



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL SUCRE**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, dieciocho (18) de Marzo de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: **MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Expediente	70-001-23-33-000-2013-00018 -00
Actor	PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP
Convocado	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN
Acción	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL PRIMERA INSTANCIA

TEMA	CONCILIACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS CONTRACTUALES
------	--

**I. OBJETO A DECIDIR**

Decide la Sala la aprobación del acta de conciliación extrajudicial Radicada. No. 2536-2012, realizada el día treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), ante el Procurador 164 Judicial II para asuntos administrativos y los apoderados de las empresas PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP y EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., en la cual se termina por mutuo acuerdo el contrato correspondiente a la Oferta mercantil presentada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, por 16.000 MBTUD de gas proveniente del campo La Creciente de mayo de 2008, aceptada por dicha empresa mediante el oficio PRE-COL-GJ-1135-08 de junio 9 de 2008, radicado EPM 02672668 de junio 13 de 2008, por la suma de USD \$3.500.000.00., conforme al contrato que se anexa al expediente.

**II. ANTECEDENTES**

2.1. Fundamentos de hecho.

2.1.1. Manifiestan las partes PSE y EPM, que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), mediante la Resolución CREG 057/1996, estableció en su artículo 22, que “Los productores de gas natural deberán ofrecer en venta todo su gas ateniéndose a procesos transparentes, de acuerdo con la metodología que consideren más conveniente”.

2.1.2. Se deja sentado, que PSE, informó a través de avisos de prensa publicados en el diario La

República del 21 de mayo de 2008, que en desarrollo de las actividades de comercialización de gas natural proveniente del campo La Creciente, recibiría solicitudes de suministro en firme de gas proveniente de este campo, oferta que estaba interesada en aceptar, por lo que en concordancia con la regulación vigente, recibiría solicitudes de compra.

2.1.3 Mediante el Oficio PRE-PSE-COLGC-0964/08 del 21 de mayo de 2008 (Radicado en EPM 02662665 del 27 de mayo de 2012- sic) PSE invitó a EPM a realizar ofertas para suministro de gas natural.

2.1.4. Informan que EPM, procedió a evaluar la pertinencia y oportunidad de proponer una oferta en las condiciones señaladas por PSE, teniendo en cuenta el crecimiento de la demanda de los diferentes mercados de distribución y generación térmica, el estado de los contratos vigentes, la oferta futura de gas en el país, la capacidad de transporte contratada en firme por EPM, el impacto sobre la tarifa final de los clientes y la probabilidad de realizar intercambio con otros agentes frente a la posible limitación de la disponibilidad de transporte en el sistema nacional de transporte.

2.1.5. Siguen relatando que EPM, presentó una oferta maestro hasta por un valor de US\$ 33.288.000, por un precio de 5,70 US\$/MBTU, aceptando las demás condiciones contenidas en la solicitud de oferta de PSE.

2.1.6. Determinaron las características principales de la oferta señalada, las cuales fueron:

- a. Fuente: Campo La Creciente.
- b. Cantidad diaria de gas en firme CDGF: 16.000 MBTUD.
- c. Cantidad diaria mínima CDMin: 100% de la CDGF
- d. Plazo: 395 días.
- e. Vigencia: Diciembre 1 de 2012 a diciembre 30 de 2013.
- f. Precio de adjudicación: 5,70 US\$/MBTU
- g. Indexación: Resolución CREG 119 para el gas de Guajira
- h. Mercado destino: Generación de electricidad en la sierra y comercialización de gas de EPM.
- i. Pena por incumplimiento: 10% de la CDGF por el plazo y al precio actual vigente.
- j. Modalidad de la Garantía: pago mensual anticipado y debe realizarse 10 días antes de la fecha de inicio de las entregas de gas.
- k. La no expedición de la garantía será causal de terminación anticipada.
- l. Cualquiera de las partes podrá proponer el cambio o adición de una fuente de suministro y/o punto de entrega, bajo condiciones acordadas e incorporadas al contrato.
- m. Cuando por causas diferentes a fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente El Vendedor no entregue el gas objeto de la oferta, podrá entregar en el mismo punto de entrega o en cualquier otro punto acordado por las partes, gas natural proveniente de otras fuentes de suministro que cumpla con las condiciones de calidad establecidas en la oferta a un precio de indiferencia para el vendedor.

2.1.7. La suspensión y terminación anticipada de la oferta podrá darse por:

- a. No efectuar el pago anticipado.
- b. Suspensión total de las entregas durante 90 días consecutivos por causa de fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente.
- c. Suspensión total de las entregas durante 180 días en un periodo de un año, por causas de fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente.

- d. Por mutuo acuerdo entre las partes.
- e. Por cambios en la regulación que hagan sustancialmente más gravoso el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes y deriven en la imposibilidad de restablecer la ecuación económica de la oferta.
- f. Pago de suma de dinero a extorsionistas.
- g. Rechazo de gas por parte del comprador durante 30 días consecutivos.

2.1.8. Estipularon pena por incumplimiento del 10% de la CDGF por el plazo y al precio unitario del gas vigente al momento de terminación de la oferta.

2.1.9. Así mismo que el comprador podrá ceder o transferir sus derechos u obligaciones bajo la presente oferta, con la previa autorización escrita por parte del vendedor, autorización que no podrá ser negada de manera infundada.

2.1.10. Pactaron que la ley y normatividad aplicable a la oferta:

- a. Ley Colombiana.
- b. La oferta redundará en beneficio de las partes.
- c. Incorpora lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.
- d. En caso de cualquier disposición de esta oferta por cualquier motivo sea declarada o quede invalida o inejecutable por cualquier ley, norma, reglamento o mandato definitivo e inapelable de cualquier autoridad que tenga jurisdicción, tal ley o decisión no afectará la validez de la parte remanente de esta oferta y la parte remanente quedará en vigor y efecto como si esta oferta hubiera sido otorgada sin la parte invalida o inejecutable. En caso que la invalidez, inejecutabilidad, modificación o enmienda de cualquier disposición de esta oferta altere sustancialmente la ecuación económica de las partes, dicha oferta permanecerá en vigor y las partes negociarán oportunamente, de buena fe, para restaurarlo lo más cercanamente posible a su efecto original, acorde con la intención inicial de las partes y para eliminar los efectos económicos adversos.

2.1.11. Advierten que el día 30 de mayo de 2008, a las 3:00 p.m., se hizo la apertura de ofertas y se firmó el acta de recibo de ofertas por parte de PSE.

2.1.12. De acuerdo con la respectiva acta, a la subasta se presentaron las siguientes empresas: EPM, SURTIGAS, PROELECTRICA y GECELCA, pero a la apertura de las ofertas, solo se presentó EPM y el vendedor, por lo que fue firmada por EPM y el vendedor, no anotándose en el acta los precios ofertados por los demás compradores. Posteriormente mediante comunicación PRE-COL-GJ-I 135-08 de junio 9 de 2008, radicado EPM 02672668 de junio 13 de 2008, se comunicó por la vendedora PSE a EPM, la aceptación de la oferta mercantil, por 16.000 MBTU de gas proveniente del campo La Creciente.

2.1.13. Se tiene que aunque la relación contractual se inició a partir de la remisión de la carta de aceptación de la oferta por parte de PSE en junio de 2008, de acuerdo a las condiciones de la invitación a contratar, las entregas del gas se iniciarían el 1 de diciembre de 2012 y se extenderían hasta el 30 de diciembre de 2013.

2.1.14. Del mismo modo, expresan que de acuerdo al informe de las Gerencias Gas y Generación Energía de EPM, desde la celebración del contrato, han cambiado las condiciones regulatorias y del mercado por razones ajenas a las partes.

2.1.15. Se señala que EPM, realizó gestiones para superar la situación presentada por el cambio de las condiciones de contratación, como el ofrecimiento del gas de la OM a otros remitentes, la ampliación de la capacidad de transporte de gas y negociar el precio de gas, las cuales fueron infructuosas debido a las condiciones del mercado.

2.1.16. Por lo expuesto, EPM, procedió a evaluar las alternativas que actualmente existen para obtener mayores ganancias a las que esperarían en caso de ejecutar el contrato en las actuales condiciones, llegando a las conclusiones de considerar conveniente dar por terminado el contrato, como mejor alternativa frente al cambio de condiciones del mercado y de la regulación.

2.1.17. Enuncian que las partes no pactaron la posibilidad de dar por terminado el contrato unilateralmente, de tal manera que PSE puede exigir a EPM el cumplimiento del contrato, y en caso de incumplimiento, el pago de la multa pactada en la oferta.

2.1.18 De la misma manera deponen que el comité de conciliación de EPM, en sesión celebrada el 28 de septiembre de 2012, aprobó presentar la fórmula de acuerdo para la terminación del contrato y un reconocimiento económico a PSE. Dicha decisión fue adicionada el día 26 de octubre de 2012 en la que el mismo comité autorizó colocar en la fecha base definida, la cifra de la conciliación en pesos colombianos en una fiducia, en donde en caso de aprobarse la conciliación, dicha cifra más los rendimientos generados pasarán a PSE.

2.1.19. Por último, decidieron someter el asunto a un trámite de conciliación prejudicial con el fin de evitar los inconvenientes de un litigio judicial, por lo que el día 30 de noviembre de 2011, las partes suspendieron de mutuo acuerdo la ejecución del contrato mientras se surte el procedimiento de conciliación.

## **2.2.- Las pruebas aportadas**

.- Poder otorgado por JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, en calidad de representante legal de Las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN ESP, al Doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS <sup>1</sup>

.- Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha diciembre 4 de 2012, en la que se determina al doctor ALVARO JOSUE YAÑEZ ALSINA, en calidad de Representante Legal para fines judiciales de la convocante PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, así como copia de Escritura Pública en donde se designa al citado, como apoderado judicial para la empresa mencionada.<sup>2</sup>

.- Copia del Decreto numerado 0001 de 2012, mediante el cual se hace el nombramiento del doctor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, como Gerente General de la convocada Empresas Públicas de Medellín EPM, así como copia de la correspondiente acta de posesión del mencionado.<sup>3</sup>

.- Copias contentivas del proceso de oferta y contratación celebrado entre las partes convocante y convocada, referidas al contrato o precontrato suscrito entre las mismas y que diera lugar a estas actuaciones<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Folio 32 C. Ppal.

<sup>2</sup> Folios 43 y 49 C. Ppal.

<sup>3</sup> Folios 34 a 36 C. Ppal.

<sup>4</sup> Folios 62 a 130 C. Ppal.

.- Solicitud de conciliación de diciembre 12 de 2012<sup>5</sup>.

.- Certificado expedido por el secretario general del Comité de Conciliación de las EMPRESA PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP<sup>6</sup>, del que se lee:, del que se lee:

*“Realizado el estudio referido a la situación anotada, teniendo en cuenta los aspectos que rodean los hechos, el concepto técnico, así como las razones expuestas en la sesión, se determina por el Comité, los siguientes puntos:”*

*“1.-Conforme lo expone el apoderado, aprobar presentar la fórmula de acuerdo planteada en su informe en el siguiente sentido: “Terminar de mutuo acuerdo el contrato correspondiente a la Oferta Mercantil presentada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN ESP a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD. Por 16000 MBTUD de gas proveniente del campo La Creciente de mayo de 2008, aceptada por dicha empresa mediante el oficio PRE-COL-GJ-1135-08 de junio 9 de 2008, radicado EPM 02672668 de junio 13 de 2008. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP., pagará a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD., la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES M.L., (USD \$3.500.000.00), cuyo pago se hará en el término pactado por las partes contado una vez ejecutoriada la providencia aprobatoria de conciliación” en el acuerdo a que se llegue, deberá quedar claramente establecida la tasa de cambio del dólar mediante que se liquidará los valores a reconocer”*

.- Copia de la Resolución 2013000023 de fecha enero 29 de 2013 emanada de la convocada EPM., en donde se delega al abogado JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, para que represente a dicha entidad en la audiencia de conciliación prejudicial que ahora se analiza.<sup>7</sup>

.- Copia autentica de la Evaluación Económica de una propuesta de conciliación de la Oferta Mercantil presentada por EPM a la citante PSE, por 16000 MBTUD de gas en mayo de 2008.<sup>8</sup>

### **III. CONSIDERACIONES:**

#### **3.2.- Procedencia de la actuación**

A partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro País que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del juez administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos. La conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso

---

<sup>5</sup> Folios 1 al 31 C. Ppal.

<sup>6</sup> Folios 145 a 147 C. Ppal.

<sup>7</sup> Folios 148 a 151 C. Ppal.

<sup>8</sup> Folios 165 a 197 C. Ppal.

Administrativo, hoy en día denominados medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141, es decir: restablecimiento del derecho, reparación directa y **relativa a contratos**, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siempre que se cumpla con los requisitos formales establecidos.

Al hacer referencia a materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

De manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “*las pruebas necesarias*” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

### **3.2.1 REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y SU CAPACIDAD PARA CONCILIAR.**

a) La autoridad ante la cual se celebró la audiencia de conciliación, fue la Procuraduría No. 164 Judicial II, para asuntos administrativos, habilitada por la Ley para conocer y tramitar esta clase de procedimiento cuando se trate de asuntos que puedan demandarse ante esta jurisdicción.

b) **PARTE CITANTE.** La solicitud de conciliación fue presentada por el Dr. ALVARO JOSUE YAÑEZ ALSINA, quien actúa en calidad de apoderado de la empresa PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, identificado con nit 800128549-4.

c) **PARTE CONVOCADA:** EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Según se deja manifestado por las partes convocantes, para el evento, PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, quien se encuentra debidamente representada en estas actuaciones por uno de los representantes legales para fines judiciales, en la forma como consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá DC., el doctor ALVARO JOSUE YAÑEZ ALSINA; y la convocada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, quien se encuentra también, debidamente representada en estas actuaciones de acuerdo con el Decreto Numero 0001 de 2012 emanado de la Alcaldía de Medellín, así como la copia autenticada de la Gaceta No. 838, contentiva del acuerdo número 12 de 1998, emanado del Concejo Municipal de Medellín, por medio del cual se adoptan los estatutos de la Empresa Industrial y Comercial EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, otorgando esta poder

especial en cabeza del abogado JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS<sup>9</sup>, solicitaron ante la Procuraduría Judicial delegada ante estos Tribunales Administrativos de la ciudad de Sincelejo, el señalamiento de hora y fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación, en donde efectivamente una vez realizada la misma, se logró la conciliación prejudicial que ahora se revisa por esta Sala.

Respecto de la prueba de la existencia y representación cuando una persona jurídica se hace parte en un proceso como demandado o demandante, el artículo 159 del C.P.A.C.A, prevé la excepción para las personas jurídicas de derecho público del orden Nacional, al indicar en la parte final del mismo inciso que no necesitan prueba de su existencia y representación, empero si estipula que sus representantes obren debidamente acreditados:

**ARTICULO 159. REPRESENTACION DE LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO.** *Las entidades públicas y los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

En este caso en estudio, las empresas Públicas de Medellín ESP, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter municipal creada por el Acuerdo 69 de 1997 y se adoptó los estatutos por el acuerdo 12 de 1998, en el cual en el art. 20 literal A, le da la representación de la empresa al Gerente General<sup>10</sup>, quien a su vez otorga poder especial para los fines de esta conciliación, previo visto bueno del Comité de Conciliaciones de esa entidad<sup>11</sup>, conforme al artículo 164 numeral 4° del CPACA, que así lo exige por no ser una entidad Nacional, sino Municipal.

### **3.2.2. LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES**

Con relación al otro requisito necesario para la ejecución del presente acuerdo conciliatorio, se regulará por lo normado en los artículos 192 y 195 del Código procesal administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes o pertinentes, y el párrafo único del artículo 16 del decreto 1716 de 2009. El acuerdo de las partes se somete a las normas antes mencionadas lo cual se ajusta a la normatividad vigente.

En este caso concreto, este requisito se encuentra cumplido en sus dos aspectos:

El primero como se enunció anteriormente con la aprobación del Comité de Conciliación, cuyas actas reposan en los folios (142 a 147) citada en pie de páginas anteriores, el cual está basado en el informe de la gerencia de gas y generación de energía de fecha noviembre 30 de 2012<sup>12</sup>, creándose una fiducia denominada BBVA ASSET MAGEMENT SA, y si no respondiendo directamente con el patrimonio de la entidad, cumpliéndose con los requisitos de la disponibilidad presupuestal y de la decisión con base en lo dispuesto en el Comité de Conciliación que es el que tiene las facultad para tal fin, de acuerdo con lo señalado en el párrafo inicial de este acápite..

<sup>9</sup> Folios 32 y 33 C. Ppal. Y Resolución 23 del 29 de enero de 2013 emanado de la Gerencia General de las EPM ESP, que delega las funciones de representación en Juan Nicolás Valencia Rojas Folios 148 a 153.

<sup>10</sup> Folio 40 C. Ppal.

<sup>11</sup> Folios 142 a 146 C. Ppal.

<sup>12</sup> Folios 165 a 197 C. Ppal.

### 3.2.3. QUE NO HAYA OPERADO LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Con relación a este supuesto, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(…)  
En relación con las conciliaciones prejudiciales, la caducidad se determina de conformidad con la acción que procedería ante la Jurisdicción Contencioso <sup>13</sup>  
  
“(…)”

En el caso que nos ocupa, los convocantes están terminando de mutuo Acuerdo un contrato cuya ejecución debió iniciarse en Diciembre de 2012 y finalizar el 30 de diciembre de 2013, luego no han pasado los 2 años de la finalización del contrato para ejercer el medio de control consagrado en el artículo 164 literal J del CPACA.

### 3.2.4. QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS

Al respecto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

“Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en ‘las pruebas necesarias’ que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes-, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley (...)”<sup>14</sup>.

Siguiendo con la línea jurisprudencial de esta Corporación encontramos que:

“(…)”  
  
Respecto de este requisito, esta Sección del Consejo de Estado, de manera general y reiterada, ha sostenido que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo al patrimonio público.  
  
“(…)”  
  
En tales condiciones, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, dado que el juez, además de llegar a la convicción de su fundamentación jurídica, debe verificar que no resulte lesivo del patrimonio público,

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 25 de Noviembre de 2009. Expediente: 36.544. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Expediente: 16.116. C.P. Alier Eduardo Hernández.



*pues según los dictados del artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 -adicionado por el 73 de la Ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias, esto es contar con el debido sustento probatorio.*

*(...)*<sup>15</sup>

Ahora bien, para determinar si en el *sub-judice* se cumple lo pertinente a este presupuesto, el Tribunal estudiará el acervo probatorio obrante en el expediente, el cual fue relacionado en el acápite de pruebas, las cuales respaldan lo reconocido patrimonialmente en la audiencia de conciliación.

Esta Sala relacionará solo aquellas pruebas que sirven para el fondo del asunto, y que dan soporte al numeral que se estudia, las cuales son:

1. Copias contentivas del proceso de oferta y contratación celebrado entre las partes convocante y convocada, referidas al contrato o precontrato suscrito entre las mismas y que diera lugar a estas actuaciones<sup>16</sup>.
2. Certificado expedido por el secretario general del Comité de Conciliación de las EMPRESA PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP<sup>17</sup>, del que se lee:

*“Realizado el estudio referido a la situación anotada, teniendo en cuenta los aspectos que rodean los hechos, el concepto técnico, así como las razones expuestas en la sesión, se determina por el Comité, los siguientes puntos:”*

- “1.-Conforme lo expone el apoderado, aprobar presentar la fórmula de acuerdo planteada en su informe en el siguiente sentido: “Terminar de mutuo acuerdo el contrato correspondiente a la Oferta Mercantil presentada por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN ESP a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD. Por 16000 MBTUD de gas proveniente del campo La Creciente de mayo de 2008, aceptada por dicha empresa mediante el oficio PRE-COL-GJ-1135-08 de junio 9 de 2008, radicado EPM 02672668 de junio 13 de 2008. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP., pagará a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD., la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES M.L., (USD \$3.500.000.00), cuyo pago se hará en el término pactado por las partes contado una vez ejecutoriada la providencia aprobatoria de conciliación” en el acuerdo a que se llegue, deberá quedar claramente establecida la tasa de cambio del dólar mediante que se liquidará los valores a reconocer”*
3. Copia autentica de la Evaluación Económica de una propuesta de conciliación de la Oferta Mercantil presentada por EPM a la citante PSE, por 16000 MBTUD de gas en mayo de 2008.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 25 de Noviembre de 2009. Expediente: 36.544. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>16</sup> Folios 62 a 130 C. Ppal.

<sup>17</sup> Folios 145 a 147 C. Ppal.

<sup>18</sup> Folios 165 a 197 C. Ppal.

Todo lo anterior se constituye en el fundamento o soporte del negocio jurídico celebrado por las partes y que de manera conjunta terminan por medio de esta forma anormal solución alternativa de conflictos, prueba que se encuentran en original y en copia autentica, cumpliéndose con la autenticidad en las misma, a la luz del artículo 254 del C.P.C.

**3.2.5. QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).**

**3.2.5.1.- La audiencia de conciliación prejudicial**

Por auto No. 2536 – 2012 del 15 de enero de 2013, el señor Procurador 164 Judicial II para Asuntos Administrativos admitió la solicitud de conciliación y señaló como fecha para la audiencia el 31 de enero de 2013, de la que se lee:

1) *LAS PARTES: Comparece a la diligencia el doctor ALVARO JOSUE YANEZ ALSINA, en su calidad de apoderado de Las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN y el doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en su calidad de apoderado de la convocante PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP.*

2) *HECHOS Y PRETENSIONES: Mediante solicitud presentada en la Procuraduría General de la Nación, el día 12 de diciembre de 2012, pretenden de común acuerdo llegar a un convenio respecto a que se termine el contrato correspondiente a la oferta mercantil presentada por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN ESP., a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, por 16000 MBTUD de Gas proveniente del campo la Creciente de mayo de 2008, aceptada por dicha empresa mediante Oficio PRE- COL-GJ-1135-08. Como consecuencia de la terminación del contrato, EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN ESP., pague a PCIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES (US \$3.500.000.00) una vez alcance ejecutoria el auto que apruebe la conciliación, junto con los rendimientos financieros que genere dicha cifra en la fiducia “BBVA ASSET MANAGEMENT S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA” contratada por EPM para la administración de dicha suma durante el trámite de conciliación.*

*DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN: se le concede el uso de la palabra al apoderado de Las EPM Doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS: indica que el comité de conciliación de dicha entidad, en sesión del pasado 28 de septiembre de 2012, adicionada mediante acta del 26 de octubre de 2012 y aclarada en acta del 14 de diciembre de 2012, acordó presentar formula de acuerdo en los términos señalados en las pretensiones, aclarando que en la primera sesión se aprobó lo concerniente a la terminación del contrato y el monto de la negociación, en la segunda sesión se aprobó constituir la fiducia por la misma suma con el fin de que una vez aprobada la conciliación la misma se entregue al convocante, junto con sus rendimientos y en la última sesión se aclaró que las autorizaciones para conciliar se entienden dadas frente a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, autorizando que EPM ESP, garantice el pago si por cualquier motivo la fiducia no lo realizare, el correspondiente certificado se encuentra en el expediente; se establece que de acuerdo a lo anterior, se acepta la formula conciliatoria en los términos de las pretensiones antes transcritas.*

*ACCION A PRECAVER: controversia contractual*

*DECISIÓN DEL CONVOCANTE: se le concede el uso de la palabra al apoderado Doctor ALVARO JOSUE YANEZ ALSINA, quien manifiesta reiterar la fórmula de conciliación en os términos presentados a este despacho en la solicitud de conciliación y recogidos en al presente acta.*

**CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

*Después de escuchadas las intervenciones de las partes, y teniendo en cuenta el análisis del documento técnico que se anexa acerca de la solicitud de la evaluación financiera de las diferentes opciones analizadas, expresados como el valor presente Neto (VPN) negativo para EPM se presentan en la siguiente tabla:*

<b>Resultados de la Evaluación</b>	<b>VPN TOTAL USD \$</b>
<i>Opción 1- Pagar el contrato sin posibilidad de consumo real</i>	<i>56.822.400</i>
<i>Opción 2- Pagar el contrato y desplazar su consumo</i>	<i>17.550.150</i>
<i>Opción 3- Pagar la penalidad estipulada por incumplimiento</i>	<i>5.889.491</i>
<i>Opción 4- Pagar la conciliación por terminación anticipada de común acuerdo</i>	<i>3.500.000</i>

*Por eso se encuentra que EPM, al dar por terminado el contrato según la última opción es la mejor alternativa frente al cambio de condiciones del mercado y de la regulación para ambas empresas aquí representadas; de otro lado deja expresa constancia que dentro del arreglo conciliatorio se constituyó una fiducia con la entidad "BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA" con el fin de garantizar el pago de la suma acordada con sus respectivos rendimientos, por ello, se puede inferir sin ningún esfuerzo argumentativo que existe ánimo conciliatorio a lo cual esta agencia del Ministerio Público está de acuerdo en su aprobación.*

**3.2.5.2 Que el acuerdo no sea violatorio de la ley**

De acuerdo con lo probado en el expediente se tiene que entre la convocante PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP y la convocada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, se suscribió un contrato para la compra de Gas equivalente a 16.000 MBTUD de gas proveniente del campo La Creciente de mayo de 2008, Gas que se medía en CDNA (Cantidad diaria de energía) que el comprador solicita y que el vendedor acepta entregar en cualquier día de Gas según lo estipulado en la cláusula 6, que EPM, presentó una oferta maestro hasta por un valor de US\$ 33.288.000, equivalente a \$80.889.840.000<sup>19</sup>, por un precio de 5,70 US\$/MBTU, aceptando las demás condiciones contenidas en la solicitud de oferta de PSE.

<sup>19</sup> Folio 69 C. Ppal.

Para estudiar este requisito, la Sala, considera pertinente citar lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C., “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, por lo que vincula legalmente a las partes y las obliga a ejecutar todas y cada una de las prestaciones pactadas, de tal modo que si uno de ellos incumple sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 1546 íbidem, faculta a la otra parte contratante para demandar la resolución o el cumplimiento con indemnización de los perjuicios que se le hayan causado por dicho incumplimiento. Ahora bien, para la acción de resarcimiento, es necesario demostrar todos los elementos que configuran la responsabilidad, es decir, el daño, la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inexecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, pero es indispensable para su viabilidad, que el actor haya cumplido con sus obligaciones.

Para darle claridad al tema o asunto ventilado, nos permitimos hacer referencia a lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia, quien en sus providencias ha dejado sentado:

“....la Sala ha sostenido que “[a]sí como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley” (se subraya).

Más adelante, agregó que “[I]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que ‘toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’....” (Cas. Civ., sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; se subraya. En similar sentido, fallos de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1º de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01).”

Puntualiza la misma providencia:

“.....se advierte que el acogimiento de una petición de ese linaje requiere el abandono recíproco de las prestaciones que se derivan del respectivo negocio jurídico y, por consiguiente, que la actitud de los contratantes exteriorice que su firme propósito es que lo pactado no perviva o, con otras palabras, que ellos anhelan su desvinculación de las obligaciones surgidas con ocasión del negocio jurídico, el cual, por ende, debe aniquilarse.

En forma constante ha advertido la Corte que para la prosperidad del mutuo disenso, estructurado con base en los mandatos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, es preciso que “la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente

indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia”  
(Cas. Civ., sentencia de 7 de marzo de 2000; se subraya)<sup>20</sup>”.

Para ahondar sobre el tema de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos, se hace necesario referirnos a lo que en tal sentido expresa la ley 142 de 1994, reguladora de la materia, la cual en sus artículos 30 y 31, en lo relacionado con el tema de la contratación contempla:

*“Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997*

*“**Artículo 31.** Modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el **parágrafo 1** del **artículo 32** de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, 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, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

A su vez, el artículo 32 de la citada ley 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”. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997*

(“...”).

Todo lo dicho, debe observarse en cotejo con lo establecido en la ley 80 de 1993, sobre contratación administrativa en Colombia, la cual a su vez, en el artículo 13, establece:

*“**Artículo 13º.-** De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. **Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.*

(“...”).

---

<sup>20</sup> Sentencia Sala de Casación Civil, diciembre 14 de 2010, radicación 41001-31-03-001-2002-08463-01, M.P. Dr. ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ.

A su vez, el parágrafo 1 del artículo 32 de la misma ley en comento, señala:

**“Parágrafo 1º.-** Modificado por el art. 15, Ley 1150 de 2007, así: Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

*En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.*

Como se vislumbra de todo lo enunciado, no queda duda, que la entidad citada, EPM ESP, se constituye como un ente público municipal descentralizado para la prestación de servicios públicos domiciliarios, cuyos contratos que realiza en aras de cumplir con los fines para los que fue creada, está regida por los cánones del derecho privado a la luz de lo establecido en el Código Civil y demás normas concordantes, de donde se tiene, que su actuación dentro de la conciliación que se estudia, se encuentra íntegramente ajustada a la normatividad aplicable a la contratación que realizara y que generara estas actuaciones, luego no se trasgrede el derecho de ninguna forma.

En otras palabras frente a un negocio jurídico como es el contrato de compraventa de un bien mueble como es el gas, la empresa pública EPM ESP se somete a las reglas de derecho privado por lo anteriormente expuesto y una de ellas es la del 1602 del C.C. ya citada que permite que las partes de común acuerdo terminen el negocio jurídico de la compraventa de gas; luego la misma ley colombiana faculta a las partes a dar aplicación de la figura denominada “mutuo disenso” que sirve de marco legal para realizar la conciliación que es objeto de estudio por la Sala, encontrándose ajustada a las normas sustantivas colombianas, como aquí ha quedado plasmado.

### **3.2.5.3 Que el acuerdo no sea lesivo para el patrimonio público.**

Observada la documentación contentiva del expediente que se analiza, se tiene, que la citada EPM ESP, realizó el contrato de compra de Gas a la citante, con el objeto de mantener y garantizar la continuidad en la prestación del servicio, razón de su existencia y debido a las fluctuaciones del mercado y de las situaciones bajo las cuales se celebró el contrato, a la Convocada se le dificultó de manera grave la continuidad y cumplimiento del mismo, viéndose menoscabado el patrimonio de dicha entidad, el cual se constituye en patrimonio público en razón a la calidad que ostenta dicha empresa, por lo que, luego de revisadas las opciones para proceder a darle solución a la problemática presentada, opto por celebrar la conciliación por terminación anticipada de común acuerdo, habida cuenta que resulta la opción menos onerosa para la entidad EPM, produciéndose un menor detrimento para el patrimonio de dicha empresa.

Al respecto, se observa del estudio o evaluación económica que hace la citada EPM a través de su Gerencia de Gas y Generación de Energía, a efectos de presentar una propuesta de conciliación a la citante, la cual ahora nos ocupa, que en la tabla 8 de la misma, se determina en la forma como se deja consignado, que si en lugar de pagar el gas contratado cada mes, se paga un valor único en febrero de 2013, el impacto comercial a la Gerencia Generación Energía es mucho menor, si se compara con la alternativa de pagar el gas cada mes a PSE, estableciéndose una obtención de un valor positivo de cerca de 4 millones de USD, todo lo cual se ve reflejado en la tabla 9 del mismo informe, en donde efectivamente se determina y concluye un valor de USD 4.044.996 VPN, lo que se constituye en la utilidad final a favor de la empresa EPM, luego

de pagar el monto que se propone en la Conciliación y de no pagar la totalidad de la ejecución del contrato, de donde se puede entender la necesidad de que se apruebe esta conciliación, por no resultar lesiva para los intereses de la entidad pública que comparecen en audiencia, tal como se aprecia en el cuadro insertado en esta providencia en el capítulo 3.2.5.1. Las diferencias anteriores indican que se concilió aproximadamente por el 10.51% del valor total estimado del contrato (USD 33.288.000) que frente al tercera opción que es la penalidad consistente en el 10% del valor del contrato pero con la indexación de 2008 a 2012 genera que esta última no sea la más viable, porque con su actualización del dinero arroja un valor de USD 5.889.491, lo que a todas luces es más gravoso.

Esta Corporación, establece que el acuerdo no es lesivo de los intereses de la Entidad, ni adolece de nulidad absoluta, existiendo pruebas de la existencia de la obligación a cargo de la entidad convocada, conforme lo establecen las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001, por lo que es del caso aprobarlo.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Queda claro para este Tribunal, que el presente asunto se trata de un tema susceptible de ser conciliado por esta vía administrativa, resultando competente ésta corporación para conocer del control sobre la misma, en razón a la cuantía y al territorio en donde ocurrieron los hechos objeto de la contratación celebrada entre las partes o sujetos de estas actuaciones.

Se precisa, que existe legitimidad, capacidad y competencia para actuar dentro de la presente conciliación, además que la citada EPM ESP, actuó conforme con los parámetros prestablecidos y estudios de conveniencia realizados por el Comité de Conciliación de dicha entidad, quien efectivamente conceptúa favorable sobre la viabilidad en la realización de la conciliación que se analiza.

Se establece que el presente acuerdo conciliatorio, resulta ajustado a derecho y no contraría la normatividad aplicable a los regímenes de contratación que regulan a la entidad pública vinculada en calidad de citada dentro de estas actuaciones, pues a la luz del derecho privado, bien pueden las partes contratantes, en la misma forma como acordaron celebrar un contrato, darlo por terminado por mutuo acuerdo, pagando los valores que a bien establezcan en razón a los intereses de cada parte.

No resulta lesivo para el patrimonio público el presente acuerdo conciliatorio, por cuanto está demostrado, que es conveniente para la entidad pública citada pagar el monto conciliado, pues continuar en la ejecución del contrato con la convocante resultaría más gravoso para dicha entidad citada y en consecuencia se perderían recursos económicos que bien podrían ser reinvertidos en beneficio de la comunidad para la que presta los servicios este ente estatal.

Dadas las anteriores apreciaciones, resulta dable para este Tribunal, darle total aprobación al acuerdo conciliatorio que se analiza.

Según lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 173 de 1993 y 65 de la Ley 23 de 1991, reformado por el artículo 72 de la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001 la aprobación de la conciliación tiene efectos de cosa juzgada en relación con las partes intervinientes y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado presta mérito ejecutivo.

Por lo expuesto se

**DISPONE:**

PRIMERO. APROBAR EL ARREGLO CONCILIATORIO PREJUDICIAL, en el que consta que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, le pagará a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES (US \$3.500.000,00), en la forma pactada.

SEGUNDO. APROBAR la forma de pago acordada por las partes dentro del acuerdo conciliatorio realizado.

TERCERO: El Despacho dispone, que las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, una vez cumpla con su obligación en favor de PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP, deberá remitir copia de los documentos en que se acredite el pago total de la obligación.

CUARTO: La presente conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha según consta en Acta No. 028.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado

**LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS**

Magistrado

**CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS**

Magistrado