016-5**, lo que hizo **ELECTROCAQUETÁ** fue una **invitación a presentar ofertas** y esa invitación no es una modalidad en la que se puedan predicar los efectos de la oferta a la que se refiere el artículo 860 del Código de Comercio.

En efecto, la invitación que efectuó **ELECTROCAQUETÁ** decía lo siguiente:

*“ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P. está en libertad de aceptar el total o parte de lo ofrecido, **o sencillamente, no aceptar la propuesta.***

La presente solicitud de ofertas y las demás que se produzcan en el desarrollo de la misma no implica la realización de compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P., por lo tanto no se reconocerán obligaciones para la misma, salvo en el obrar objetivamente y de buena fe en el proceso”.

(Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Tal y como se demuestra en el texto transcrito, **ELECTROCAQUETÁ** no hizo una oferta que se pudiese considerar irrevocable y **que la obligara necesariamente a contratar**; incluso, estableció textualmente desde el inicio del proceso, que quien deseara participar presentando oferta debía tener en claro que **“ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”** estaba **“en libertad de”** aceptar el total o parte de lo ofrecido, **“o sencillamente, no aceptar la propuesta”** y que la solicitud de oferta tampoco **“implica la realización de compromiso contractual”**

ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”

Por lo tanto, la entidad demandada fue clara y concreta al prever las reglas de la invitación, señalando que tal convocatoria no era en sí misma una oferta, a lo que se suma el hecho de que se advirtió a los participantes que, a pesar de que presentaran ofertas, **ELECTROCAQUETÁ** podía, a su arbitrio, decidir si aceptaba total o parcialmente una oferta e, incluso, se reservó el derecho de **“sencillamente, no aceptar la propuesta”** sin explicación alguna, pues no de otra forma puede interpretarse tal expresión.

Igualmente, se aclaró también plenamente desde el inicio, que la empresa se reservaba **el derecho de no celebrar el contrato** con ocasión de la convocatoria, pues allí se dice expresamente que no existía **“compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”**

De tal modo que quienes conocían las reglas no pueden hablar de haber sido asaltados en su buena fe o de existir obligación de contratación, pues la claridad total desde el momento de la invitación evidencia un actuar leal y público de cara a todos los participantes, a quienes desde la publicación de la convocatoria se les dio a conocer las reglas que serían aplicables en cuanto a las ofertas presentadas, indicándose expresamente sobre el particular que **ELECTROCAQUETÁ** podía optar por **“sencillamente, no aceptar la propuesta”** sin explicación alguna, y que en todo caso no existía **“compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”**

Por ello, no es de recibo la afirmación de **AES COLOMBIA** cuando en la página 28 de la demanda dentro del Capítulo 7.1.1.2.2. afirma que se le **firmaría el contrato** correspondiente y que **“la publicación de los términos de referencia muestra con claridad la necesidad de ELECTROCAQUETÁ de suscribir un contrato”**, pues la accionante conocía que incluso presentando la oferta y cumpliendo los requisitos exigidos, existía la posibilidad de que **ELECTROCAQUETÁ** **“sencillamente, no aceptara la propuesta”** sin explicación alguna, y además sabía que no existía **“compromiso contractual ninguno”** por parte de la convocante.

De modo que, como la convocatoria **CQTC-2016-5** no fue una oferta pública para ser simplemente aceptada por los interesados, sino que **por el contrario, fue una invitación** para que los interesados presentaran sus ofertas, por lo que tal invitación al no ser una oferta, la misma incluso

era revocable y por lo mismo no puede hablarse de una necesaria obligación de contratación, máxime si en este caso **ELECTROCAQUETÁ** les aclaró desde el inicio de la invitación a todos los interesados (incluida **AES COLOMBIA**), la regla de poder o no, a su juicio, aceptar las ofertas que recibieran, al igual que les manifestó también claramente que se reservaba el derecho de no contratar si en su momento decidía no hacerlo; ello no contradice ni la buena fe, ni las reglas del Código de Comercio, ni del Código Civil, pues es evidente que los participantes en la etapa precontractual eran conscientes de que esas eran las pautas y las aceptaron al participar de esa forma, sin que se trate de una regla adoptada a escondidas o a último momento y sin el conocimiento de los oferentes.

Por ello, resulta importante traer a colación lo afirmado en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia e incluso retomado recientemente por el Consejo de Estado:

*“Para la Corte, “la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”¹⁸. **En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración”¹⁹ del contrato**²⁰. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).*

Como puede verse claramente, cuando se hace una invitación a presentar oferta, aunque haya conformidad del eventual futuro contratante sobre la misma, en todo caso dice la jurisprudencia que ello **“no podría implicar celebración del contrato”**.

Precisamente, en un caso similar al expuesto en esta demanda, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente:

“95. Para esclarecer lo anterior, es necesario determinar, en un primer momento, si el proceso adelantado por Metro

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 2002, exp. 6151. (Cita de Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA. Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003). Actor: Vigías de Colombia Srl Limitada y Granadina de Vigilancia. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado De Bogotá. Referencia: Controversias Contractuales.

¹⁹ Hineirosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 761.

²⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alberto Montaña Plata. Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003). Actor: Vigías de Colombia Srl Limitada y Granadina de Vigilancia. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Referencia: Controversias Contractuales

Cali S.A. fue una oferta –en los términos del artículo 860 del Código de Comercio- o si se trató de una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable.

96. Al respecto, la oferta tiene unas características que la distinguen de las tratativas, acuerdos prenegociales o invitaciones a negociar, las cuales también forman parte de la etapa precontractual, en la medida que se trata del proyecto de negocio jurídico que una persona (oferente) formula a otra (destinatario) – artículo 845 del Código de Comercio- y en donde expresa su voluntad firme, inequívoca, precisa y completa para celebrar un contrato, “revestido de tal seriedad [el proyecto de negocio jurídico] que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto”²¹.

Así, la oferta se erige como un acto unilateral fuente de obligaciones, que, en el caso de revocarse, compromete la responsabilidad del oferente, **mientras que en la invitación a presentar ofertas la aceptación en la participación no implica la celebración del contrato**²². (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En definitiva, y según lo expuesto, si bien las afirmaciones del demandante buscan dar a entender que **ELECTROCAQUETÁ** tenía el supuesto deber de celebrar el contrato, ello carece de sustento jurídico no sólo por tratarse de una invitación para recibir ofertas, sino porque incluso la convocatoria **CQTC-2016-5** fue clara al prevér que ni siquiera las demás solicitudes y comunicaciones que se **“produzcan en el desarrollo de la misma no implica la realización de compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Un asunto adicional merece comentario respecto de lo señalado por la demandante en la citada página 28 dentro del Capítulo 7.1.1.2.2., pues allí afirma que “Además, es claro, que ninguna entidad pública, expide

²¹ Corte Suprema de Justicia. SC 029-1995 del 8 de marzo de 1995, radicación 4473.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05155-01(51363). Actor: Guillermo Lombana Zapata. Demandado: Metrocali S.A. Referencia: Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

términos de referencia con la finalidad de no suscribir el contrato, pues dicha acción sería contraria al principio de planeación de la **contratación pública**". Ello es incorreto en lo que respecta a los procesos de contratación de **ELECTROCAQUETÁ**, incluida por su puesto la convocatoria **CQTC-2016-5**, pues fue ampliamente explicado en el CAPÍTULO IV de esta contestación denominado "**PRECISIONES SOBRE EL DERECHO SUSTANCIAL APLICABLE AL CASO CONCRETO**", que la empresa demandada se rige por el **derecho privado en sus actos y contratos** por orden de las Leyes 142 y 143 de 1994, al unísono con la jurisprudencia de todas la Altas Cortes, por lo que es equivocado hablar aquí del estatuto "**de la contratación pública**".

Finalmente debe decirse que los citados argumentos expuestos por **AES COLOMBIA** en las transcritas páginas 27 y 28 del Capítulo 7.1.1.2.2. de la demanda, **no logran tampoco demostrar la existencia del hecho generador del supuesto daño**, como requisito indispensable para poder exigir la reparación atinente a la responsabilidad civil extracontractual.

5.4. CUARTA EXCEPCIÓN: ELECTROCAQUETÁ no trasgredió la cláusula general contenida en el artículo 863 del Código de Comercio que impone el deber de actuar de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual

Se expone a continuación la excepción tendiente a demostrar que durante la etapa precontractual, las actuaciones de **ELECTROCAQUETÁ** se adecuaron a la buena fe exenta de culpa y, en ese orden de ideas no hay lugar a que se declare en su contra la responsabilidad precontractual que prevé el artículo 863 del Código de Comercio.

Dice el artículo 863 del Código de Comercio lo siguiente:

“Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

El transcrito artículo 863 hace referencia a la responsabilidad precontractual a la que podrán verse avocadas las partes dentro de cualquier negociación de derecho privado, durante el periodo conocido habitualmente como tratativas, pero sólo en aquellos eventos en que las partes no han actuado dentro de un marco comportamental de buena fe exenta de culpa y que teóricamente ha sido denominada como culpa *in contrahendo* o culpa en el curso de negociaciones contractuales.

La doctrina especializada, ha indicado al respecto lo siguiente:

“El demandado en juicio de responsabilidad precontractual está amparado por la presunción de buena fe; por consiguiente, no puede ser condenado a resarcir los perjuicios causados por la intempestiva e injustificada ruptura del itinerario contractual, si no se acredita que, a pesar de haber obrado de buena fe, ha obrado con culpa, (...)”.²³ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El Consejo de Estado al analizar la culpa precontractual in contrahendo a la que se refiere el artículo 863 del Código de Comercio, ha indicado una serie de requisitos que deben cumplirse para tener como configurada la responsabilidad precontractual:

“Para que se configure responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo se requiere: (i) que exista una situación real de negociación; (ii) que de los tratos se haya generado una situación de confianza, que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato; (iii) que la ruptura haya sido injustificada o contraria a la corrección (información, veracidad, lealtad) y a la buena fe exigida en el campo negocial y (iv) que como consecuencia de ese comportamiento se cause un daño”.²⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 863 del Código de Comercio, se exponen a continuación los argumentos que demuestran que **ELECTROCAQUETÁ** obró de buena fe exenta de culpa.

Como se ha dicho, **AES COLOMBIA** afirmó en el numeral 7.1.1.2.1 de la demanda lo siguiente:

“AES COLOMBIA y ELECTROCAQUETÁ estuvieron en al menos dos (2) periodos de negociación. El primero de ellos fue el proceso de selección al que se presentó, donde AES COLOMBIA presentó observaciones, así como la oferta, de acuerdo con los parámetros establecidos por ELECTROCAQUETÁ.

Y el segundo periodo de la negociación inició el veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) con una reunión entre las partes, esto con el fin de definir el alcance de

²³ Marín Vélez, Gustavo Adolfo. “La responsabilidad precontractual en Colombia”. Revista “Opinión Jurídica”. vol. 3, No. 5 pp. 57-78

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628). Actor: Consultores Eléctricas Y Electrónicas Consultel LTDA. Demandado: Instituto De Seguros Sociales. Referencia: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

los contratos adjudicados (Hecho No. 9). Sin embargo, **ELECTROCAQUETÁ** no mencionó ni manifestó su intención de no celebrar los contratos.

*En la comunicación del trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019) AES COLOMBIA solicitó la firma de los contratos, pero los mismos no fueron suscritos. Es en la comunicación del (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019) que **ELECTROCAQUETÁ**, sin ajustarse a la legalidad, a la buena fe ni a sus propios actos, indicó que frente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5 no se firmaría el contrato, puesto que quien suscribió la comunicación no tenía la facultad para ello”.*

Puede verse que **AES COLOMBIA** dice que las partes estuvieron “al menos” en dos periodos de negociación, por lo que se presume que hubo incluso mas; sin embargo limitó sus argumentos a dos eventos.

El primer evento de negociación, según **AES COLOMBIA**, es la convocatoria adelantada por **ELECTROCAQUETÁ** y la oferta presentada por la demandante. No obstante, como ya se indicó en acápite anterior, **ELECTROCAQUETÁ** no generó ninguna expectativa en los interesados pues lo que adelantó fue una convocatoria para recibir ofertas, indicando incluso de manera expresa en la misma que dicha convocatoria **no le obligaría a celebrar algún contrato**, con lo cual es evidente que lo señalado por el demandante en relación con una situación real el celebrar a toda costa el contrato carece de sustento fáctico.

En relación con el segundo evento, esto es la afirmación de que “**el periodo de la negociación (...) inició el veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) con una reunión entre las partes**”, ello mostraría que efectivamente el 9 de septiembre de 2016 (dos años antes), no se habría hecho aceptación alguna de la oferta, por cuanto sucede que **AES COLOMBIA** señala en el hecho No. 9 de la demanda que se plantearon alternativas de negociación en relación con la convocatoria, con lo cual de ser así se estaría aceptando que para la fecha de dicha reunión (27 de noviembre de 2018), no había claridad total de lo ocurrido sobre la aceptación de la oferta, pues no puede entrar a negociarse aquello que ya ha sido aceptado.

Es evidente entonces que no hay argumento fáctico debidamente probado por **AES COLOMBIA** que demuestre que efectivamente **ELECTROCAQUETÁ** actuó de mala fe, pues lo que **existe es una total ausencia de plena prueba de que efectivamente habría habido una aceptación de oferta** el 9 de septiembre de 2016.

5.5. QUINTA EXCEPCIÓN: ELECTROCAQUETÁ jamás procedió de forma injustificada y actuó con veracidad, lealtad y con la buena fe exigida en el campo negocial, pues incluso el modelo de minuta de contrato publicado desde el inicio de la convocatoria, mostró quien era el representante legal que podía obligar a la sociedad

En efecto, como se ha dicho, el registro mercantil es público y ahí consta el nombre del representante legal principal y está claro además que el señor Reinel Rodríguez Tasamá era apenas el **segundo suplente**.

Pero, por si fuera poco, **ELECTROCAQUETÁ** actuó de buena fe, con veracidad y lealtad, pues incluyó en la convocatoria la minuta del contrato que eventualmente podría llegar a suscribirse con quienes decidieran ofertar.

Dicha minuta inicial remitida desde el inicio de la convocatoria, muestra, sin asomo de duda, que quien suscribiría el contrato sería el Señor Gerardo Cadena Silva, en su calidad de representante legal principal.

Incluso, tiempo después de suscribirse la comunicación del 9 de septiembre de 2016 que tanto defiende **AES COLOMBIA**, esa misma sociedad remitió a **ELECTROCAQUETÁ** la citada minuta y sus anexos para la firma del Doctor Cadena Silva. De tal modo que si consideraba que el Gerente Comercial era el representante legal, no se entiende por qué remitió la minuta al Gerente General Doctor Gerardo Cadena Silva.

La remisión de la minuta de contrato y sus anexos al Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ** Doctor Gerardo Cadena Silva para que la firmara, demuestra que **AES COLOMBIA** conocía perfectamente que era él y no el Señor Reinel Rodríguez Tasamá quien obligaba a **ELECTROCAQUETÁ**.

En efecto se anexan como prueba los siguientes documentos:

- Minuta del contrato que se anexó a la convocatoria pública en la cual se previó que de celebrarse contrato dicho documento sería suscrito por su representante legal, señor GERARDO CADENA SILVA. Éste documento por sí sólo, da cuenta de la buena fe con la que actuó **ELECTROCAQUETÁ** desde el inicio.
- Minuta del contrato de suministro de energía eléctrica denominado como No. VE-ECM-00451-2016 suscrito por el señor FEDERICO ECHAVARRÍA RESTREPO en nombre de **AES COLOMBIA** y que tal sociedad remitió para ser suscrito por el señor GERARDO CADENA SILVA.

- Anexo No. 1 “*CANTIDADES HORARIAS 2019*” al contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 tambièn suscrito por el señor FEDERICO ECHAVARRÍA RESTREPO en su calidad de Gerente de **AES COLOMBIA** y que fue remitido por esa sociedad para ser suscrito por el señor GERARDO CADENA SILVA en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.
- Anexo No. 1 “*CANTIDADES HORARIAS 2020*” al contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 tambièn suscrito por el señor FEDERICO ECHAVARRÍA RESTREPO en su calidad de Gerente de **AES COLOMBIA** y que fue remitido para ser suscrito por el señor GERARDO CADENA SILVA en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.
- Anexo No. 2 “*PRECIOS*” del contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 debidamente suscrito por el señor FEDERICO ECHAVARRÍA RESTREPO en su calidad de Gerente de **AES COLOMBIA** y que fue remitido para ser suscrito por el señor GERARDO CADENA SILVA en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.
- Anexo No. 3 “*REGLAMENTO DE FACTURACIÓN Y FORMA DE PAGO*” del contrato denominado No. VE-ECM-00451-2016 debidamente suscrito por el señor FEDERICO ECHAVARRÍA RESTREPO en su calidad de Gerente de **AES COLOMBIA** y para ser suscrito por el señor GERARDO CADENA SILVA en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.

Todo lo anterior demuestra que, **no hubo un quebrantamiento del principio *alterum non laedere***, pues **ELECTROCAQUETÁ** desde la convocatoria actuó en consonancia con el deber de cuidado al prever en ella que el representante legal principal sería quien suscribiría el contrato y, en ese orden de ideas, sería obviamente también quien aceptaría previamente la oferta, si así lo consideraba.

Además, en éste caso en particular NO se puede simplemente presumir que el oferente invitado a presentar una oferta fue asaltado en su buena fe, pues desde un inicio sabía que la sola presentación de la oferta no le otorgaba un derecho y que la Empresa podía desistir de suscribir el contrato a pesar de haber recibido ofertas, como ha sido ampliamente transcrito y así aparecía en la convocatoria efectuada.

Por lo tanto, si **AES COLOMBIA** hizo caso omiso a las claras advertencias que se le hicieron a todos los interesados al momento de publicar la convocatoria, ello no puede ser atribuible como conducta de mala fe a la

convocante, pues a nadie le es dable alegar y menos obtener beneficio de su propia culpa.

En definitiva, **AES COLOMBIA**, ha debido proceder con cautela frente a la comunicación recibida por el Gerente Comercial. Una mínima diligencia le habría permitido saber si dicha comunicación venía suscrita por el representante legal en funciones y si su contenido realmente se adecuaba o no a una aceptación de oferta.

5.6. SEXTA EXCEPCIÓN: Es incorrecto que la demandante señale que el contrato le fue “adjudicado” y que ello le generó un derecho

Es necesario dejar muy en claro que si bien **ELECTROCAQUETÁ** usa la palabra “*adjudicación*” de forma poco técnica, lo cierto es que como en estos casos no se trata de presencia de una contratación pública, no se le puede dar al citado vocablo (adjudicación) el alcance que tiene en dicha contratación estatal.

Por ello, como la solicitud de ofertas se hizo en el marco del derecho privado, en donde no existe el acto administrativo de adjudicación (como sí sucede en los términos del derecho público para efectos de generar supuestos derechos a partir de la decisión de la administración), es claro que, en el caso que nos ocupa, lo único que hizo el equipo evaluador fue emitir una recomendación que no tiene efecto jurídico alguno frente a terceros, y que si bien el Gerente Comercial decidió hacerla pública, ello no cambia el hecho que sólo el representante legal tenía la capacidad jurídica para aceptar la oferta y obligar, ahí sí, en esos términos a la persona jurídica que representa.

5.7. SÉPTIMA EXCEPCIÓN: Es falso que ELECTROCAQUETÁ revocó la oferta aceptada, pues nunca hubo tal aceptación y en tal medida no puede hablarse de que fue injusta

Afirma **AES COLOMBIA** en el numeral 7.1.1.2.5 visible en la página 30 de la demanda que **ELECTROCAQUETÁ** debió sustentar una supuesta revocatoria de la oferta, en los términos previstos en la convocatoria.

Sin embargo, lo que el demandante denomina “*aceptación de la oferta*” para el caso concreto, es apenas un documento suscrito por quién no tenía la capacidad jurídica, por quien no era representante legal en funciones y que corresponde simplemente a un ejercicio de transparencia dirigido a informar sobre los resultados de la evaluación interna del Comité, sin que ello por sí solo implique jurídicamente una aceptación de la oferta y, en consecuencia, es imposible afirmar que hubo revocación de la misma.

En otras palabras, al no haber ocurrido la aceptación de la oferta, por sustracción de materia, tampoco se revocó la misma.

Ahora bien, **AES COLOMBIA** en el numeral 7.1.1.2.7. visible en la página 32 de la demanda hizo toda una transcripción doctrinal sobre los efectos que tiene la aceptación de la oferta y, como ella, en términos generales, no puede ser revocada sin que se generen consecuencias jurídicas. Termina afirmando el demandante, lo siguiente:

“De lo anterior, se puede concluir para el caso en concreto, que revocó la posibilidad de firmar el contrato de forma injusta pues el gerente comercial SÍ estaba facultado para suscribir la adjudicación del contrato en LA CONVOCATORIA 5”.

Nótese que si bien los apartes de la doctrina transcritos sobre los efectos de la aceptación de la oferta y los efectos de la revocación en el derecho colombiano pueden ser ciertos desde un punto de vista jurídico, **nada de ello se acomoda a los hechos acaecidos en este caso**, pues el gerente comercial, el señor Rodríguez Tasamá, no actuó como representante legal de **ELECTROCAQUETÁ**, no estaba facultado legalmente para aceptar la oferta presentada por **AES COLOMBIA** a nombre de la empresa y, por lo tanto, no tenía capacidad jurídica para obligarla. Por ello NO puede decirse que hubo una revocatoria de la aceptación de la oferta y tampoco puede hablarse de que haya sido injusta.

5.8. OCTAVA EXCEPCIÓN: No se cumplen los requisitos que exige la responsabilidad civil sobre el daño, para que este pueda entrar a reconocerse, pues la demandante se limitó simplemente a enunciarlo sin probarlo

Al haber dejado claro que **no existe plena prueba de la existencia de un hecho generador del supuesto daño que se alega por AES COLOMBIA, ello sería suficiente para no entrar a estudiar los demás requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, pues sabido es que en ausencia de uno de ellos, ya no es predicable dicha figura.**

No obstante, para dejar en claro que no hay lugar a condena alguna de **ELECTROCAQUETÁ**, en esta excepción se señalan los distintos motivos que sustentan que, sólo si en gracia discusión se llegare a demostrar plenamente y sin duda alguna la existencia del hecho dañoso, en todo caso, la accionante tampoco logró probar el daño supuestamente causado.

En efecto comiencese por decir que la jurisprudencia ha enseñado de vieja

data que los elementos o características del daño son: **(a)** que sea cierto, presente o futuro y se haya probado plenamente, pues no basta simplemente con enunciarlo; **(b)** determinado o determinable y anormal, y **(c)** que se trate de una situación jurídicamente protegida, esto es, que no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución, cuestiones que no están plenamente desarrolladas y demostradas en este caso por **AES COLOMBIA**, como se verá a continuación.

En este sentido, **AES COLOMBIA no probó el daño**, y sabio es que en materia de responsabilidad civil no basta con enunciarlo o simplemente enlistarlo, sino que debe acreditarse plenamente. En efecto, vale recordar que la Corte Suprema de Justicia ha entendido por daño lo siguiente:

*«es la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio».*²⁵

Así mismo, según la doctrina especializada, el daño se puede definir en los siguientes términos:

*“El daño es el atentado, puesta en peligro o menoscabo que sufre un bien jurídico protegido por la legislación como un bien social o colectivo”*²⁶.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que **el daño debe ser:**

“cierto y no puramente conjetural (...), no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente

²⁵ “Corte Suprema de Justicia. 6 de abril de 2001, rad. 5502, reiterado SC4703-2021 de 22 de octubre Rad. 2001-01048-01”. Citado en Corte Suprema de Justicia diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022). Radicación n.º63001-31-003-0001-2015-00095-02. Magistrada ponente. Hilda González Neira.

²⁶ Marín Vélez; Gustavo Adolfo. “La responsabilidad precontractual en Colombia”. Revista “Opinión Jurídica”. vol. 3, No. 5 pp. 57-78.

decretados y arrimados al plenario²⁷.

(Subrayado, negrilla y aumento de letra por fuera de texto).

En relación con la **certidumbre del daño**, la Corte Suprema de Justicia también ha manifestado lo siguiente:

*“Como se advierte, la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que **se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético**, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación; **lo que apareja que no hay responsabilidad civil si no hay daño**, habida cuenta que la finalidad de aquella es reparar este, por lo que **debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, pues cualquier indemnización que lo supere constituirá un enriquecimiento sin causa de la víctima**, salvo pacto de las partes cuando de responsabilidad contractual se trata”²⁸. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Descendiendo al caso concreto, en la página 27 de la demanda en el acápite 7.1.1.1., titulado como **“daño”**, AES COLOMBIA presentó **un simple listado de cuatro (4) supuestos daños** que según la demandante consistieron en lo siguiente:

- a. Los gastos incurridos por AES CHIVOR en la presentación de la oferta.*
- b. Los gastos de la adquisición y ampliación de la póliza de seriedad de la oferta.*
- c. La utilidad correspondiente al contrato correspondiente al proceso de selección de la CONVOCATORIA 5.*
- d. La pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”.*

Una revisión del escrito de demanda muestra que AES COLOMBIA se limitó únicamente a enlistar los citados cuatro (4) asuntos como causantes del daño supuestamente sufrido por ella, **pero en ningún momento se da ni una sola explicación de cómo y**

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil SC 10297 de 2014.

²⁸ Corte Suprema de Justicia diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022). Radicación n.º63001-31-003-0001-2015-00095-02. Magistrada ponente. Hilda González Neira

por qué cada uno de esos cuatro eventos allí enunciados causaron el supuesto daño que pide resarcir.

Veamos:

- (i) En efecto, en el momento en que **AES COLOMBIA** formula sus pretensiones simplemente señala en la página 11, como **“PRIMERA”** pretensión **“DE CONDENA PRINCIPAL”** que solicita que **“se CONDENE a ELECTROCAQUETÁ al pago del LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubiera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5, por la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279), junto con los intereses moratorios calculados a la tasa más alta que autoriza el artículo 884 del Código de Comercio, calculados desde el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil veinte (2020) y hasta que se verifique el pago total de la obligación”**. Como puede verse, aquí no hay ninguna prueba que demuestre plenamente que ese fue el daño efectivamente sufrido.
- (ii) Luego, en la página 26 de la demanda, si bien **AES COLOMBIA** hace una serie de transcripciones de doctrina y jurisprudencia y nuevamente relata los hechos que supuestamente le causaron el daño por la supuestas aceptación de la oferta, lo cierto es que, en relación con el daño propiamente dicho, allí simplemente aparece lo siguiente y nada más:

“De acuerdo con lo anterior, existen cuatro (4) daños ciertos:

a. Los gastos incurridos por AES CHIVOR en la presentación de la oferta.

b. Los gastos de la adquisición y ampliación de la póliza de seriedad de la oferta.

c. La utilidad correspondiente al contrato correspondiente al proceso de selección de la CONVOCATORIA 5.

d. La pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”.

Como puede verse, aunque **AES COLOMBIA** dice allí que **“existen cuatro (4) daños ciertos”**, **LO CIERTO ES QUE, NI POR ASOMO, SE PRUEBA EL ALUDIDO DAÑO**, pues la accionante simplemente

se limita en la citada página 26 de la demanda (más no en ningún otro lado), a hacer **UNA SIMPLE ENUNCIACIÓN DE LAS CUATRO CIRCUNSTANCIAS QUE, SEGÚN ALLÍ SE MENCIONA SOMERAMENTE, SON LAS CAUSANTES DEL DAÑO, PERO SIN HACER UN ANALISIS DEL POR QUÉ CONSIDERA QUE SON LAS GENERADORAS DEL MISMO Y MENOS PROBAR ESE DAÑO**, ya que, se repite, si bien se hacen alusiones doctrinarias y jurisprudenciales, la demandante no se ocupa de la demostración de daño en particular y para el caso concreto, sino que simplemente de manera puramente enunciativa habla de cuatro eventos, como queda aquí demostrado con la transcripción hecha.

Por lo anterior, puede verse que se incumple el requisito fundamental de acreditación en debida forma del daño supuestamente causado y, por lo mismo, **NO debe** tenerse por plenamente probado.

5.9. NOVENA EXCEPCIÓN. “Los gastos incurridos por AES COLOMBIA en la presentación de la oferta”, no constituyen un daño que deba ser reparado

Pero adicionalmente a que **AES COLOMBIA** simplemente se limitó a hacer el listado mencionado en la excepción anterior, lo cierto es que el hecho de que la accionante haya tenido que incurrir en un aprovisionamiento de recursos con el fin de presentar su oferta, no puede ser calificado ***per se*** o de manera automática como un daño que deba ser indemnizado por **ELECTROCAQUETÁ**, pues dichos gastos (de probarse plenamente que se incurrió en ellos), corresponden a una decisión autónoma de quien desea participar en una convocatoria.

En efecto, constituir las pólizas de seriedad de la oferta, por ejemplo, no es un daño en sí mismo, pues son los costos comunes que todo eventual oferente asume para poder **presentar su propuesta, bien sea que ella resulte elegida o no.**

Es más, hay dos circunstancias que en el presente caso que le impiden a **AES COLOMBIA** exigir el supuesto reconocimiento de daños sufridos por los costos incurridos en la preparación y presentación de la oferta, así:

- (i) En primer lugar, en la convocatoria **CQTC-2016-5** quedó expresamente establecido por **ELECTROCAQUETÁ** que la Empresa estaba ***“en libertad de”*** aceptar total o parcialmente lo ofrecido, ***“o sencillamente, no aceptar la propuesta”***, agregando además que la solicitud de oferta tampoco ***“implica la”***

realización de compromiso contractual ninguno por parte de ELECTROCAQUETÁ S.A. E.S.P.”

Por lo anterior, no le está permitido a **AES COLOMBIA** reclamar daños por la preparación y presentación de la oferta y, mucho menos, por la no celebración del contrato, por cuanto **NO HUBO** aceptación válida de la oferta por la sociedad demanda, y además porque ha quedado dicho claramente que la accionante conoció desde el inicio del proceso contractual la advertencia hecha por la convocante de no estar obligada a celebrar el contrato, aún en presencia de ofertas con el lleno de requisitos.

- (ii) En segundo lugar, porque en la misma convocatoria **CQTC-2016-5** en el penúltimo párrafo del numeral 6 de la página 4, sobre **“MODALIDAD – PRECIOS”**, aparece expresamente determinado que **“Serán a cargo del proponente todos los costos asociados a la preparación y presentación de su propuesta y ELECTROCAQUETÁ S.A. ESP, en ningún caso, será responsable de los mismos”**.
(Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto)

Por lo anterior, debe decirse que la lectura de los dos apartes de la convocatoria **CQTC-2016-5** muestra que nunca se crearon expectativas y, por el contrario se dijo, expresamente y sin ambigüedades, que **ELECTROCAQUETÁ** podía o no suscribir el contrato, si así lo decidía autónomamente, por lo que quienes aceptaron esas dos reglas expresamente contempladas por escrito para participar bajo esas condiciones plenamente conocidas, no pueden pretender luego un reembolso de los gastos asumidos por haberse presentado..

Adicionalmente y en relación con este supuesto daño, la demandante **AES COLOMBIA** aparte de enunciarlo no determinó en la demanda su cuantía, pues, como se dijo al enervar la octava excepción, en la página 11, dentro de la **“PRIMERA”** pretensión **“DE CONDENA PRINCIPAL”** simplemente solicita que **“se CONDENE a ELECTROCAQUETÁ al pago del LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubviera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5, por la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279), junto con los intereses moratorios”** y, como puede verse, aquí aparece un total dinerario tasado como perjuicio, sin haberse hecho ninguna discriminación, al igual que tampoco se hace discriminación alguna de tal suma en ninguna otra parte de la demanda (más allá de decir que se cobran también intereses de mora).

Por lo anterior, no es posible saber si efectivamente los supuestos daños que se alegan con origen en los gastos de participación en la convocatoria estan o no allí incluidos.

Pero, además, hay un hecho relevante que muestra la falencia al reclamar este perjuicio en particular, y es que si se está reclamando un rubro por gastos de presentación de la oferta, como lo son las pólizas y otros rubros, este gasto correspondería a un **“daño emergente”** por ser un rubro o gasto ya efectuado desde el momento de la participación de **AES COLOMBIA** en la convocatoria en el año 2016, por lo que existe una total incertidumbre de en dónde ubicar dichos rubros en el petitum de la demandante, pues en las pretensiones de la demanda en la página 11, la accionante pidió como pretensión **“DE CONDENA PRINCIPAL”** que **ELECTROCAQUETÁ** le pague **“DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279)”**, que según allí dice textualmente son a título de **“LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubiera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5”**.

Como puede verse, no solamente este rubro de gastos de la propuesta no es atribuible a un perjuicio, sino que además no hay coherencia ni certeza de que lo que se está incluyendo en el valor de la pretensión económica sea efectivamente sólo por lucro cesante, o si también incluye rubros por daño emergente, a lo que se suma la ausencia total de demostración plena de cada rubro según corresponda y su determinación por separado, motivo que por tal hecho lleva ya a desestimar la tasación del daño.

5.10. DÉCIMA EXCEPCIÓN: No se probó que AES COLOMBIA haya ampliado la póliza de seriedad de la oferta

Ni en la demanda ni en los anexos que le fueron remitidos a mi representada, aparece por ninguna parte prueba que demuestre que **AES COLOMBIA** amplió la poliza de seriedad de la oferta como lo afirma, por lo que al no estar probado ese perjuicio, mal puede declararse.

En caso de que **AES COLOMBIA** demuestre que ese documento de ampliación de la póliza y su pago respectivo sí fue allegado al proceso con la demanda (más no ahora pues este no es momento de acreditar pruebas que no se aportaron oportunamente con el libelo introductorio), se solicita, en tal caso, correr el respectivo traslado de ese documento a **ELECTROCAQUETÁ** para poder ejercer así el derecho de defensa de mi representada.

No obstante desde ya se señala que, al igual que se dijo al enervar la novena excepción, el gasto asumido por la ampliación de una póliza es un eventual perjuicio por daño emergente, más no por lucro cesante, que es lo que dice estar reclamando **AES COLOMBIA** al enervar la pretensión económica de que trata la página 11, sobre **“CONDENA PRINCIPAL”** a título de **“LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubiera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5”**.

Por tal motivo reiteramos que aquí también existe total ausencia de demostración plena de cada rubro que compone el daño lo que lleva a desestimarlo.

5.11. DÉCIMA PRIMERA EXCEPCIÓN: La utilidad del contrato no celebrado no es un daño indemnizable dentro de la responsabilidad precontractual

Es importante, diferenciar en materia de daños indemnizables lo que la doctrina y la jurisprudencia ha catalogado como **“interés negativo”** e **“interés positivo”**, pues una cosa es lo que es susceptible de ser indemnizado bajo el marco precontractual y, otra muy distinta, lo que debe ser indemnizado cuando ya el contrato se ha celebrado.

La doctrina especializada ha definido el interés negativo en los siguientes términos:

*“Se considera que **los perjuicios indemnizables por la responsabilidad precontractual en que incurra una persona se reflejan exclusivamente en el llamado interés negativo, que comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro contrato similar; acá se incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente**”²⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

La diferencia entre el interés negativo y el interés positivo, ha sido definida también por la doctrina especializada así:

*“El **interés negativo** consiste en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo. Por su parte, **el interés positivo** consiste en el interés en la*

²⁹ Marin Vélez; Gustavo Adolfo. “La responsabilidad precontractual en Colombia”. Revista “Opinión Jurídica”. vol. 3, No. 5 pp. 57-78

celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño emergente y el lucro cesante”³⁰.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los daños indemnizables **en sede precontractual** corresponden **ÚNICAMENTE** al **interés negativo**, así:

“Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados–, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama “interés negativo o de confianza”, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría, ... por el primero de aquellos conceptos –daño emergente– el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto– sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso –v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto– que le habría reportado ventaja”³¹ (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

Lo anterior significa que ante una eventual responsabilidad precontractual, **el daño indemnizable no puede corresponder a**

³⁰ “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. Sentencia citada en “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”. Jorge Oviedo – Albán. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 115: 83-116, enero-junio de 2008.

la utilidad que habría tenido AES COLOMBIA como si el contrato se hubiese celebrado.

Sin embargo, al establecer la atribución del supuesto daño alegado, **AES COLOMBIA** hace las siguientes manifestaciones:

- (a) Como se ha dejado claro, **AES COLOMBIA** señala expresamente en la página 11 que como pretensión **“DE CONDENA PRINCIPAL”** solicita que **ELECTROCAQUETÁ** sea condenada a pagarle **“DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279)”**, que según allí se dice se reclaman a título de **“LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubviera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5”**.
- (b) Del mismo modo, en el literal **c.** del numeral **7.1.1.1.**, **AES COLOMBIA** reiteró que el daño está referido a **“La utilidad correspondiente al contrato correspondiente al proceso de selección de la CONVOCATORIA 5”**.

Como puede verse no es admisible la reclamación de daño que hace la demandante en esta forma, pues, según la doctrina y la jurisprudencia, ese tipo de condena al demandado daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa del demandante, ya que una decisión condenatoria en ese sentido no serviría para dejar a la demandante en el lugar en el que se encontraba previo al supuesto daño causado, sino en un estado que mejoraría de su situación patrimonial pues, a costa de la contraparte y sin fundamento jurídico y fáctico alguno, se le reconocería la ganancia de lo que percibiría del contrato sin haberlo ejecutado.

En relación, con esto, resulta importante lo dicho por la doctrina sobre el alcance y límite de la indemnización:

“(…), en efecto, resulta irrazonable que la indemnización termine dejando al perjudicado por haber confiado en la celebración de un contrato en una situación patrimonial mejor que aquella en la que se habría encontrado si el mismo contrato hubiese llegado a celebrarse y cumplirse”³².

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Todo lo anterior quiere decir que en los eventuales daños indemnizables de esta demanda de responsabilidad precontractual, solo cabe el interés

³² Panataleón, Fernando. Catedrático de Derecho civil Universidad Autónoma de Madrid. “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”. ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. I

negativo y por ende no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias o utilidades dejadas de reportar con el supuesto contrato que se frustró, pues el interés protegido como lo ha dicho la doctrina “...no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), **sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte** y contrariada de mala fe por el demandado”.³³ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

No obstante, ha quedado claro que **AES COLOMBIA** no ha hecho una clara y probada demostración plena del daño y del perjuicio, pues si solo cabe el **interés negativo**, mal hizo en haber pedido el **LUCRO CESANTE** consistente en “**La utilidad correspondiente al contrato correspondiente al proceso de selección de la CONVOCATORIA 5**”, pues ese no es un perjuicio por concepto de interés negativo, a lo que se suma la incertidumbre que se observa de no saber con exactitud si los gastos por haber participado en el proceso están allí incluidos, por cuanto ellos no serían un lucro cesante sino más bien un eventual daño emergente que, se repite, tampoco está probado ni individualizado.

5.12. DÉCIMA SEGUNDA EXCEPCIÓN: En gracia de discusión, no hay ni una sola prueba acerca de que la suma reclamada a título de lucro cesante fue efectivamente la dejada de percibir por la demandante

Aunque ha quedado claro que en este tipo de acciones judiciales no aplica el **interés negativo**, pasa en todo caso demostrarse la falta total de prueba de lo pedido en la demanda a título de Lucro Cesante.

El Lucro Cesante no es otra cosa que las ganancias que una persona ha perdido a causa de un daño sufrido, pero para que se le pueda reconocer dicha ganancia, es necesario demostrar cuál era efectivamente la ganancia que se hubiera efectivamente obtenido de haberse celebrado el negocio jurídico respectivo.

En el presente caso, la accionante **se limitó a formular sus pretensiones** afirmando sin sustento alguno, ni cálculo alguno que demuestre de donde sacó que el “**LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubiera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5**” es la “**suma de DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279)**”.

³³ Cita incluida en “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”. Jorge Oviedo – Albán. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 115: 83-116, enero-junio de 2008.

De igual manera en la página 43 de la demanda en el Capítulo IX, referido a la **“ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO”**, la demandante se limita simplemente a indicar que para efectos del juramento estimatorio, fija las pretensiones patrimoniales en la suma de \$2.820.044.326, discriminados en: **(a)** \$2.410.713.279 por concepto de **“LUCRO CESANTE”** y **(b)** \$409.331.047 por intereses de mora sobre el **“LUCRO CESANTE”**, calculados a la fecha de la presentación de la demanda.

Como se advierte, no hay más especificaciones ni explicaciones a lo largo de toda la demanda sobre dichas cifras, por lo que es evidente que esas simples afirmaciones y la determinación sin explicación ni soporte alguno de las sumas allí relacionadas, no es desde ningún punto de vista, la forma correcta de haber probado el perjuicio que dice habersele generado a título de lucro cesante, pues, se reitera, **en materia de daño no basta con enunciarlo si no que, además, debe estar plenamente demostrado el respectivo perjuicio.**

5.13. DÉCIMA TERCERA EXCEPCIÓN: “La pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio” no fue probada y por el contrario se solicitará prueba de inspección judicial a las dependencias de AES COLOMBIA y de XM para verificar si la demandante vendió la energía a otro proveedor y su precio, o si la vendió en la denominada bolsa de energía cuyo valor es incluso superior al que hubiera pagado ELECTROCAQUETÁ

Si bien **AES COLOMBIA** dice en el literal **d.** del numeral **7.1.1.1.** visible a la página 26 de la demanda que se le generó un daño que, como se ha dicho, calificó como **“pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”**, no probó que dicha afirmación sea cierta, como tampoco probó que como consecuencia de no celebrar el contrato con **ELECTROCAQUETÁ** haya tenido excedentes de energía que no haya podido negociar a través de los mercados de compra y venta de energía que permite hacer la regulación vigente.

Y es que no debemos olvidar que el perjuicio es la consecuencia derivada del daño y que no siempre que se genera un daño hay lugar a un perjuicio; precisamente sobre la distinción entre daño y perjuicio, ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

*“La distinción entre daño y perjuicio es relevante, por cuanto **no siempre, en presencia de un daño, existen perjuicios.** Las dos nociones no son sinónimas propiamente, sino complementarias”³⁴. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En este caso, **AES COLOMBIA** no probó que efectivamente tuvo una **“pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”**, sino que se limita a hacer tal afirmación sin demostrarla, contrariando así la regla que le impone indefectiblemente probar el daño sufrido, pues, como lo dice el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, con ponencia del señor Consejero Alberto Montaña Plata, existe la necesidad de probar el daño y el perjuicio:

*“100. Con ese propósito, debe advertirse que, incluso si se verificara una actuación irregular de la EAAB, **las demandantes tenían la carga de probar que ello tuvo un efecto adverso en su patrimonio, ya que, también en la etapa precontractual, “si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada”**”^{35,36} (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En ese orden de ideas, si en gracia de discusión se afirmara que **ELECTROCAQUETÁ** le causó un daño a **AES COLOMBIA**, en todo caso ello no le generó perjuicio alguno, pues una revisión de la normativa regulatoria sectorial sobre energía mayorista demuestra claramente que este tipo de energía puede ser vendida a otros interesados y, en últimas, se lleva para ser vendida en la bolsa, cuyo precio es mayor incluso que el que se paga en las convocatorias para contratos a largo plazo, como es este caso.

En efecto, según la propia página de internet de XM, tal compañía es la que opera y administra el mercado eléctrico colombiano. XM es una empresa filial de ISA y se encarga de operar el Sistema Interconectado Nacional colombiano a través del Centro Nacional de Despacho -CND- y de administrar el Mercado de Energía Mayorista -MEM-.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Radicación: 11001-31-03-023-2012-00057-01. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020). Luis Armando Tolosa Villabona. Magistrado Ponente.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de agosto de 2014, SC10103-2014.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alberto Montaña Plata. Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003). Actor: Vigías De Colombia Srl Limitada Y Granadina De Vigilancia. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Referencia: Controversias Contractuales

Según la propia XM, el mercado mayorista eléctrico en Colombia es un mercado competitivo creado por las Leyes 142 y 143 de 1994, en el cual participan generadores, transmisores, distribuidores, comercializadores y grandes consumidores de electricidad o usuarios no regulados. Por su parte, el ente regulador es la CREG y es quien establece las reglas aplicables a este mercado.

El mercado se divide en dos segmentos: **(a) mercado de contratos bilaterales** (largo plazo) y **(b) la Bolsa de Energía** (corto plazo). La energía puede ser transada en bolsa o mediante contratos bilaterales con otros generadores, comercializadores o directamente con los grandes consumidores o usuarios no regulados (aquellos cuya demanda es 100 kW o 55 MWh/mes).

Por su parte, la Bolsa de Energía (mercado de corto plazo), es un mercado para las 24 horas del día siguiente con obligación de participación para todos los generadores registrados en el mercado con reglas explícitas de cotización.

En terminos generales, una empresa como **AES COLOMBIA** tiene la posibilidad de vender su energía bien a través del **mercado de contratos bilaterales** (a largo plazo) que era la modalidad de la convocatoria **CQTC-2016-5**, o bien en la **Bolsa de Energía** (transacciones diarias es decir a corto plazo).

Por lo general quienes como **ELECTROCAQUETÁ** hacen invitaciones como la convocatoria **CQTC-2016-5** para adquirir energía a través del **mercado de contratos bilaterales** (a largo plazo), lo hacen para tener un mejor (menor) precio que si la adquirieran en la bolsa.

Abordando el caso concreto se tiene que **AES COLOMBIA** se limita a manifiestar en la página 26 de la demanda que dentro de los supuestos **“cuatro (4) daños ciertos”** está el relativo a **“d. La pérdida de oportunidad de conseguir compradores de energía al mismo precio que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”**, pero resulta que no demuestra ni por asomo, que perdió dicha **“oportunidad”** de vender su energía a través del **mercado de contratos bilaterales** (a largo plazo) **a otras empresas distintas** de **ELECTROCAQUETÁ** e, incluso, tampoco refiere o demuestra por qué no acudió a la modalidad de venta de energía en **Bolsa de Energía**, haciendo transacciones diarias (es decir a corto plazo), si fue que tal energía le sobró, al igual que tampoco demuestra, en uno y otro caso (venta a largo y corto plazo), que le pagaron un menor valor, cuestión última muy poco probable.

Por lo anterior, para poder demostrar que la accionada no sufrió el aludido perjuicio, se solicitará en las pruebas de esta contestación lo siguiente:

- Inspección judicial a las dependencias de **AES COLOMBIA** para que la Señora Magistrada o su comisionado, ordenen la exhibición de los libros, papeles, contratos, registros contables y en general los documentos en donde conste si, para la época de los hechos, la demandante vendió la energía de la convocatoria **CQTC-2016-5** a otro u otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, y para que los peritos se dignen rendir dictámen técnico acerca de:
 - Cuántos contratos registró **AES COLOMBIA** ante **XM** con otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, para la época de los hechos.
 - Sí, para la época de los hechos, efectivamente tuvo o no la oportunidad de **“conseguir compradores de energía al mismo precio”** o a un mejor o menor precio del **“que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”**.
 - Si, para la época de los hechos, la demandante vendió la energía sobrante y través de qué mecanismo, su valor y si esos sobrantes son los mismos de la convocatoria **CQTC-2016-5**.
 - Si la accionante hizo transacciones de energía en la bolsa y por qué valor para la época de los hechos.
- Inspección judicial a las dependencias de **XM**, en su calidad de operadora y administradora del mercado eléctrico colombiano, para que la Señora Magistrada o su comisionado, ordenen la exhibición de los libros, papeles, contratos, registros contables y en general los documentos en donde conste si, para la época de los hechos, la entidad **XM** le registró a **AES COLOMBIA** ventas de energía sobrante de la convocatoria **CQTC-2016-5**, a otro u otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, y para que los peritos se dignen rendir dictámen técnico acerca de:
 - Cuántos contratos aparecen registrados por **AES COLOMBIA** ante **XM** con otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, para la época de los hechos.
 - Sí, para la época de los hechos, efectivamente, la demandante **AES COLOMBIA** tramitó o gestionó ventas de energía sobrante y través de que mecanismo y su valor y si esos sobrantes son los mismos de la convocatoria **CQTC-2016-5** .

- Si en **XM** aparecen registradas por **AES COLOMBIA** transacciones de energía en la bolsa y por qué valor, para la época de los hechos.

Por lo tanto, según lo expuesto, si en gracia de discusión y en el hipotético caso que se advirtiera responsabilidad de **ELECTROCAQUETÁ**, de todas formas **AES COLOMBIA** no ha probado que en el caso que acá nos ocupa, se le deba reconocer un valor por que no logró supuestamente “**conseguir compradores de energía al mismo precio**” que “**ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5**”.

De aceptarse un daño y un perjuicio como los que propone el demandante se estaría desnaturalizando la función de la indemnización y la obligación de probar el daño, pues se estaría mejorando sin sustento jurídico y fáctico alguno la situación patrimonial de **AES COLOMBIA** a costa de **ELECTROCAQUETÁ**, con solo mencionar o esbozar apenas someramente el perjuicio y su monto.

5.14. DÉCIMA CUARTA EXCEPCIÓN: No es posible que AES COLOMBIA exija el pago de intereses de mora

AES COLOMBIA formula dentro de sus pretensiones de la página 11, que “**se CONDENE a ELECTROCAQUETÁ al pago del LUCRO CESANTE correspondiente a la utilidad que hubiera recibido AES CHIVOR por ejecución del contrato de LA CONVOCATORIA 5, por la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$2.410.713.279), junto con los intereses moratorios calculados a la tasa más alta que autoriza el artículo 884 del Código de Comercio, calculados desde el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil veinte (2020) y hasta que se verifique el pago total de la obligación**”. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto).

De igual manera en la página 43 de la demanda en el Capítulo IX, referido a la “**ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO**”, la demandante indica que para efectos del juramento estimatorio, fija la suma de **\$409.331.047** por **intereses de mora** sobre el “**LUCRO CESANTE**”, calculados a la fecha de la presentación de la demanda.

En caso de que se llegue a condenar a **ELECTROCAQUETÁ** al pago de los perjuicios solicitados por **AES COLOMBIA**, se solicita declarar que la petición de intereses moratorios es improcedente en la forma pedida, toda

vez que la Corte Suprema de Justicia en providencia del 14 de agosto de 2017, señaló lo siguiente:

“(...) solo a partir de la concreción o cuantificación de la condena, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto de la suma líquida y la oportunidad para hacer el pago”.

De tal modo que si llegare entonces a declarar que mi representada tiene el deber de pagar una condena a título de indemnización por el supuesto daño sufrido por **AES COLOMBIA**, el Despacho deberá denegar en todo caso la condena al pago de intereses comerciales moratorios, pues es solo a partir de la concreción o cuantificación de la condena que la ley permite generar réditos del respectivo derecho declarado.

VI. PRUEBAS

Solicito tener como pruebas las siguientes:

Documentales:

- 6.1.** Poder conferido al suscrito apoderado.
- 6.2.** Certificado de Existencia y Representación Legal de ELECTROCAQUETÁ agosto de 2022.
- 6.3.** Contrato derivado de la convocatoria **CQTC-2016-7**, que sí fue suscrito por el Doctor Gerardo Cadena Silva en su calidad de representante legal principal y en funciones de **ELECTROCAQUETÁ** y el representante legal de AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**).
- 6.4.** Convocatoria Pública **CQTC-2016-5**: Texto Términos de Referencia de la Convocatoria Pública para contratar suministro de energía eléctrica años 2019 y 2020.
- 6.5.** Comunicación del 3 de mayo de 2019 suscrita por el representante legal de **ELECTROCAQUETÁ**.
- 6.6.** Certificación de **ELECTROCAQUETÁ**, en la que se acredita que para el día 9 de septiembre de 2016, e incluso durante todo el mes de septiembre de 2016, el señor Gerardo Cadena Silva se encontraba ejerciendo sus funciones de Gerente General, y actuando como representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ**. Dicha

certificación también acredita que para la misma fecha, Libardo Polanía también se encontraba ejerciendo sus funciones, quien fungía para ese momento como primer representante legal suplente, lo que impedía al segundo suplente Señor Reinel Rodríguez Tasamá asumir la capacidad jurídica para comprometer a la sociedad.

- 6.7.** Comunicaciones suscritas y correos electrónicos corporativos enviados el 9 de septiembre de 2016 por Gerardo Cadena Silva, en su calidad de Gerente General, actuando como representante legal en funciones de **ELECTROCAQUETÁ**, lo cual demuestra que el Gerente General estaba en su cargo y por lo mismo el segundo suplente no podía, ni por asomo, comprometer a la sociedad pues no tenía capacidad jurídica para ello.
- 6.8.** Certificado de Existencia y Representación Legal en donde consta tanto la representación legal, como el orden para asumirla y ejercerla.
- 6.9.** Minuta del contrato de suministro de energía eléctrica denominado como No. VE-ECM-00451-2016 suscrito por el señor Federico Echavarría Restrepo y que fue remitido por AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**) para ser suscrito por el señor Gerardo Cadena Silva. Este es el borrador del contrato publicado con la Convocatoria **CQTC-2016-5**, cuyos anexos son los siguientes:
 - Anexo No. 1 “*CANTIDADES HORARIAS 2019*” al contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 también suscrito por el señor Federico Echavarría Restrepo en su calidad de Gerente de AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**) y que fue remitido por AES CHIVOR para ser suscrito por el señor Gerardo Cadena Silva en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.
 - Anexo No. 1 “*CANTIDADES HORARIAS 2020*” al contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 también suscrito por el señor Federico Echavarría Restrepo en su calidad de Gerente de AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**) y que fue remitido para ser suscrito por el señor Gerardo Cadena Silva en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.
 - Anexo No. 2 “*PRECIOS*” del contrato denominado como No. VE-ECM-00451-2016 debidamente suscrito por el señor Federico Echavarría Restrepo en su calidad de Gerente de AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**) y que fue remitido para ser suscrito por

el señor Gerardo Cadena Silva en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.

- Anexo No. 3 “*REGLAMENTO DE FACTURACIÓN Y FORMA DE PAGO*” del contrato denominado No. VE-ECM-00451-2016 debidamente suscrito por el señor Federico Echavarría Restrepo en su calidad de Gerente de AES CHIVOR (hoy **AES COLOMBIA**) y para ser suscrito por el señor Gerardo Cadena Silva en su calidad de Gerente General de **ELECTROCAQUETÁ**.

6.10. Comunicación de fecha 01 de septiembre 2016 en la cual el señor Reinel Rodríguez Tasamá, en calidad de Gerente Comercial, le manifiesta al Comité Evaluador que se permite “*presentar*” su “*opinión y recomendación al comité evaluador, para que sean analizadas y se tomen las respectivas decisiones*”.

6.11. Memorando No. GC – 252 de fecha 2 de septiembre de 2016 mediante el cual el señor Reinel Rodríguez Tasamá, como Gerente Comercial, le manifiesta al señor Luis Enrique Trujillo López, quien era el Gerente Financiero y Presidente del Comité Evaluador, lo siguiente: “*Comedidamente me permito hacer entrega de la siguiente documentación que hace parte de la Convocatoria Pública CQTC-2016-5 para su respectiva evaluación*”.

6.12. Acta No. 009 de 2016 de fecha 6 de septiembre de 2016 a través de la cual el Comité Evaluador efectuó la calificación de la invitación pública CQTC-2016-5, en la que el Gerente Comercial actuó únicamente como invitado.

6.13. Memorando No. PL-056 de fecha 06 de septiembre de 2016 mediante el cual el señor Héctor Fabio Orrego Ortíz, Cordinador de Planeación y Gestión Empresarial de **ELECTROCAQUETÁ** y miembro del Comité Evaluador, le remite al Doctor Gerardo Cadena Silva, Gerente General

Inspección judicial

Con el fin de verificar y/o esclarecer los hechos materia del proceso se solicita a la Honorable Señora Magistrada ordenar las siguientes inspecciones judiciales, con invención de expertos en transacciones de energía, quienes además deberán absolver las inquietudes que en cada caso se formulan, así:

- Inspección judicial a las dependencias de **AES COLOMBIA** para que la Señora Magistrada o su comisionado, ordenen la exhibición de los libros, papeles, contratos, registros contables y en general los documentos en donde conste si, para la época de los hechos, la

demandante vendió la energía de la convocatoria **CQTC-2016-5** a otro u otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, y para que los peritos se dignen rendir dictámen técnico acerca de:

- Cuántos contratos registró **AES COLOMBIA** ante **XM** con otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, para la época de los hechos.
- Sí, para la época de los hechos, efectivamente tuvo o no la oportunidad de **“conseguir compradores de energía al mismo precio”** o a un mejor o menor precio del **“que ofrecía ELECTROCAQUETÁ en el proceso de contrato correspondiente al proceso de selección de LA CONVOCATORIA 5”**.
- Si, para la época de los hechos, la demandatne vendió la energía sobrante y través de que mecanismo y su valor y si esos sobrantes son los mismos de la convocatoria **CQTC-2016-5**.
- Si la accionante hizo transacciones de energía en la bolsa y por qué valor para la época de los hechos.

La inspección se debe practicar en: Calle 100 #19-54 Of 901 Edificio Prime Tower, Bogotá

- Inspección judicial a las dependencias de **XM**, en su calidad de operadora y administradora del mercado eléctrico colombiano, para que la Señora Magistrada o su comisionado, ordenen la exhibición de los libros, papeles, contratos, registros contables y en general los documentos en donde conste si, para la época de los hechos, la entidad **XM** le registró a **AES COLOMBIA** ventas de energía sobrante de la convocatoria **CQTC-2016-5**, a otro u otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, y para que los peritos se dignen rendir dictámen técnico acerca de:
 - Cuántos contratos aparecen registrados por **AES COLOMBIA** ante **XM** con otras empresas distintas de **ELECTROCAQUETÁ**, para la época de los hechos.
 - Sí, para la época de los hechos, efectivamente, la demandatne **AES COLOMBIA** tramitó o gestionó ventas de energía sobrante y través de que mecanismo y su valor y si esos sobrantes son los mismos de la convocatoria **CQTC-2016-5**.
 - Si en **XM** aparecen registradas por **AES COLOMBIA** transacciones de energía en la bolsa y por qué valor, para la época de los hechos.

La inspección se debe practicar en: Calle 12 Sur # 18 - 168 bloque 2, Medellín, Colombia.

VII. ANEXOS

Me permito acompañar los siguientes:

- 7.1.** Poder.
- 7.2.** Certificado de Existencia y Representación Legal de la accionante.
- 7.3.** Los documentos enunciados como pruebas

VIII. NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado y su representada **ELECTROCAQUETÁ** recibiremos notificaciones en la Calle 116 No. 15 B – 26 Oficina 302 Edificio Centro Empresarial OSVAR de Bogotá D.C., correo electrónico contacto@alainconsultores.com que es el registrado en el SIRNA, solicitando amablemente que también se haga al correo electrónico alain.consultores@gmail.com y a los teléfonos 3 00 21 30 en Bogotá y a los celulares 3005828566 y 3208723179 o en su Despacho.

La demandante en la dirección y datos que indicó en la demanda.

De la señora Magistrada, respetuosamente



ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO
C. C No. 7'161.977 de Tunja
T.P. No. 78609 C.S.J.