

COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DEBERES DEL JUEZ / APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el momento en que una persona acude al Estado para que administre justicia, sabe que esa función es ejercida por los jueces, pero como son tantos los jueces en el territorio nacional, resulta necesario acudir a las normas reguladoras de competencia con el fin de determinar el juez que debe administrar justicia en el caso en particular. Es dable recordar que entre la jurisdicción y la competencia existe una relación de género a especie (...) La jurisdicción es el todo y la competencia es la parte. Para poder definir el juez competente que debe conocer de un asunto específico, se ha acudido a los factores determinantes de la competencia, que son cinco, a saber: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión. Cuando varios o todos confluyen se define el juez competente para conocer del asunto. Tal como lo hizo el a quo, en el momento en que le fue asignado el proceso, el juez debe determinar si es competente para conocer de este, para lo cual deberá aplicar los criterios de competencias contemplados en el CPACA y las normas que regulen el tema, según el expediente.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Suprema de Justicia, casación del 28 de febrero de 1968, G.J., t. XLVII, pág. 608

PROCESO EJECUTIVO / COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO / DEBERES DEL JUEZ / MANDAMIENTO DE PAGO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Una vez determinada la competencia, el a quo se ocupó de verificar si los documentos presentados como título ejecutivo cumplían con las especificaciones del artículo 422 del Código General del Proceso; sin embargo, al haber realizado la valoración correspondiente concluyó que no era exigible. Tal como quedó explicado los dos temas anteriores no riñen entre sí, dado que el juez al que se le asigne el conocimiento de un proceso deberá, en primer lugar, valorar los criterios de determinación de competencia para concluir si le corresponde tramitarlo y una vez determine su competencia, habrá de proceder a emitir el primer auto, que en el caso del proceso ejecutivo corresponderá a librar mandamiento de pago o negarlo. Con lo hasta aquí explicado la Sala deberá concluir que la providencia impugnada no es incongruente, dado que el a quo para poder entrar a estudiar el tema correspondiente en el proceso asignado debe determinar, en principio, su competencia para luego pronunciarse sobre el fondo del asunto.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 104 -NUMERAL 6 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 422

PROCESO EJECUTIVO / FRAUDE PROCESAL / ACTUACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / FALTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL / NOTIFICACIÓN PERSONAL / PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO AL PATRIMONIO PÚBLICO / PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / EPM

En el escrito de impugnación solicita el ejecutante que se ordene la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación para que proceda a investigar si EPM se encuentra incurso en el delito de fraude procesal, en tanto que sin haber sido notificada del proceso presentó escrito en el que solicita se fije caución con el fin de evitar los perjuicios económicos que podría producirle el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la ejecutante. En relación con el tema la Sala advierte que tal como lo informó Hidroituango, sin que se hubiera notificado del proceso en forma personal, EPM intervino en el mismo con el fin de solicitar que se fijara caución, en esa oportunidad, después de hacer un recuento de los hechos sucedidos, puso de presente su punto de vista frente al presente asunto. La intervención temprana de EPM no podría ser calificada como fraude procesal (...) En el mismo documento explicó que por medios de comunicación y por la consulta del sistema virtual de información de procesos judiciales, se enteró del proceso ejecutivo iniciado en su contra, razón por la cual conoció su número de radicación y procedió a intervenir en el mismo, aclarando que desconocía el contenido de la demanda. (...) Considera la Sala que con dicha intervención no se advierte que la parte ejecutada pueda estar incurso en el delito de fraude procesal, porque solo se encuentra ejerciendo el derecho de contradicción que le asiste. Aunado a lo anterior, si se revisan los documentos que fueron allegados junto con la demanda se puede concluir que Hidroituango en varias oportunidades le informó a EPM que de no cancelar la suma que le estaba cobrando acudiría a la administración de justicia para hacerla efectiva, razón suficiente para que EPM, una vez conoció el radicado del proceso, acudiera a la administración de justicia en aras de proteger el patrimonio público.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el fraude procesal ver: Corte Suprema de Justicia Sentencia SP-6269 (37796), junio 4 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar.

PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO SINGULAR / TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / CARACTERÍSTICAS DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIONES DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN FORMAL DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN ESENCIAL DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN DE FONDO DEL TÍTULO EJECUTIVO / OBLIGACIÓN CLARA / OBLIGACIÓN EXPRESA / OBLIGACIÓN EXIGIBLE

Esta Corporación ha señalado que el título ejecutivo puede ser singular, cuando está contenido o constituido por un solo documento, por ejemplo un título valor, o puede ser complejo, esto es, cuando se encuentra integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor respecto del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc. Todos los documentos allegados con la demanda deben valorarse en su conjunto, con miras a establecer si constituyen prueba idónea de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante, como lo establece el artículo 422 del C.G.P. El título ejecutivo deberá demostrar la existencia de una prestación en beneficio de una persona, es decir, que el obligado debe observar en favor de su acreedor una conducta de dar, de hacer o de no hacer y esa obligación debe ser expresa, clara y exigible, requisitos que ha de reunir todo título ejecutivo, no importa su origen. Esta Sección también ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustanciales. Las primeras se refieren a que la obligación debe constar: i) en documentos auténticos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o ii) en providencias emanadas

de autoridades competentes que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, como, por ejemplo, las sentencias de condena y otro tipo de providencias judiciales que impongan obligaciones, verbigracia, aquellas que fijan honorarios a los auxiliares de la justicia, las que aprueban la liquidación de costas, etc. Las condiciones sustanciales, por su parte, se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante sean claras, expresas y exigibles. (...) La obligación es clara cuando, además de expresa, aparece determinada en el título, de modo que sea fácilmente inteligible y se entienda en un solo sentido y será exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, por no estar pendiente el agotamiento de un plazo o de condición. Dicho de otro modo, la exigibilidad de la obligación se manifiesta en que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido o cuando ocurriera una condición ya acontecida o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 422

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el título ejecutivo, ver: Autos del 4 de mayo de 2002 (expediente 15.679) y del 30 de marzo de 2006 (expediente 30.086), entre otros.

INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EPM / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

[C]onsidera la Sala que en los términos del contrato celebrado, cuando quiera que Hidroituango pretenda hacer efectiva una cláusula de apremio por incumplimiento de EPM, las partes deben reunirse para ponerse de acuerdo sobre la obligación incumplida y, si no lo logran, deberán declarar una disputa y acto seguido constituir un tribunal de arbitramento con el fin de que este dirima el conflicto. Ahora bien, el impugnante insiste en que el incumplimiento no debe ser declarado por un tribunal de arbitramento, sino que basta con su sola afirmación para hacer efectiva la cláusula penal de apremio, porque, según su entendimiento, así lo estipularon en el contrato (...) De acuerdo con lo anterior ha de entender la Sala que para la parte ejecutante existe confusión entre el incumplimiento contractual que da lugar al cobro de la cláusula penal de apremio y el incumplimiento en el pago de esta cláusula cuando se ha tornado exigible. Lo anterior si se tiene en cuenta que el aparte que el demandante trata específicamente del “incumplimiento de la obligación de pago”, obligación que nace una vez se ha reconocido el incumplimiento contractual por las partes de común acuerdo o ha sido declarado por un tribunal de arbitramento, criterio de exigibilidad del que carece el título ejecutivo complejo presentado en este proceso. (...) Es importante resaltar que el artículo 422 del CGP en forma clara dispone que para que el título ejecutivo tenga la capacidad de forzar el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, resulta necesario que provenga del deudor o de su causante o que cuando no esté autorizado o suscrito por él (el título ejecutivo), en todo caso constituya plena prueba en su contra. El anterior requisito es el que se echa de menos en el presente caso porque, se repite, en el presente asunto, aún, no hay prueba sobre el incumplimiento contractual por parte de EPM, porque las partes no lo reconocieron de común acuerdo como lo exige la cláusula (...), caso en el que se

estaría en el primero de los escenarios, esto es proviene del deudor, ni ha sido declarado por el juez que las partes acordaron en la cláusula (...), esto es, un tribunal de arbitramento, decisión que constituiría plena prueba en contra del deudor. (...) En conclusión, la cláusula penal de apremio puede hacerse efectiva en el momento en que las partes de común acuerdo reconozcan una obligación incumplida y si no lo hacen y declaran la disputa, deberán acudir a un tribunal de arbitramento para que esta sea dirimida y en caso que el juez declare la obligación incumplida, se hará efectiva la cláusula penal de apremio. Si por alguna circunstancia EPM no cumple con el pago de la misma, en ese caso sí sería procedente aplicar el inciso cuarto de la cláusula (...) esto es, que Hidroituango declare el incumplimiento de pago de la obligación e inicie el proceso ejecutivo. En ese orden de ideas, la decisión apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia fue acertada, por lo que se impone su confirmación.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 422

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 05001-23-33-000-2019-02749-01(65561)

Actor: SOCIEDAD HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO (AUTO)

Temas: PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO – debe ser claro, expreso y exigible para que preste mérito ejecutivo / TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO- la obligación se deriva de varios documentos que, en conjunto, resultan suficientes para acreditar su exigibilidad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad ejecutante en contra del auto de 12 de noviembre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual se denegó el mandamiento de pago solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda ejecutiva

Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2019 (fls. 11-8 c. 1), la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., mediante apoderado judicial (fl. 1-2 c. 1), presentó demanda ejecutiva con el fin de que se librara mandamiento de pago en contra de las Empresas Públicas de Medellín, por las siguientes sumas de dinero:

.- Ciento diecisiete mil ochocientos veintiocho millones cuatrocientos veintitrés mil setecientos cincuenta pesos (\$117.828'423.750), correspondientes al pago de la cláusula penal de apremio, generada por el incumplimiento del Hito 7.

.- Por los intereses moratorios generados como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago garantizada a cargo de la demandada, desde el momento del incumplimiento, 1º de octubre de 2019, hasta el momento efectivo del pago.

Como fundamento fáctico, se indicó que, el 30 de marzo de 2011 la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. (en adelante Hidroituango) suscribió con la sociedad E.P.M. Ituango S.A.¹, un contrato para el desarrollo del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, bajo un esquema BOOMT², cuyo objeto (fl. 32 vto. c. 2) fue el siguiente:

En virtud de lo establecido en el presente contrato y conforme a los términos y condiciones previstos en el mismo, el contratista se obliga para con Hidroituango a (i) efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la construcción y montaje y para la operación y mantenimiento de la hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros; (ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas conexas o complementarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los componentes que lo requieran entren en operación comercial en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los componentes, los materiales, las obras y la demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la etapa de construcción, de conformidad con el cronograma director; (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las unidades y la hidroeléctrica como un todo entren en operación comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el cronograma director; (iv) operar y mantener la hidroeléctrica en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, para lo cual deberá proveer todos los servicios de operación y mantenimiento usuales, necesarios o apropiados durante la etapa de construcción y la etapa de O&M

¹ Mediante asamblea extraordinaria de socios de Hidroituango, celebrada el 11 de enero de 2013, se autorizó la cesión de la posición contractual de EPM Ituango S.A. E.S.P. a Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

² Significa construir, poseer, operar mantener y transferir.

para que la hidroeléctrica sea revertida a Hidroituango en operación y cumpliendo los parámetros técnicos y las demás especificaciones previstas en este contrato; (v) restituir, a la terminación de este contrato y el contrato de usufructo por cualquier causa, los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo; y (vi) revertir a la terminación de este contrato, por cualquier causa, los demás bienes del proyecto, diferentes de los que deban ser transferidos o revertidos a las autoridades gubernamentales por virtud de las disposiciones aplicables. Todo lo anterior será realizado por el contratista bien sea directamente o a través de subcontratistas, realizado el pago por terminación y otorgadas las garantías aceptables y liberados los gravámenes permitidos a favor de los prestamistas del proyecto.

En virtud de dicho contrato E.P.M. E.S.P. adquirió una serie de obligaciones, entre ellas la entrega de obras en fechas determinadas, situaciones que el contrato denominó hitos³ y fueron acordados 10.

El 29 de agosto de 2018, las partes mediante el acta de modificación bilateral 10, acordaron modificar la fecha de cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9, así:

Hito	Descripción del hito	Fecha original BOOMT	Fecha modificada
7	Es el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018.	01/03/2018	01/07/2018
8	Es la entrada en operación comercial de la unidad 4 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018	27/09/2018	28/11/2018
9	Es la entrada en operación comercial de la unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019	24/06/2019	28/08/2019

A pesar de las prórrogas otorgadas, el contratista no cumplió con los plazos fijados. Según la demanda, para el momento de presentarla, no había sido cumplido el hito 7, dado que las compuertas de desviación no habían sido cerradas, *“por cuanto, en contravía de las obligaciones contractuales, ni siquiera fueron instaladas por parte del contratista”*.

Las compuertas *“debían instalarse sobre los túneles izquierdo y derecho ya que eran necesarias para la construcción de la descarga de fondo y luego para hacer el llenado del embalse, cerrando la compuerta derecha definitivamente, se pretendía abrir la compuerta izquierda para que por este pasaran los 450 m3 de caudal ecológico y cuando el embalse llegare a la cota 260 de la descarga intermedia, se da el cierre definitivo de la compuerta del túnel izquierdo”*.

³ Según el capítulo de definiciones hito es *“todos y cada uno de los eventos que se describen en los hitos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que representan una fecha importante en el programa de ejecución de la hidroeléctrica y que deben ser cumplidos en oportunidades previstas en el presente contrato”*.

A pesar de lo anterior, en forma unilateral, el contratista modificó los diseños del proyecto y “*decidió no instalar las compuertas de desvío sobre los túneles izquierdo y derecho*”, lo cual comporta un incumplimiento de las obligaciones de la ejecutada, que puede ser constatado en informes técnicos, en los que EPM ha indicado que dichos túneles fueron sellados con tapones de concreto, con el fin de desviar el río Cauca por un tercer túnel o galería auxiliar de desviación.

El contrato fijó una serie de sanciones que denominó cláusulas penales de apremio y según la cláusula 4.09 estas deben ser aplicadas cuando sean incumplidos los hitos, específicamente acordaron que por el incumplimiento de los hitos 1 al 9 “*Hidroituango podrá liquidar por cada día de incumplimiento y hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento, a título de cláusula penal de apremio, la suma que corresponda a la multiplicación de ciento cincuenta (150) SMLMV por el factor que se relaciona a continuación*”:

MAGNITUD DEL RETRASO	MAGNITUD DEL APREMIO DIARIO
Por los primeros tres (3) meses	Multa de apremio Diaria Etapa x 1
Por los siguientes tres (3) meses a partir del cuarto (4) mes	Multa de apremio Diaria Etapa x 1.5
Por los siguientes tres (3) meses a partir del séptimo (7) mes	Multa de apremio Diaria Etapa x 2
Por los siguientes tres (3) meses a partir del décimo (10) mes	Multa de apremio Diaria Etapa x 2.5
Del décimo tercer (13) mes en adelante	Multa de apremio Diaria Etapa x 3

A la fecha de presentación de la demanda, el incumplimiento del hito 7 comporta un término de 473 días, contados a partir del 2 de julio de 2018, razón por la cual utilizada la fórmula anterior la ejecutada le adeuda a la demandante la suma de ciento diecisiete mil ochocientos veintiocho millones cuatrocientos veintitrés mil setecientos cincuenta pesos m/cte (\$117.828´423.750).

Según el numeral (ii) de la cláusula 4.09 “*el incumplimiento de los hitos se encontraba sometido a una condición suspensiva*”, dado que solo surgiría si “*el representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del*

contratista relacionadas con el hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento”.

Según el contrato, el hito 9 corresponde a la entrada en operación comercial de la unidad 1, lo cual debía suceder el 24 de junio de 2019, plazo que fue ampliado hasta el 28 de agosto de esa misma anualidad, pero que para el momento de presentación de la demanda no se había cumplido.

Advierte la demanda que *“es un hecho notorio y así mismo lo ha expresado Empresas Públicas de Medellín, la cual indicó que el hito 9 no se cumplió dentro del plazo establecido y que el mismo solo se cumplirá en el año 2021”*, que así se evidencia en diferentes publicaciones de alcance nacional como *“el diario Portafolio, el diario El Tiempo, La República, entre otros, en los cuales se señala que la operación de la unidad 3 o 4 comenzará a finales de 2021, generando un ingreso progresivo de las demás unidades, por lo cual, la unidad 1 que constituye la obligación contenida en el hito 9, entrará en operación en el año 2021”*.

En el numeral (i) de la cláusula 9.02, se estableció el procedimiento contractual para la resolución de controversias de forma directa, razón por la cual la ejecutante convocó a EPM E.S.P., para dar inicio a dicho procedimiento.

La reunión se realizó el 17 de septiembre de 2019, en la cual llegaron a la conclusión de que *“no existía acuerdo respecto de dicho incumplimiento, razón por la cual decidieron declarar la existencia de una disputa en los términos del literal (b) del numeral (i) de la cláusula 9.02 del contrato BOOMT”* y se dio por agotado dicho procedimiento.

Durante el desarrollo del contrato BOOMT, EPM se obligó a otorgar un título de garantía con el fin de amparar el cumplimiento de ciertas obligaciones, razón por la cual las partes del contrato suscribieron el anexo 1.02, documento en el cual se dispuso que EPM ostentaría el título de contratista y garante de las obligaciones contenidas en el acuerdo contractual.

En la cláusula 2.01 del mismo acuerdo, las partes convinieron que EPM se obligaba frente a Hidroituango a reconocer las obligaciones de pago garantizado y a garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones dinerarias

adquiridas en virtud del acuerdo contractual, incluyendo el pago de las cláusulas penales de apremio y la remuneración prevista en el contrato.

En la cláusula 3.01 del anexo 1.02 las partes acordaron:

Otorgamiento de título respecto de las obligaciones de pago garantizadas

En los términos de la cláusula 2.01 del presente título, EPM garantiza en forma irrevocable, absoluta e incondicional el pago completo y oportuno de cualquier obligación de pago garantizada y, en especial, pero sin limitación las siguientes:

- (i) La obligación de pagar a Hidroituango las sanciones, multas e indemnizaciones que se deriven del incumplimiento de las obligaciones de pago garantizadas;*
- (ii) La obligación de pagar a Hidroituango cualquier cláusula penal de apremio prevista en el contrato y los intereses corrientes asociados de ésta, siempre que haya lugar a su imposición y pago.*

En la cláusula 3.02, concertaron que el documento acordado constituía un “título de pago” a favor de Hidroituango, razón por la cual “el pago de la cláusula penal de apremio por el incumplimiento del hito 7 se encuentra cubierto con el título de garantía contenido en el anexo 1.02 (4) y se considera como una obligación de pago garantizada en los términos de este anexo”.

En la cláusula 3.03 del anexo 1.02, las partes fijaron un procedimiento para el cobro de las obligaciones de pago garantizadas y como hasta la fecha de presentación de la demanda la ejecutada no había cumplido con dicha obligación, se encuentra en mora, porque a pesar de haber cumplido con el procedimiento establecido en la cláusula 9.02 del contrato, EPM se sustrajo de su obligación de pago y decidió declarar la existencia de una disputa.

El 26 de septiembre de 2019, Hidroituango notificó a EPM el requerimiento de pago de la suma enunciada. A pesar de lo anterior, pasados 15 días no se cumplió con la obligación. El 1º de octubre de 2019, EPM informó a la ejecutante que no realizaría el pago de la cláusula penal de apremio impuesta por el incumplimiento del hito 7.

En atención a lo acordado en el inciso 4 de la cláusula 3.03 del anexo 1.02 Hidroituango presentó demanda ejecutiva contra EPM, en la que aseguró que la obligación que pretende hacer efectiva es clara, expresa y exigible.

2. Auto impugnado

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, mediante proveído de 12 de noviembre de 2019, denegó el mandamiento de pago solicitado y para llegar a la anterior conclusión adujo:

De lo averado por la parte ejecutante y la prueba que obra al infolio es dable precisar, que no se acreditó el incumplimiento contractual imputable a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. del “Hito 7”, y que conlleve a la exigibilidad de las cláusulas penales de apremio; toda vez que para demostrar esta circunstancia fáctica, la empresa Hidroituango indicó que era un “hecho notorio” que “EPM selló con tapones de concreto los túneles con el fin de desviar el río Cauca por un tercer túnel o galería auxiliar de desviación, como se evidencia en las siguientes notas periodísticas”, y para ello, aporta una serie de artículos periodísticos que no cuentan con la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen y que al respecto, los lineamientos del precedente del Consejo de Estado han indicado que la información que aparece en los artículos de prensa podrá ser valorada como una prueba documental que da cuenta únicamente de la existencia de la información y que la noticia fue publicada, sin que constituya por sí sola un medio idóneo que acredite la veracidad y autenticidad de su contenido.

Por lo tanto, la obligación contenida en el Hito 7 del contrato BOOMT, sólo es exigible por medio de las cláusulas penales de apremio consagradas en el mismo, ante la certeza de la existencia del incumplimiento imputable a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., no obstante, como en el presente caso, se encuentra en “disputa” este ítem, no se cumple el requisito de existencia del título ejecutivo complejo para proceder a librar mandamiento de pago.

En este sentido, definido por el Juez Natural del contrato (Tribunal de Arbitramento) la “disputa” y si éste le da la razón a la Hidroeléctrica Hidroituango S.A. E.S.P., declarando el incumplimiento contractual en cabeza de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., del Hito 7, se cumplirían los requisitos formales y de fondo del título ejecutivo, configurándose una obligación clara, expresa y exigible.

Así las cosas, la Sala encuentra que no se cumplen los lineamientos trazados para librar mandamiento de pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 430 del Código General del Proceso, y en ese sentido, por las razones explicadas será denegado dicho pedimento.

3. Recurso de apelación

3.1. Inconforme con la anterior decisión, la sociedad Hidroituango S.A. interpuso recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la providencia, para que en su lugar se libere mandamiento de pago, dado que, según su criterio, los documentos

presentados como título ejecutivo complejo comportan una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

El *a quo* interpretó de forma equivocada los elementos de prueba aportados que conforman el título ejecutivo complejo y *“que permiten vislumbrar un incumplimiento imputable a EPM para la toma de dicha decisión y en consecuencia, la concurrencia del requisito de exigibilidad”*.

En el inciso cuarto de la cláusula 3.03 del anexo 1.02 del contrato BOOMT, las partes acordaron que *“el incumplimiento de las obligaciones de pago garantizadas que conforman el título ejecutivo se prueban únicamente con la afirmación de Hidroituango de la ocurrencia de un incumplimiento”*, razón por la cual las notas periodísticas aportadas permiten vislumbrar hechos que a toda luz son notorios, y que de conformidad con el inciso 5 del artículo 167 del Código General del proceso, no deben ser probados.

A lo anterior agregó que:

Así mismo, perdió de vista el Tribunal que el elemento idóneo de prueba que demuestra el incumplimiento de las obligaciones de pago garantizadas a cargo de EPM consiste en la afirmación de Hidroituango en que concurre un incumplimiento imputable a EPM, en este sentido, a la luz de lo acordado de manera libre y espontánea por las partes en la cláusula 3.03 del Anexo 1.02 (4) del contrato BOOMT, no resulta necesario probar, por un medio diferente a la afirmación de Hidroituango la existencia de un incumplimiento a cargo de EPM, como erradamente pretende hacerlo ver el Tribunal Administrativo de Antioquia.

La providencia impugnada desconoció el principio de la autonomía de la voluntad, que de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes.

Las partes acordaron en la cláusula 9.01 del anexo 1.02 del contrato que *“la exigibilidad del título concurre si Hidroituango cumple con la obligación de remitir a EPM bajo los parámetros de la cláusula 3.03 del Anexo 1.02 (4) la notificación de pago”* y así lo hizo, razón por la cual la decisión del Tribunal, en relación a que debe acudir a la justicia arbitral para que declare la existencia de una obligación incumplida *“que dé lugar a la imposición de la multa determinada por este órgano, en concordancia con las apreciaciones otorgadas por EPM en su curioso escrito, cuando a la luz del contrato, EPM renunció a que HIDROITUANGO tuviese que iniciar cualquier tipo de acción contractual o legal para hacer efectivo el título de*

garantía”, es desacertada, en tanto que “la obligación de pago garantizada, es a todas luces exigible, no solo a la luz del contrato y sus anexos, sino de cara a la legislación civil y procesal”.

El artículo 1602 del Código Civil consagra la teoría de la autonomía de la voluntad de la que gozan los contratantes, en desarrollo de dicha autonomía las partes de este proceso celebraron el contrato BOOMT, en el que acordaron ciertas obligaciones contenidas en las cláusulas 2.01 y 3.01 del anexo 1.02(4) a las que les otorgaron el nombre de obligaciones de pago garantizadas. Además estipularon que ante el incumplimiento en el pago de una obligación garantizada, *“la parte cumplida podría acudir ante la jurisdicción ordinaria con el fin de requerir a través de un proceso ejecutivo el pago de la suma garantizada”.*

El título ejecutivo complejo se encontraba constituido por: i) copia del título de garantía-Anexo 1.02(4) del contrato BOOMT; ii) copia de la notificación de pago; iii) constancia de radicación de la notificación de pago en el domicilio de EPM; iv) la afirmación proveniente de Hidroituango del incumplimiento de la obligación de pago por parte de EPM.

A lo anterior agregó que *“el incumplimiento de la obligación a cargo EPM se encuentra demostrado por la afirmación de Hidroituango en ese sentido, ya que el cumplimiento de este requisito formal del título ejecutivo se satisface bajo los parámetros fijados por las partes en el contrato BOOMT y sus anexos, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, que permea todas las relaciones jurídico-negociales, aún, entre entidades de carácter público”.*

En desarrollo de la autonomía de la voluntad, los contratantes acordaron que *“el incumplimiento de una obligación a cargo de EPM se demostraba, de cara a un proceso judicial con la afirmación de Hidroituango señalando la concurrencia de un incumplimiento de la obligación de pago imputable a EPM”,* razón por la cual *“no existe prueba más idónea que la acordada por los contratantes para verificar la concurrencia del requisito de exigibilidad del título ejecutivo, de la forma señalada, en virtud de lo acordado en la cláusula 3.03 del anexo 1.02(4) del contrato BOOMT”.*

Solicitó que se remitan copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue a EPM por la posible configuración del delito de fraude procesal, en

consideración a que, en forma sospechosa, presentó memorial en el cual se oponía a que se librara mandamiento de pago.

La providencia impugnada es contradictoria, en tanto que a pesar de considerar que esta es la jurisdicción competente para conocer del proceso ejecutivo, terminó concluyendo que los documentos aportados como título ejecutivo complejo carecen de exigibilidad.

3.2. El 26 de noviembre de 2019, EPM presentó memorial con el fin de descorsar el traslado del recurso de apelación interpuesto por la ejecutante, documento en el que solicitó la confirmación del auto impugnado en los siguientes términos (fls. 299-315 c. 2):

Constituyó un título de garantía con el fin de garantizar el pago de las denominadas cláusulas penales de apremio, pero *“única y exclusivamente, cuando estas fueran exigibles al contratista del proyecto Ituango, a la luz del contrato BOOMT”*. Conforme a la estipulación contenida en el numeral 9.02 del contrato, las partes deben seguir un trámite con el fin de hacer exigibles las cláusulas penales de apremio, el cual se cumplió el 17 de septiembre de 2019, en relación con el supuesto incumplimiento de los hitos 7,8 y 9. En esa oportunidad se dejó consignado que la ahora ejecutada declaró la *“disputa por la falta de acuerdo en la existencia de obligaciones incumplidas”*, la cual solo puede ser dirimida por un tribunal de arbitramento de acuerdo con el numeral 9.02 del contrato y una vez sea declarado que el contratista adeuda a la ejecutante dicha obligación será *“exigible de acuerdo con el contrato”*.

Las partes en el numeral 3.03 estipularon que habría lugar a hacer efectiva la garantía, única y exclusivamente, en el evento de que la obligación sea exigible de acuerdo con el contrato y como hasta el momento lo único que hay es una disputa no se ha cumplido la condición.

En relación con la supuesta contradicción de la providencia impugnada, considera que si bien es cierto que esta es la jurisdicción competente para conocer del proceso ejecutivo, eso no exonera al juez de estudiar los requisitos del título y a pesar de la competencia no podrá librar mandamiento de pago hasta que el título cumpla con todos los requerimientos legales.

Como en el presente caso no existe título ejecutivo derivado “del título de garantía pues EPM solo ha garantizado las obligaciones que sean exigibles de acuerdo con el contrato BOOMT”. A la fecha, tal y como pudo constatarlo el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, ninguna supuesta obligación de pago de cláusulas penales de apremio lo es”.

En relación con el fraude procesal que le imputa la impugnante, al considerar sospechoso el memorial mediante el cual ofreció prestar caución con el fin de evitar las consecuencias de la declaratoria de medidas cautelares, advierte que Hidroituango en varias comunicaciones le informó sobre el proceso ejecutivo que iniciaría y que, además, se encargó de difundir la noticia por varios medios de comunicación y por las redes sociales. Razón por la cual procedió a revisar periódicamente los sistemas de información de la Rama Judicial para poder intervenir de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 602 del CGP que autoriza al ejecutado para que “en cualquier momento intervenga en el proceso” con el fin de evitar que se practiquen las medidas cautelares solicitadas por el ejecutante.

3.3. Por su parte el Ministerio Público presentó escrito el 26 de noviembre de 2019 (fls. 316-322 c. 2), documento en el que solicitó confirmar el auto impugnado.

En relación con la supuesta incongruencia en que habría incurrido el *a quo* al determinar su competencia para conocer del proceso ejecutivo y declarar que el título ejecutivo presentado no cumplía con los requisitos legales, adujo que el primer aspecto no implica “*per se, como entiende el recurrente, el reconocimiento de derecho alguno en cabeza del ejecutante, mucho menos la procedencia de sus pretensiones*”, simplemente implica que “*es la autoridad competente para emitir, previo estudio de los documentos que se allegaron como base del recaudo, un pronunciamiento de fondo que bien puede corresponderse con el mandamiento de pago, o en su defecto, con decisión denegatoria, como en efecto ocurrió*”.

En lo que concierne a la afirmación indefinida, considera que en el presente asunto no aplica, dado que el aparte destacado por el recurrente, consistente en la “*afirmación proveniente de Hidroituango del incumplimiento de la obligación de pago por parte de EPM*” debe leerse junto con el otro contenido de la misma cláusula 3.03, “*según la cual, la acción de cobro será procedente siempre que dicha obligación de pago garantizada sea exigible de acuerdo con el contrato*”.

que en el presente caso corresponde con el agotamiento del procedimiento previsto para la efectividad de las cláusulas penales de apremio frente a las obligaciones derivadas del hito 7 del contrato y sus modificaciones.

Tal como lo concluyó el Tribunal, en el presente caso no se encuentra cumplida la condición, porque al reunirse las partes con el fin de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento, no llegaron a acuerdo y por el contrario declararon la disputa, la cual puede ser llevada por cualquiera de las partes para su resolución ante la jurisdicción arbitral.

Por tanto, no comparte el planteamiento de la recurrente en relación a que su mera afirmación de incumplimiento es prueba por si sola de la exigibilidad de la obligación a cargo de EPM, porque eso correspondería a una lectura escueta y aislada de la voluntad de las partes.

3.4. El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 27 de noviembre de 2019 (fl. 323 c. 2), concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación presentado por la parte ejecutante. Dentro del término de ejecutoria, EPM presentó recurso de reposición contra dicha providencia (fls. 331-337 c. 2). El 12 de diciembre de esa misma anualidad, el *a quo* negó el recurso de reposición interpuesto y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que se surtiera la apelación (fls. 348-351 c. 2).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, por cuanto el proceso tiene vocación de doble instancia y el auto mediante el cual se negó el mandamiento de pago es apelable, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 321 del Código General del Proceso⁴, norma que resulta aplicable de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo

⁴ “ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

...

4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo”.

299 y el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

2. Asunto previo

2.1. Uno de los motivos de inconformidad de la parte ejecutante lo hace consistir en la incongruencia de la providencia impugnada, en tanto que el *a quo* se ocupó en principio de determinar su competencia para a renglón seguido concluir que el título ejecutivo presentado no era exigible.

En el momento en que una persona acude al Estado para que administre justicia, sabe que esa función es ejercida por los jueces, pero como son tantos los jueces en el territorio nacional, resulta necesario acudir a las normas reguladoras de competencia con el fin de determinar el juez que debe administrar justicia en el caso en particular.

Es dable recordar que entre la jurisdicción y la competencia existe una relación de género a especie, por cuanto la *“jurisdicción es la facultad de administrar justicia; competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos. Un juez sin jurisdicción es nada, pero aun gozando de ésta puede carecer de competencia para determinados negocios”*⁵. La competencia es *“la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales”*⁶. La jurisdicción es el todo y la competencia es la parte.

Para poder definir el juez competente que debe conocer de un asunto específico, se ha acudido a los factores determinantes de la competencia, que son cinco, a saber: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión. Cuando varios o todos confluyen se define el juez competente para conocer del asunto.

Tal como lo hizo el *a quo*, en el momento en que le fue asignado el proceso, el juez debe determinar si es competente para conocer de este, para lo cual deberá aplicar los criterios de competencias contemplados en el CPACA y las normas que regulen el tema, según el expediente.

⁵ Corte Suprema de Justicia, casación del 28 de febrero de 1968, G.J., t. XLVII, pág. 608.

⁶ MATTIROLO, Luis, Tratado de Derecho procesal civil, t. I, Madrid, edit. Reus, 1930. Pág. 3.

El numeral 6 del artículo 104 del CPACA dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para conocer, entre otros asuntos, de los procesos ejecutivos originados en los contratos celebrados por entidades públicas, tal como sucede en el presente asunto. Además, la cuantía del proceso (\$117.828'423.750) supera los 1.500 SMLMV que para la fecha de presentación de la demanda (21-10-2019) ascendían a \$1.242'174.000⁷ y, además, en razón al lugar donde se está ejecutando el contrato el Tribunal competente era el de Antioquia⁸.

Finalmente, el Tribunal revisó la estipulación contenida en la cláusula 8.02 del contrato BOOMT en la que las partes determinaron que *“toda disputa legal, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones que surja de este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento”*.

Todo lo anterior, llevó a concluir que el Tribunal Administrativo de Antioquia era el competente para conocer, en primera instancia, del proceso ejecutivo de la referencia.

Una vez determinada la competencia, el *a quo* se ocupó de verificar si los documentos presentados como título ejecutivo cumplían con las especificaciones del artículo 422 del Código General del Proceso; sin embargo, al haber realizado la valoración correspondiente concluyó que no era exigible.

Tal como quedó explicado los dos temas anteriores no riñen entre sí, dado que el juez al que se le asigne el conocimiento de un proceso deberá, en primer lugar, valorar los criterios de determinación de competencia para concluir si le corresponde tramitarlo y una vez determine su competencia, habrá de proceder a emitir el primer auto, que en el caso del proceso ejecutivo corresponderá a librar mandamiento de pago o negarlo.

Con lo hasta aquí explicado la Sala deberá concluir que la providencia impugnada no es incongruente, dado que el *a quo* para poder entrar a estudiar el tema correspondiente en el proceso asignado debe determinar, en principio, su competencia para luego pronunciarse sobre el fondo del asunto.

⁷ Art. 152.7 CPACA

⁸ Art. 156.4 CPACA

2.2. En el escrito de impugnación solicita el ejecutante que se ordene la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación para que proceda a investigar si EPM se encuentra incurso en el delito de fraude procesal, en tanto que sin haber sido notificada del proceso presentó escrito en el que solicita se fije caución con el fin de evitar los perjuicios económicos que podría producirle el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la ejecutante.

En relación con el tema la Sala advierte que tal como lo informó Hidroituango, sin que se hubiera notificado del proceso en forma personal, EPM intervino en el mismo con el fin de solicitar que se fijara caución, en esa oportunidad, después de hacer un recuento de los hechos sucedidos, puso de presente su punto de vista frente al presente asunto.

La intervención temprana de EPM no podría ser calificada como fraude procesal, por cuanto el mismo fue presentado con el objeto de “*ofrecer caución para garantizar el pago de una eventual decisión desfavorable*” y con la “*finalidad de evitar la práctica de las medidas cautelares solicitadas*” en su contra, para por ese medio proteger el patrimonio público.

En el mismo documento explicó que por medios de comunicación y por la consulta del sistema virtual de información de procesos judiciales, se enteró del proceso ejecutivo iniciado en su contra, razón por la cual conoció su número de radicación y procedió a intervenir en el mismo, aclarando que desconocía el contenido de la demanda.

Considera la Sala que con dicha intervención no se advierte que la parte ejecutada pueda estar incurso en el delito de fraude procesal⁹, porque solo se encuentra ejerciendo el derecho de contradicción que le asiste. Aunado a lo anterior, si se revisan los documentos que fueron allegados junto con la demanda se puede concluir que Hidroituango en varias oportunidades le informó a EPM que de no cancelar la suma que le estaba cobrando acudiría a la administración de justicia para hacerla efectiva, razón suficiente para que EPM, una vez conoció el radicado

⁹ Según la Corte Suprema de Justicia, solo se podrá declarar el fraude procesal cuando el sujeto activo acude al dolo, teniendo plena certeza de que su propósito es inducir a error al administrador o al funcionario judicial. Por el contrario, si el yerro se genera actuando de buena fe, es decir, sin tener la intención de quebrantar la legalidad, no se le puede endilgar responsabilidad penal alguna. Sentencia SP-6269 (37796), junio 4 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar.

del proceso, acudiera a la administración de justicia en aras de proteger el patrimonio público.

3. Caso concreto

Esta Corporación ha señalado que el título ejecutivo puede ser singular, cuando está contenido o constituido por un solo documento, por ejemplo un título valor, o puede ser complejo, esto es, cuando se encuentra integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor respecto del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc.

Todos los documentos allegados con la demanda deben valorarse en su conjunto, con miras a establecer si constituyen prueba idónea de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante, como lo establece el artículo 422 del C.G.P.

El título ejecutivo deberá demostrar la existencia de una prestación en beneficio de una persona, es decir, que el obligado debe observar en favor de su acreedor una conducta de dar, de hacer o de no hacer y esa obligación debe ser expresa, clara y exigible, requisitos que ha de reunir todo título ejecutivo, no importa su origen¹⁰.

Esta Sección¹¹ también ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustanciales. Las primeras se refieren a que la obligación debe constar: i) en documentos auténticos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o ii) en providencias emanadas de autoridades competentes que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, como, por ejemplo, las sentencias de condena y otro tipo de providencias judiciales que impongan obligaciones, verbigracia, aquellas que fijan honorarios a los auxiliares de la justicia, las que aprueban la liquidación de costas, etc. Las condiciones sustanciales, por su parte, se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante sean claras, expresas y exigibles.

¹⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: "*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*", Dupré Editores, Tomo II, 7ª ed., Bogotá, 1999, pág. 388.

¹¹ Autos del 4 de mayo de 2002 (expediente 15.679) y del 30 de marzo de 2006 (expediente 30.086), entre otros.

En relación con estas últimas, la doctrina ha señalado que por expresa debe entenderse que la obligación aparezca manifiesta de la redacción misma del título; es decir, en el documento que la contiene debe estar expresamente declarada, debe estar nítido el crédito - deuda que allí aparece.

La obligación es clara cuando, además de expresa, aparece determinada en el título, de modo que sea fácilmente inteligible y se entienda en un solo sentido y será exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, por no estar pendiente el agotamiento de un plazo o de condición. Dicho de otro modo, la exigibilidad de la obligación se manifiesta en que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido o cuando ocurriera una condición ya acontecida o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió.

En el presente asunto, la ejecutante pretende que se libre mandamiento de pago por la suma de \$117.828'523.750,00, *“por concepto de la obligación de pago garantizada, consistente en el pago de la cláusula penal de apremio generada a raíz del incumplimiento del Hito 7”*, para lo cual aportó como título ejecutivo complejo los siguientes documentos:

- .- Copia del título de garantía contenido en el Anexo 1.02(4).
- .- Copia de la notificación de pago.
- .- Constancia de entrega de la notificación de pago a EPM.
- .- La afirmación de Hidroituango respecto de la existencia de un incumplimiento de la obligación de pago a cargo de EPM.

Por su parte el *a quo* determinó que los documentos aportados como título ejecutivo complejo no cumplen con los lineamientos del artículo 422 del CGP, dado que no contiene una obligación exigible, por cuando no basta con la afirmación de Hidroituango respecto del incumplimiento, ya que este deberá ser declarado por el juez competente, que en el presente asunto corresponde a un tribunal de arbitramento.

De las pruebas aportadas al plenario se deducen los siguientes hechos:

El 30 de marzo de 2011 Hidroituango S.A. y EPM Ituango E.S.P. suscribieron el contrato BOOMT¹² (fls. 19-63 c. 1) cuyo objeto consistió en:

(i) Efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la construcción y montaje y para la operación y mantenimiento de la hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros; ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los componentes que lo requieran entren en operación comercial en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los componentes, los materiales, las obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la etapa de construcción, de conformidad con el cronograma director; (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las unidades y la hidroeléctrica como un todo entren en operación comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el cronograma director; (iv) operar y mantener la hidroeléctrica en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, para lo cual deberá proveer todos los servicios de operación y mantenimiento usuales, necesarios o apropiados durante la etapa de construcción y durante la etapa de O&M para que la Hidroeléctrica sea revertida a Hidroituango en operación y cumpliendo los parámetros técnicos y las demás especificaciones previstas en este contrato; (v) Restituir a la terminación de este contrato y el contrato de usufructo por cualquier causa, los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo; y (vi) Revertir a la terminación de este contrato por cualquier causa, los demás bienes del proyecto, diferentes de los que deban ser transferidos o revertidos a las autoridades gubernamentales por virtud de las disposiciones aplicables. Todo lo anterior será realizado por el contratista bien sea directamente o a través de subcontratistas, según sea el caso, en los términos y condiciones previstos en este contrato. En el evento de terminación anticipada la restitución se realizará después de cancelada la deuda financiera, realizado el pago por terminación u otorgadas la garantías aceptables y de liberados los gravámenes permitidos a favor de los prestamistas del proyecto.

Las partes acordaron 10 Hitos¹³, cada uno con una fecha específica para la entrega de obras, el cobro ejecutivo que ahora se está realizando corresponde al incumplimiento del Hito 7 que tiene que ver con el “*cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018*”.

Los Hitos subsiguientes al que reclaman incumplido corresponden a:

¹² De conformidad con el capítulo I del mismo contrato denominado “*interpretación y definición*”, es de aquellos bajo el esquema build, own, operate, maintain and transfer. En español: Construir, operar, poseer, mantener y transferir

¹³ Según el capítulo de definiciones los hitos “*son todos y cada uno de los eventos que se describen en los Hitos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que representan una fecha importante en el programa de ejecución de la Hidroeléctrica y que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el presente contrato*”.

El Hito 8 “es la entrada en operación comercial de la unidad 4 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018”.

El Hito 9 “es la entrada en operación comercial de la unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019”.

Las fechas de los Hitos 7, 8 y 9 fueron reformadas con el acta de modificación bilateral n.º 10, en la que se acordó como nuevas fechas de entrega, para el Hito 7 el 1º de julio de 2018, el Hito 8 el 28 de noviembre de 2018 y el Hito 9 el 28 de agosto de 2019 (fls. 73-75 c. 1).

De acuerdo con el acta 29, en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Hidroituango S.A., celebrada el 11 de enero de 2013, se aprobó, entre otros asuntos, “ceder a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. la posición contractual que tiene EPM Ituango E.S.P. en el contrato BOOMT, así como demás derechos, obligaciones, contratos y activos derivados de la ejecución del BOOMT” (FLS. 64-72 C. 1).

En virtud de la anterior cesión, EPM suscribió el anexo 1.02(4), cuyo objeto consistía, entre otros asuntos, en avalar las obligaciones de pago garantizadas¹⁴ (fls. 76-82 c. 1).

El 4 de septiembre de 2019, Hidroituango mediante radicación 20190120200728 convocó a EPM, para el 11 de septiembre de 2019, con el fin de iniciar el procedimiento de la cláusula 9.02 del contrato BOOMT, por el incumplimiento de los hitos 7, 8 y 9¹⁵ (fl. 83 c. 1).

La cláusula 9.02 del contrato regula el procedimiento que se debe seguir para la imposición de las cláusulas penales de apremio-, así:

Tratamiento de las cláusulas penales de apremio. La imposición de las cláusulas penales de apremio (diferentes de la establecida en la cláusula

¹⁴ “Garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones dinerarias adquiridas en virtud del contrato, incluyendo, pero sin limitarse a, las obligaciones de pagar las cláusulas penales de apremio y la remuneración previstas en el contrato”

¹⁵ Resulta necesario resaltar que la presente demanda ejecutiva fue iniciada únicamente por el incumplimiento del hito 7.

7.09¹⁶ del presente contrato) previstas en este contrato se sujetará al siguiente procedimiento:

Dentro de los cinco (5) días siguientes al conocimiento por parte de Hidroituango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva que da lugar a la aplicación de la cláusula penal de apremio (la obligación incumplida), Hidroituango deberá reunirse con el contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento en cuestión. De la reunión referida se levantará un acta suscrita por las partes en la cual (a) si hubo acuerdo sobre la obligación incumplida, se declarará que a partir de esa fecha se dará inicio al período de cura que corresponda, si lo hubiere, o (b) si no hubo acuerdo sobre la existencia de una obligación incumplida, se declarará la existencia de una disputa que cualquiera de las partes podrá llevar al mecanismo de solución de disputas establecido en el presente contrato. Si el acta no es firmada por cualquier razón por el contratista, dentro de los cinco (5) días siguientes a su recepción por parte del contratista, se entenderá que el contratista acepta que existe una obligación incumplida.

EPM, mediante radicación 01-01-20190912000235 del 12 de septiembre de 2019, solicitó el aplazamiento de la reunión para el 17 de septiembre siguiente (fl. 86 c. 1).

El 17 de septiembre de 2019, las partes se reunieron y suscribieron el acta de dicha reunión (fls. 87, 88 c. 1), documento en el que quedó consignado lo siguiente:

Por parte de la sociedad (se refieren a Hidroeléctrica Ituango), se señaló que llegadas las fechas fijadas por las partes para el cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, no se habían cumplido los mismos, razón por la cual, resultaba procedente iniciar el proceso de imposición de las cláusulas penales de apremio, señaladas en la cláusula 4.09 del contrato BOOMT.

Ante lo indicado por la sociedad, EPM señaló que en su consideración la reunión que se estaba desarrollando no se encontraba dentro de los términos establecidos en el contrato BOOMT, por cuanto, el incumplimiento del Hito 7 sumaba más de 420 días, cuando la sociedad tenía un término de 5 días para iniciar el procedimiento de imposición de cláusulas penales de apremio. En virtud de ello invitaron a crear mesas de trabajo desde diferentes ópticas para determinar si el incumplimiento era imputable o no a EPM, frente a lo cual, señalaron que de acuerdo a los estudios que han desarrollado, lograron concluir que dicho incumplimientos no son imputables a EPM.

Posteriormente, la sociedad señaló que cualquier mesa de trabajo que se desarrollara debía ejecutarse bajo los parámetros del contrato BOOMT, razón por la cual, el primer acuerdo que debían hacer las partes, consistía en acordar que el procedimiento de imposición de cláusulas penales de apremio se realizaba bajo el marco de la cláusula 9.02 del contrato BOOMT, ya que de lo contrario se estarían ejecutando actividades en una esfera extracontractual que no contaba con ninguna regulación.

¹⁶ Esta cláusula regula específicamente la “cláusula penal por incumplimiento en la transferencia y restitución”

Por último, EPM indicó que bajo esa óptica de la sociedad no resultaba procedente iniciar las mesas de trabajo, ya que según EPM ese era uno de los puntos que las partes debían abarcar dentro de las mesas de trabajo, correspondiente al ámbito jurídico.

Así las cosas, luego de las precisiones realizadas por cada una de las partes, concluyeron que no existía acuerdo entre Hidroituango y EPM para declarar la existencia del incumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 del contrato BOOMT.

Razón por la cual, siendo la 1:20 pm de la tarde las partes dieron por finalizada la reunión, declarando, en consecuencia, la existencia de una disputa por la falta de acuerdo en la existencia de obligaciones incumplidas.

El 26 de septiembre de 2019, mediante radicación 2019-0120222437, Hidroeléctrica Ituango le informó a EPM que había decidido hacer exigible el título de garantía contenido en el anexo 1.02(4) del contrato BOOMT, para lo cual anexó notificación del pago (fl. 89 c. 1), en los siguientes términos:

En virtud de lo establecido en el anexo 1.02(4) del contrato BOOMT, me permito comunicarle que la Hidroeléctrica ha decidido hacer exigible el título de garantía contenido en el anexo 1.02(4) del contrato BOOMT, lo anterior, en consideración a su calidad de representante legal de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. compañía garante de las obligaciones del contrato BOOMT.

Así las cosas, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3.03 del Anexo 1.02 (4) del contrato BOOMT me permito señalar los elementos por los cuales se hace exigible el título de garantía:

a. Obligación de pago garantizada incumplida

En virtud de lo establecido en el literal a) del ordinal (i) de la cláusula 2.01 del anexo 1.02(4) (título de garantía), EPM en su calidad de garante, se obligó a garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones dinerarias adquiridas en virtud del contrato BOOMT, incluyendo las cláusulas penales de apremio.

Así las cosas, la obligación de pago incumplida se configura en el no pago por parte de Empresas Públicas de Medellín en su calidad de contratista del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, de la cláusula penal de apremio impuesta, con motivo del incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 del contrato BOOMT.

b. Valor

El valor de la obligación de pago garantizada que EPM en su calidad de garante del contratista, ostenta frente a la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. asciende a la suma de ciento seis mil seiscientos cuarenta y ocho millones ochocientos cincuenta y siete mil setecientos cincuenta pesos (\$106.648.857.750). Este valor se encuentra liquidado a 17 de septiembre de 2019.

c. Obligado a realizar el pago

Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en su calidad de contratista del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango es la obligada al pago de la obligación de pago garantizada que a través de la presente notificación de pago se requiere.

Cumplidos los presupuestos establecidos en la cláusula 3.03 anexo 1.02 (4) (título de garantía) del contrato BOOMT, le solicito muy respetuosamente consignar el valor indicado en la cuenta corriente número 01448694207 de Bancolombia dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de la presente notificación de pago.

Es menester tener en consideración que en virtud de lo señalado en la cláusula 3.03 anexo 1.02(4) (título de garantía) del contrato BOOMT, para el pago de la obligación incumplida, no es necesario que medie requerimiento judicial o extrajudicial, solicitud o notificación adicional por parte de Hidroituango.

El 1 de octubre de 2019, EPM objetó la notificación de pago que le había sido remitida por Hidroituango (fls. 91-92 c. 1), documento en el que manifestó:

a). La obligación de pago de cualquier cláusula penal de apremio, en los términos del literal (ii) del numeral 3.01 del Título de Garantía, surge cuando hay lugar a su imposición, situación frente a la cual debe agotarse el procedimiento previsto en la cláusula 9.02 del contrato BOOMT, tal y como remite el título de garantía, en el numeral 3.03 relativo al pago de las obligaciones incumplidas.

b). En estos términos, el pago solo es exigible cuando se agota el procedimiento y existe entre las partes acuerdo sobre la obligación incumplida, pues en caso contrario, nos encontramos ante la existencia de una disputa, la cual en términos de la cláusula 8.01 del contrato BOOMT, se resuelve mediante un tribunal de arbitramento.

c). En reunión llevada a cabo el 17 de septiembre del presente año entre la Sociedad Hidroeléctrica Ituango y EPM, la cual tenía como objetivo determinar si existía incumplimiento o no sobre los Hitos 7, 8 y 9, se llegó a la conclusión de que no existía acuerdo entre las partes, “declarando en consecuencia, la existencia de una disputa por falta de acuerdo en la existencia de las obligaciones incumplidas”.

En estas condiciones, para que Hidroituango pueda notificar a EPM sobre la obligación de pagar alguna suma de dinero, sea de manera directa o a través de la vía judicial, la misma, de acuerdo con la Sección 3.03 del título de garantía, debe ser “exigible de acuerdo con el contrato”, situación que en este caso no se cumple ante la existencia de una disputa, por lo que es claro que la obligación de pago ni siquiera ha nacido.

El 11 de octubre de 2019, Hidroituango contestó la objeción de EPM (fls. 93-94 c.

1) en los siguientes términos:

1.- En relación con lo señalado en el literal a), es menester indicar que no existe por parte de Hidroituango una interpretación diferente de la cláusula 3.01 (ii) del anexo 1.02(4) ya que, la obligación de pago, en virtud de los acuerdos contractuales contraídos por las partes, surge cuando se haya surtido el proceso de imposición de las cláusulas penales de apremio, según lo consagrado en la cláusula 9.02 del contrato BOOMT.

2.- No obstante lo anterior, observamos que existe una indebida interpretación de la esta cláusula por parte de EPM, según se evidencia en los literales posteriores (...).

Así las cosas, sin lugar a una mayor disertación, resulta concluyente que el procedimiento establecido en la cláusula en cita se agota en una de dos ocasiones: (i) si las partes acuerdan la existencia de una obligación incumplida o; (ii) si las partes declaran la existencia de una disputa.

Se llama la atención en la palabra subrayada en el texto en cita, por cuanto se señala de forma expresa que “cualquiera de las partes podrá llevar al mecanismo de solución de disputas”. Es decir, el inicio del procedimiento establecido en el capítulo VII del contrato BOOMT, es una FACULTAD DEL CONTRATANTE CUMPLIDO, llevar las disputas a este mecanismo no es una obligación para agotar el procedimiento establecido en la cláusula 9.02.

El agotamiento del procedimiento señalado en la cláusula 9.02 del contrato BOOMT, pende únicamente de la declaratoria de una obligación incumplida o de la declaratoria de una disputa. Po cuanto, el procedimiento del capítulo VIII cuenta con autonomía y a pesar de que para activarlo, en principio, las partes deben agotar el procedimiento de la cláusula 9.02, no es una obligación o carga para las mismas hacerlo, por el contrario, es una actuación facultativa.

Es por ello que, una vez agotado el procedimiento de la cláusula 9.02, mediante la declaratoria de la existencia de una disputa, tal y como lo hicieron las partes en la reunión llevada a cabo el 17 de septiembre de 2019, se le generó a Hidroituango el derecho de iniciar el cobro de la obligación de pago garantizada, por el incumplimiento en el pago por parte de EPM, con base en el Anexo 1.02 (4).

3.- Ahora, en relación con el último inciso de la comunicación del asunto, es menester señalar que contrario a lo allí indicado, la obligación de pagar la suma requerida a EPM en su calidad de garante, a la fecha es exigible y existe jurídicamente.

Téngase en cuenta que, en virtud de lo establecido en el ordinal (i) de la cláusula 9.02 del contrato BOOMT se configura una obligación incumplida cuando exista por parte de Hidroituango conocimiento del incumplimiento de un hito, lo cual, de contera, permite aplicar la cláusula penal de apremio respectiva.

Igualmente, señala el literal (a) del ordinal (i) de la cláusula 4.09 del contrato BOOMT que Hidroituango podrá liquidar por cada día de incumplimiento de un hito la cláusula penal de apremio aplicable.

Es por ello que, según lo acordado en las definiciones del contrato BOOMT por los contratantes, se debe entender por día de incumplimiento: “cada día de retraso en el cumplimiento de uno cualquiera de los hitos y otras obligaciones sancionables bajo este contrato”.

Aunado a ello, las partes acordaron que el Hito 7 consistía en el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse, lo cual, en virtud del contrato debía ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018, sin embargo, dicho plazo fue modificado a través de la AMB 10 y el cumplimiento de este hito debía ocurrir a más tardar el 01 de julio de 2018.

Resulta claro entonces que la obligación contenida en el hito 7, es una obligación sometida a plazo. Al respecto el Artículo 1551 del Código Civil señala “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito”.

Así las cosas, bajo las circunstancias descritas estamos ante un claro incumplimiento de una obligación sometida a plazo, ya que, a la fecha, el

cierre de las compuertas de desviación no se ha ejecutado, por lo cual, resulta procedente a Hidroituango imponer las cláusulas penales de apremio que se generen a raíz de este incumplimiento.

En virtud de ello, resulta procedente señalar que la obligación de pago a cargo de Empresas Públicas de Medellín en su calidad de garante nació desde el momento en que Hidroituango y el Contratista decidieron declarar la existencia de la disputa.

En consecuencia con lo anterior, la negativa de pago injustificado respecto de la obligación de pago garantizada requerida, conlleva a un claro incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por Empresas Públicas de Medellín en su calidad de garante del contratista, razón por la cual, Hidroituango procederá a ejecutar las acciones judiciales tendientes a hacer efectivo el pago de la obligación de pago incumplida, a la luz de lo dispuesto en la cláusula 3.03 del anexo 1.02(4).

Después de este cruce de comunicaciones se presentó la demanda ejecutiva.

La controversia específicamente gira en torno al incumplimiento del Hito 7 que corresponde al “*cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018*”.

Según el ejecutante el título cumple con los lineamientos contenidos en el artículo 422 del CGP, inclusive con la exigibilidad, porque según su entendimiento las partes en la cláusula 3.03 del anexo 1.02(4), en uso del principio de la autonomía de la voluntad, para probar el incumplimiento de EPM bastaba con la afirmación de Hidroituango, tal como lo hizo, razón por la cual asegura que el título ejecutivo complejo que aportó, sí es exigible.

En este punto, resulta pertinente traer a colación las disposiciones consagradas en los artículos 1618 y ss del Código Civil, específicamente la contenida en el artículo 1622, que a la letra consagra:

Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

Es así como tanto las cláusulas del contrato BOOMT como aquellas acordadas en el anexo 1.02(4) deben ser interpretadas de manera armónica y no en forma fraccionada como lo pretende hacer ver la parte ejecutante.

Ahora bien, lo que solicita Hidroituango mediante esta demanda es hacer efectiva la cláusula penal de apremio¹⁷ por el incumplimiento en que incurrió EPM, específicamente en lo relativo al Hito 7 que correspondía al cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse, lo cual debía ocurrir a más tardar el 1 de julio de 2018. Para el efecto, las partes, tal como lo dispone la cláusula 9.02 del contrato, dieron inicio al trámite correspondiente, razón por la cual se reunieron el 17 de septiembre de 2019, con el fin de verificar, conjuntamente, su ocurrencia; sin embargo, EPM no reconoció haber desconocido sus obligaciones sino que, por el contrario, manifestó que la reunión era extemporánea porque la misma debió realizarse dentro de los 5 días siguientes al conocimiento del supuesto incumplimiento y que, para ese momento, ya habían transcurrido más de 420 días; por ello, propuso la creación de mesas de trabajo, lo que no fue aceptado por la ejecutante, con fundamento en que dicho mecanismo no se encontraba contemplado en el contrato. Dado que no hubo acuerdo en relación con la existencia de las obligaciones incumplidas, EPM declaró la disputa.

La misma cláusula 9.02 advierte que cuando se declare una disputa *“cualquiera de las partes podrá llevar[la] al mecanismo de solución de disputas establecido en el presente contrato”*, el cual de conformidad con la cláusula 8.02 corresponde a un tribunal de arbitramento, dado que *“toda disputa legal, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones que surja de este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, (el “Tribunal”) se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 y demás normas vigentes que lo modifiquen y lo complementen”*.

De lo expuesto, considera la Sala que en los términos del contrato celebrado, cuando quiera que Hidroituango pretenda hacer efectiva una cláusula de apremio por incumplimiento de EPM, las partes deben reunirse para ponerse de acuerdo sobre la obligación incumplida y, si no lo logran, deberán declarar una disputa y acto seguido constituir un tribunal de arbitramento con el fin de que este dirima el conflicto.

¹⁷ Según la definición contenida en el mismo contrato, la “Cláusula penal de apremio” corresponde a aquellas sumas que deberá pagar el contratista a Hidroituango cuando incumpla algunas de las obligaciones a su cargo bajo el presente contrato. Las Cláusulas Penales de Apremio no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios.

Ahora bien, el impugnante insiste en que el incumplimiento no debe ser declarado por un tribunal de arbitramento, sino que basta con su sola afirmación para hacer efectiva la cláusula penal de apremio, porque, según su entendimiento, así lo estipularon en el contrato BOOMT, específicamente en el inciso cuarto de la cláusula 3.03 del anexo 1.02(4), aparte que dispone que *“en caso de incumplimiento de la obligación de pago de EPM en los plazos y términos referidos en la presente cláusula, el importe de la obligación de pago garantizada incumplida podrá ser cobrada ejecutivamente por Hidroituango”*.

De acuerdo con lo anterior ha de entender la Sala que para la parte ejecutante existe confusión entre el incumplimiento contractual que da lugar al cobro de la cláusula penal de apremio y el incumplimiento en el pago de esta cláusula cuando se ha tornado exigible.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el aparte que el demandante trata específicamente del *“incumplimiento de la obligación de pago”*, obligación que nace una vez se ha reconocido el incumplimiento contractual por las partes de común acuerdo o ha sido declarado por un tribunal de arbitramento, criterio de exigibilidad del que carece el título ejecutivo complejo presentado en este proceso.

La anterior conclusión no riñe con lo estipulado en la cláusula 4.02 del contrato que dispone que *“la obligación de pagar las cláusulas penales de apremio por incumplimiento de Hitos que deban cumplirse dentro de la etapa de construcción, solo surgirá si el representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento”*.

Cláusula que fue cumplida a cabalidad, si se tiene en cuenta que de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, la parte ejecutante dio inicio al trámite contemplado en la cláusula 9.02 del contrato, después de la fecha en que EPM debía dar cumplimiento al Hito 9, esto es 28 de agosto de 2019. Es así, como Hidroituango el 3 de septiembre de ese mismo año (fl. 83 c. 1), citó a EPM para que en forma conjunta declararan la obligación incumplida o la disputa; de haberse logrado lo primero, la ejecutante podía continuar con el trámite tendiente al pago

de la cláusula penal de apremio, pero como lo que se declaró fue la disputa la misma debe ser dirimida por el juez que las partes acordaron en la cláusula 8.02¹⁸.

Lo anterior va en contravía de lo que alega la parte ejecutante en el recurso, en relación a que la obligación contenida en la cláusula penal de apremio resulta exigible solo con su afirmación sobre el incumplimiento, dado que si esa era su consideración, no resulta lógico que hubiera citado a EPM con el fin de que, de manera conjunta, declararan la obligación incumplida, en tanto que, según su dicho, podía acudir directamente a la administración judicial para hacer efectivo el título ejecutivo.

Es importante resaltar que el artículo 422 del CGP en forma clara dispone que para que el título ejecutivo tenga la capacidad de forzar el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, resulta necesario que provenga del deudor o de su causante o que cuando no esté autorizado o suscrito por él (el título ejecutivo), en todo caso constituya plena prueba en su contra.

El anterior requisito es el que se echa de menos en el presente caso porque, se repite, en el presente asunto, aún, no hay prueba sobre el incumplimiento contractual por parte de EPM, porque las partes no lo reconocieron de común acuerdo como lo exige la cláusula 9.02, caso en el que se estaría en el primero de los escenarios, esto es proviene del deudor, ni ha sido declarado por el juez que las partes acordaron en la cláusula 8.02, esto es, un tribunal de arbitramento, decisión que constituiría plena prueba en contra del deudor.

Si la Sala acompañara el planteamiento presentado por la parte ejecutada se estaría concluyendo que dicha obligación de pago no debe provenir del deudor sino del acreedor, como lo pretende Hidroituango.

Ahora bien, según afirmación hecha por el apelante de acuerdo con lo acordado en la cláusula 9.01 del anexo 1.02 del contrato la parte ejecutada renunció a que fuera declarado el incumplimiento para que pudiera hacer efectivo el título de garantía. La cláusula enunciada dispone:

9.01 Renuncias de EPM: EPM renuncia expresa, incondicional e irrevocablemente a:

¹⁸ Cláusula 8.02 "Tribunal de arbitramento. Toda disputa legal, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones que surjan de este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento".

(i) La reconvención, diligencia, notificación de aceptación y a cualquier otra notificación, distintas a la notificación de pago y de la notificación de reclamo, que pudiera resultar necesaria con el fin de hacer exigibles las obligaciones de EPM bajo este título, así como a cualquier otra exigencia de que Hidroituango o cualquier otra persona lleve a cabo o cumpla con cualquier derecho o acción en contra de EPM.

(ii). Excusar el cumplimiento de sus obligaciones en su dolo, mala fe o culpa.

EPM no podrá exigir para la efectividad del título el cumplimiento de requisitos o condicionamientos diferentes a los establecidos en este título, en las disposiciones solicitando o alegando la existencia de otros títulos o la posibilidad de Hidroituango de recurrir a cualquier otro título existente o de iniciar acciones contractuales o legales en cualquier tiempo en su favor pero sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 9.01(ii) de este título.

Sujeto al cumplimiento por parte de Hidroituango de la obligación establecida en la cláusula 6.09(xx) del contrato, EPM renuncia a objetar o cuestionar el valor liquidado por concepto de cláusula penal de apremio e intereses de mora causados y por concepto de la remuneración en los casos en que la liquidación se haya efectuado de acuerdo con los procedimientos para la imposición de cláusulas penales de apremio previstos en el contrato o con la fórmula prevista para la liquidación de la remuneración, según sea el caso.

De la lectura de la estipulación acordada por las partes del contrato BOOMT no puede arribarse a la conclusión reclamada por el ejecutante, dado que tal como se viene explicando las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas de manera armónica y no fraccionada como lo pretende el apelante, además dicho contenido contractual no cambia el hecho de que los documentos aportados como título ejecutivo carecen de exigibilidad, dado que en el presente asunto, aún, no hay prueba sobre el incumplimiento contractual por parte de EPM, porque las partes no lo reconocieron de común acuerdo como lo exige la cláusula 9.02. De aceptar el planteamiento de Hidroituango se estaría actuando en contravía de la disposición contenida en el artículo 422 del CGP para entender que el título ejecutivo resulta exigible con la sola afirmación del ejecutante sobre el incumplimiento.

En conclusión, la cláusula penal de apremio puede hacerse efectiva en el momento en que las partes de común acuerdo reconozcan una obligación incumplida y si no lo hacen y declaran la disputa, deberán acudir a un tribunal de arbitramento para que esta sea dirimida y en caso que el juez declare la obligación incumplida, se hará efectiva la cláusula penal de apremio. Si por alguna circunstancia EPM no cumple con el pago de la misma, en ese caso sí sería procedente aplicar el inciso cuarto de la cláusula 3.03 del anexo 1.02(4), esto es,

que Hidroituango declare el incumplimiento de pago de la obligación e inicie el proceso ejecutivo.

En ese orden de ideas, la decisión apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia fue acertada, por lo que se impone su confirmación.

Por lo anterior, se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 12 de noviembre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual se denegó el mandamiento de pago solicitado.

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

TERCERO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO