



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D.C., 19 de diciembre de 2016

Proceso número: 110010326000201400063 (51113)
Convocante: Compañía de Electricidad del Cauca S.A.
E.S.P
Convocado: Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.
CEDELCA
Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA, en su calidad de parte convocada, en contra del laudo del 04 de abril de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P, en calidad de convocante, con ocasión del contrato de Gestión del 07 de octubre de 2008, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones:

Primero: Negar las tachas de sospecha formuladas por CEDELCA en contra de los testigos Ricardo Sánchez Alba y Nixon Forero, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Negar las tachas de sospecha formuladas por CEC en contra de los testigos Eva MARÍA URIBE, Ricardo Rodríguez Yee, Angela Patricia Rojas, Diego Muñoz y Alex Ortiz, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Negar la tacha de falsedad formulada por CEC en contra de la testigo Angela Patricia Muñoz, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: No acceder a la solicitud formulada por CEC de compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura con ocasión del testimonio rendido en el trámite arbitral por el señor Diego Muñoz, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Negar la objeción parcial por error grave formulada por CEDELCA en contra del dictamen pericial contable y financiero rendido por la doctora

Nancy Mantilla Valdivieso, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Negar la objeción parcial por error grave formulada por CEC en contra del dictamen pericial técnico rendido por el doctor Eduardo Afanador, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo: No acceder a la solicitud formulada por CEC en el sentido de imponer a la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. (CEO), la sanción a que se refiere el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Octavo: Declarar probadas las excepciones de mérito 3.3, 3.4, 3.6, 3.7, 3.9, 3.12, 3.13, 3.14, 3.15, 3.16, 3.17, 3.18, 3.19, 3.20, 3.21, 3.22, 3.23, 3.25, 3.26, 3.27, 3.28, 3.31, 3.33, 3.34, 3.35, 3.36 y 3.37 formuladas por CEC en su escrito de contestación de la demanda de reconvención, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Noveno: Declarar no probadas las demás excepciones de mérito formuladas por CEC en su escrito de contestación de la demanda de reconvención, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo: Declarar que el Tribunal no tiene competencia para conocer y decidir sobre la pretensión primera principal y la pretensión primera subsidiaria formuladas por CEC en la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo primero: Declarar que CEDELCA incumplió el Contrato de Gestión al declarar la terminación anticipada del contrato del Contrato de Gestión en la forma en que lo hizo, causándole perjuicios a CEC que deben ser indemnizados, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

Décimo segundo: Declarar que CEDELCA no estaba facultada para declarar de forma unilateral la terminación anticipada del Contrato de Gestión, en la forma en que lo hizo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

Décimo Tercero: Declarar que CEDELCA incumplió las obligaciones a que se refieren los numerales (i), (ii), (iii), (iv), (v) y (vi) de la pretensión cuarta principal formulada en la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo cuarto: Declarar que CEDELCA incumplió las obligaciones a que se refieren los numerales (i), (iv), (v), (vi), (vii), (xiii) y (iv) (sic) de la pretensión quinta principal formulada en la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo quinto: Declarar que el Contrato de Gestión terminó anticipadamente y sin justa causa, el nueve (9) de septiembre de 2009, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo sexto: Declarar que CEDELCA le causó daño antijurídico a CEC, el cual debe ser indemnizado, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Séptimo: Declarar que CEC tiene derecho a que CEDELCA le reconozca y pague la suma establecida en la cláusula 13, numeral 2.2 del Contrato de Gestión, por concepto de Cláusula Penal, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Octavo: Como consecuencia de lo anterior, condenar a CEDELCA a pagar a favor de CEC la suma actualizada de Cuarenta y Cinco Mil Trescientos Cuarentaiun Millones Ciento Veinticuatro Mil Doscientos Noventa y Cinco Pesos (\$45.341'124.295), a título de cláusula penal, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Noveno: Declarar que CEC tiene derecho a que CEDELCA le reconozca y pague las inversiones realizadas en virtud de la ejecución del Contrato de Gestión, en los términos de la cláusula 20.5 del Contrato de Gestión, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo: Como consecuencia de lo anterior, condenar a CEDELCA a pagar a favor de CEC la suma actualizada de Cinco Mil Quinientos Veintitrés Millones Quinientos Setenta Mil Cincuenta y Cinco Pesos M/L (\$5.523'570.055), a título de reconocimiento de inversiones conforme a lo estipulado en la cláusula 20.5 del Contrato de Gestión, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Primero: Negar las demás pretensiones principales y subsidiarias formuladas por CEC en la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Segundo: Declarar probadas las siguientes excepciones de mérito formuladas por CEDELCA en sus escritos de contestación de la demanda arbitral y de la demanda arbitral reformada: "Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes", "Obligaciones a plazo y mora" e "inaplicabilidad del principio de equilibrio económico en los contratos de servicios públicos domiciliarios", en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Tercero: Declarar no probadas las demás excepciones de mérito formuladas por CEDELCA EN SUS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL y de la demanda ARBITRAL REFORMADA, EN LOS ESTRCITOS TERMINOS y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Cuarto: Negar en su totalidad las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por CEDELCA en la demanda de reconvención, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Quinto: No condenar en costas por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vigésimo Sexto: En firme este laudo, protocolícese por la Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998 (norma vigente al momento de iniciar el presente trámite arbitral), con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente. Si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

Vigésimo Séptimo: Expedir primera copia del presente Laudo Arbitral para hacer entrega de la misma a la parte convocante. Así mismo, expedir copias auténticas del presente Laudo Arbitral a la parte convocada y a la Señora Agente del Ministerio Público –artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.-.

Vigésimo Octavo: Informar a los Juzgados 1ro, 2do, 3ro y 6to Civil del Circuito de Popayán, 1ro, 5to y 6to Civil Municipal de Popayán, a la Secretaría de Hacienda de Popayán, a SOINCO Proyectos Ltda y al Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A, de las decisiones adoptadas en el presente Laudo, para los efectos pertinentes.

ANTECEDENTES

1. El contrato

El 07 de octubre de 2008, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. y Centrales Eléctricas del Cauca S.A.E.S.P celebraron el contrato de gestión, sin número, cuyo objeto, conforme a la cláusula tercera, fue dispuesto de la siguiente manera:

El objeto del presente contrato consiste en que el Gestor por su cuenta y riesgo asuma la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.

Así mismo, para el desarrollo del objeto del presente Contrato, la Empresa hará la entrega de los activos y del uso y goce de la infraestructura de los servicios de distribución y comercialización de al Gestor, a título de

arrendamiento, con el fin de que dicho Gestor pueda cumplir con el objeto del presente Contrato.

En desarrollo del objeto de este Contrato, el Gestor deberá por su cuenta y riesgo (i) realizar todas las acciones necesarias para el desarrollo del Objeto del Contrato; (ii) realizar las inversiones necesarias para el efecto, cumpliendo con los compromisos exigidos tanto en los Pliegos de Condiciones como en el presente contrato y su oferta económica; (iii) adelantar todas las gestiones relacionadas con las labores comerciales, las cuales incluyen, sin perjuicio de otras que sean necesarias, la lectura de los contadores, la crítica, entrega y cobro del servicio, el recaudo y en general, todas aquellas actividades comerciales necesarias para prestar una atención integral a los Usuarios y (iv) todas las demás tareas requeridas para brindar una adecuada, oportuna y satisfactoria atención al usuario, siempre de acuerdo con la normativa regulatoria y legal; (v) en general, realizar toda la gestión administrativa, operativa, técnica y demás actuaciones necesarias para garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.

Parágrafo: En todo caso y circunstancia, los inmuebles, mejoras sobre inmuebles, software, bases de datos, licencias, autorizaciones de uso, manuales, garantías, muebles, herramientas, enseres, obras, equipos, derechos y cualquier otro activo que pertenezca al Gestor y que hubiese sido adquirido a cualquier título por el Gestor para la ejecución del presente Contrato, serán entregados a Cedelca y pasarán a ser de su propiedad en la fecha de terminación del Contrato, terminación que se origine por cualquier causa, lo cual se hará sin contraprestación alguna por parte de la Empresa.

En todo caso, la infraestructura y los activos del Gestor son propiedad de CEDELCA por el hecho mismo de la terminación del Contrato.

En el evento de terminación del Contrato por cualquier motivo o causa, la devolución y entrega de la infraestructura y de los Activos Gestor (sic) se deberá hacer en la misma fecha y en el lugar donde se produzca la terminación del Contrato, todo ello previo a la liquidación del contrato, o a las indemnizaciones/compensaciones previstas en el Contrato cuando sean pertinentes, o cuando se deriven de la cláusula penal, o cuando sean resultado de cualquier discusión sobre saldos o contraprestación alguna entre las partes y que sean derivadas de la terminación del Contrato.

2. El pacto arbitral

Las partes contratantes, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. y Centrales Eléctricas del cauca S.A.E.S.P, acordaron pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria, de conformidad con la cláusula vigésimo tercera del citado contrato de gestión en los siguientes términos:

Cláusula 23.- Cláusula compromisoria. Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este contrato o al momento de su terminación, distintas a aquellas que se resuelvan de

acuerdo con la cláusula anterior, salvo lo allí expresamente pactado, y no se pueda resolver directa o amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento designado por la cámara de comercio de Bogotá D.C. La selección de los árbitros se hará de mutuo acuerdo de las partes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación escrita del desacuerdo de una de las Partes a la otra. Las partes escogerán entre los árbitros inscritos en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. En caso de no acuerdo se hará mediante sorteo de la misma lista, el cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a l no acuerdo de las partes. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, las demás normas concordantes con éstas y aquellas que las modifiquen o reemplacen, de acuerdo con las siguientes reglas:

23.1. En caso de terminación del contrato por cualquier causa o circunstancia, para conformar el Tribunal se requiere que previamente el Gestor haga entrega y devolución de los activos de Gestor y de la infraestructura de CEDELCA.

23.2. La organización interna del tribunal se sujetará a lo dispuesto para tal efecto por el centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C

23.3. El tribunal decidirá en derecho y su fallo será final y obligatorio para las partes.

23.4. El tribunal funcionará en Bogotá, D.C. en el centro de Arbitraje y conciliación Mercantil de la cámara de Comercio de Bogotá, D.C.

23.5. Los gastos, costos y honorarios que se causen con ocasión del arbitramento, serán de cuenta de la Parte que resulte vencida.

Mediante escrito sin fecha, los apoderados de las partes, debidamente facultados para el efecto, modificaron la cláusula compromisoria, incluyendo en ella los siguientes tres párrafos transitorios (folios 99 y 100 cuaderno principal No. 1):

PARÁGRAFO TRANSITORIO PRIMERO: CEC y CEDELCA acuerdan que los árbitros que conocerán de la demanda arbitral que presentará CEC contra CEDELCA en relación con las controversias derivadas de la ejecución, terminación y liquidación del contrato de gestión suscrito el 7 de octubre de 2008 serán designados así:

Las partes designarán de común acuerdo a dos de los árbitros que han de integrar el tribunal. Las partes acuerdan que el tercer árbitro será designado conjuntamente por los dos árbitros previamente escogidos por las partes, con base en una lista de cuatro nombres que las partes, de común acuerdo, presentarán a los dos árbitros, para efectos de que estos procedan a designar el tercero.

Los suplentes serán numéricos. El primer suplente será el árbitro que siga al árbitro principal escogido en el orden de la lista de 4 nombres presentada por las partes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO SEGUNDO: CEC y CEDELCA han acordado los nombres de los doctores PATRICIA MIER BARROS y RODRIGO NOGUERA CALDERÓN para integrar el tribunal que habrá de resolver las (sic) controversias derivadas de la ejecución, terminación y liquidación del contrato de gestión suscrito entre CEC y CEDELCA, quienes, por acuerdo entre las partes, quedan designados para escoger el tercer árbitro, con base en una lista de cuatro nombres previamente acordada entre las partes.

PARAGRAFO TRANSITORIO TERCERO: Los honorarios totales para cada uno de los árbitros en el Tribunal de Arbitramento que conocerá de la demanda arbitral que presentará CEC contra CEDELCA en relación con las controversias derivadas de la ejecución, terminación y liquidación del contrato de gestión suscrito el 7 de octubre de 2008, tienen un tope de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000), y para el secretario de DOSCIENTOS CIENCIENTA (sic) MILLONES DE PESOS (\$250.000.000).

3. La demanda arbitral

El día 2 de marzo de 2010, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P – CEC- presentó, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias surgidas entre ella y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA con ocasión del contrato de gestión suscrito entre las partes el día 07 de octubre de 2008.

El día 13 de septiembre de 2010 la parte convocante presentó demanda arbitral, la cual fue reformada.

En ella, formuló las siguientes pretensiones:

A. DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta de la decisión de CEDELCA de dar por terminado el Contrato de Gestión en forma anticipada por objeto y/o causa ilícita, por violación al derecho fundamental al debido proceso, y se ordene la indemnización de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a CEC.

SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad absoluta de la decisión de CEDELCA de dar por terminado el Contrato de

Gestión de forma anticipada por objeto y/o causa ilícita, por violación del derecho fundamental al debido proceso, y se ordene las restituciones y/o indemnizaciones a que haya lugar.

SEGUNDA: Que se declare que CEDELCA incumplió el contrato de Gestión al declarar la terminación anticipada del Contrato de Gestión en la forma en que lo hizo, causándole perjuicios a CEC que deben ser indemnizados.

TERCERA: Que se declare que CEDELCA no estaba facultada o no podía declarar de forma unilateral la terminación anticipada del contrato de Gestión, en la forma en que lo hizo.

SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el Contrato de Gestión fue terminado indebidamente y sin justa causa por parte de CEDELCA.

CUARTA: Que se declare que CEDELCA incumplió sus obligaciones contractuales, es especial, las siguientes:

La obligación constitucional de respetar, aplicar y garantizar el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa de CEC.

La obligación de actuar de buena fe en la ejecución del contrato de gestión.

La obligación de colaboración con CEC en función de la ejecución del Contrato de Gestión.

La obligación de suministrar adecuada y correcta información a CEC.

La obligación de aplicar y respetar el principio de proporcionalidad.

La obligación de realizar sus mejores esfuerzos en función del logro del objeto contractual.

Las obligaciones a su cargo de conformidad con lo establecido en el Contrato de Gestión, en especial por haber incurrido en las siguientes conductas:

Haber violado el debido proceso y el derecho de defensa de CEC.

No haberle permitido a CEC conocer y pronunciarse sobre el informe elaborado por Consulting International Business Association, con lo cual se le impidió y obstaculizó su derecho fundamental a la defensa y al debido proceso.

No haber cedido de forma oportuna a CEC el contrato de Fiducia-Subsidios.

Haber declarado de forma unilateral, anticipada y sin justa causa la terminación del Contrato de Gestión.

Haber obstaculizado el cumplimiento de las obligaciones de CE, desconociendo el deber de colaboración contractual.

No haber realizado sus mejores esfuerzos para colaborarle a CEC, en desarrollo del principio de buena fe contractual.

Haber desconocido el principio de proporcionalidad

Haber retomado de forma arbitraria la operación e infraestructura del servicio público de energía eléctrica, impidiéndole a CEC continuar ejecutando el contrato de Gestión.

Haber conservado información y activos que le pertenecen a CEC y a terceros, que aún no ha devuelto.

No haberle entregado a CEC la información solicitada por esta.

No haberle pagado a CEC los valores adeudados a esta por concepto de, entre otros: "Subsidios y Contribuciones", "Cartera de Comercialización", "Ingresos facturados y cobrado por CEDELCA que le perteneces a CEC",

“Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar”, “Anticipos convenios de energía” (o “Prepagos contratos bilaterales de energía”).

"Depósitos entregados para servicios", "Cruce de cuentas con agentes del mercado por cargos de distribución", "Inventarios", "Gastos pagados por anticipado", la remuneración por la utilización de líneas Principal - Río Mayo y Zaque- Catambuco por parte de terceros, y la "remuneración por uso de la infraestructura eléctrica para la prestación de otros servicios", y cualquier otro valor que resulte probado en el presente proceso.

No haberle reconocido y pagado a CEC los valores adeudados a ésta como consecuencia de la terminación anticipada y sin justa causa del Contrato de Gestión. Haberle causado un daño antijurídico a CEC.

No haberle dado cabal cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales. Haber abusado de su posición dominante en el contrato.

SEXTA: Que se declare que con ocasión de la forma ilegal y arbitraria en que CEDELCA terminó el Contrato de Gestión y retomó la operación, se le impidió a CEC mantener los activos e información de su propiedad, causándole perjuicios que deben ser indemnizados.

SÉPTIMA: Que se declare que el Contrato de Gestión suscrito entre CEDELCA y CEC terminó anticipadamente, sin justa causa y por razones atribuibles a CEDELCA, el 4 de octubre de 2009.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se declare que el Contrato de Gestión suscrito entre CEDELCA y CEC terminó anticipadamente, sin justa causa y por razones atribuibles a CEDELCA el 9 de septiembre de 2009.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA SEPTIMA PRINCIPAL: Que se declare que el Contrato de Gestión suscrito entre CEDELCA y CEC terminó anticipadamente, sin justa causa y por razones atribuibles a CEDELCA en la fecha que el Tribunal determine.

OCTAVA: Que se declare que CEDELCA le causó un daño antijurídico a CEC, el cual debe ser indemnizado integralmente por parte de CEDELCA.

NOVENA: Que se declare que con ocasión de los incumplimientos en que incurrió CEDELCA se quebrantó el equilibrio económico del Contrato de Gestión en perjuicio de CEC, el cual debe ser restablecido de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

DÉCIMA: Que se declare que CEC tiene derecho a que CEDELCA le reconozca y pague la suma establecida en la Cláusula 13, numeral 2.2 del Contrato de Gestión, por concepto de Cláusula Penal en caso de terminación anticipada del Contrato de Gestión por razones atribuibles a CEDELCA y sin justa causa, así como todos los demás perjuicios que se prueben en el presente proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA debe indemnizar integralmente a CEC la totalidad de los perjuicios causados a ésta por la terminación anticipada y sin justa causa del Contrato de Gestión, tanto por daño emergente como por lucro cesante de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA debe pagarle a CEC los valores a que haya lugar para efectos de que se le compense a CEC el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida en que incurrió, el costo de oportunidad y la utilidad a la que tiene derecho.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que CEC tiene derecho a que CEDELCA le reconozca y pague las inversiones realizadas en virtud de la ejecución del Contrato de Gestión, en los términos de la Cláusula 20.5 del Contrato de Gestión o conforme a lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que CEC tiene derecho a que CEDELCA le reconozca y le pague la totalidad de las inversiones realizadas en virtud de la ejecución del Contrato de Gestión, conforme a lo que se pruebe en el proceso, así como la rentabilidad dejada de percibir.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se declare que CEC tiene derecho a que se le indemnicen integralmente los perjuicios que por daño emergente y lucro cesante se le han causado como consecuencia del incumplimiento de CEDELCA de sus obligaciones derivadas del Contrato de Gestión durante la ejecución del mismo.

DÉCIMA TERCERA: Que se declare que CEC tiene derecho a que se le indemnicen integralmente los perjuicios que por daño emergente y lucro cesante se le han causado como consecuencia de la demora de CEDELCA en la cesión de la Fiducia de Subsidios, incluido el costo de oportunidad.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que CEDELCA está obligada a reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Cartera de Comercialización", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) la Cartera por facturación del servicio de energía comprada por CEC a CEDELCA, cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación en octubre 4 de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso; y (ii) la Cartera por facturación del servicio de energía prestado por CEC y cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA está obligada a: (i) Reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Cartera de Comercialización", junto con sus correspondientes intereses de mora, tanto la Cartera por facturación del servicio de energía que no pudo recaudar CEC y que fue posteriormente recaudada por CEDELCA o el nuevo gestor correspondiente al periodo en que operó CEC, como la Cartera recaudada por CEDELCA o el nuevo operador correspondiente a la Cartera comprada por CEC al inicio del Contrato; y (ii) Cederle a CEC los créditos correspondientes a la Cartera aun no recaudada y que CEC no pudo recaudar con ocasión de la terminación anticipada del Contrato junto con los correspondientes intereses de mora (tanto la Cartera por facturación del servicio de energía que no pudo recaudar CEC correspondiente al periodo en que operó CEC, como la Cartera comprada por CEC al inicio del Contrato).

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA está obligada a reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Cartera de Comercialización", todas las sumas que CEDELCA o el nuevo gestor haya recaudado y recaude en el futuro, junto con sus correspondientes intereses de mora, por concepto de: (i) la Cartera por facturación del servicio de energía comprada por CEC a CEDELCA, cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación en octubre 4 de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso; y (ii) la Cartera por facturación del servicio de energía prestado por CEC y cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

DÉCIMA QUINTA: Que se declare que CEDELCA está obligada a reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC, cuya facturación y recaudo no pudieron ser realizados por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA está obligada a: (i) Reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", junto con sus correspondientes intereses de mora, las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que no pudo recaudar CEC y que fue posteriormente recaudada por CEDELCA o el nuevo gestor; y (ii) Cederle a CEC los créditos correspondientes a las sumas facturadas por CEDELCA por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que CEC no pudo recaudar con ocasión de la terminación anticipada del Contrato, junto con sus correspondientes intereses de mora.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA está obligada a reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", todas las sumas que CEDELCA o el nuevo gestor haya recaudado y recaude en el futuro por concepto de las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que no pudo recaudar CEC, junto con sus correspondientes intereses de mora.

DÉCIMA SEXTA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Anticipos Convenio de Energía" (o "Prepagos contratos bilaterales de energía"), los valores que conforme a lo que se pruebe en este proceso, correspondan a los prepagos de energía realizados por CEC de los contratos de suministro de energía, por consumos posteriores a septiembre 30 de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se declare que CEDELCA está obligada a devolverle y pagarle a CEC por concepto de "Depósitos entregados para servicios", el valor pagado por CEC a CEDELCA en cumplimiento de la Cláusula 9.1 del Contrato de Gestión como contraprestación por los últimos tres meses del Contrato de Gestión, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

DÉCIMA OCTAVA: Que se declare que CEDELCA está obligada a reconocerle y pagarle a CEC, las sumas adeudadas por la primera a esta última por concepto de "Cruce de cuentas con agentes del mercado por cargos de distribución", conforme a lo que se pruebe en el presente proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

DÉCIMA NOVENA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Inventarios", el valor de los activos de propiedad de CEC que se encuentran en poder de CEDELCA, por razón de la toma de posesión de los mismos a través de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Inventarios", el valor de los activos de propiedad de CEC que no

corresponden a los "Activos del Gestor de "Infraestructura", de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 1: "Definiciones" del Contrato de Gestión, que se encuentran en poder de CEDELCA por razón de la toma de posesión de los mismos a través de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA debe devolverle a CEC, los "Inventarios y/ o activos de propiedad de CEC registrados en la contabilidad de CEC a la fecha de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

VIGÉSIMA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, el valor correspondiente a las erogaciones realizadas por CEC por concepto de "Gastos pagados por anticipado", conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, el valor correspondiente a la conciliación de las cuentas de los recursos FOES, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, el valor correspondiente al cruce de cuentas de los recursos de la Ley 178 de 30 de diciembre de 1959, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

VIGÉSIMA TERCERA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) la remuneración por la utilización por parte de terceros de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque- Catambucó, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, y (ii) la remuneración por uso por parte de terceros de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que:

CEDELCA debe realizar las gestiones necesarias para: (i) que los terceros paguen la remuneración por la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica por parte de terceros, incluida la remuneración por el uso de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque- Catambucó, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 a septiembre de 2009; (ii) los terceros paguen la remuneración por uso de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009; y

CEDELCA debe pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) las sumas que CEDELCA o quien opere o gestione la infraestructura de CEDELCA, haya recibido y reciba en un futuro de terceros correspondientes a la remuneración por la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica por parte de terceros, incluida la remuneración por el uso de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque- Catambucó, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 a septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso; y (ii) las

sumas que CEDELCA o quien opere o gestione la infraestructura de CEDELCA, haya recibido y reciba en un futuro de terceros por concepto de la utilización de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

VIGÉSIMA CUARTA: Que se declare que las sumas que CEDELCA (o quien opere o gestione la infraestructura de ésta) haya recibido o reciba de terceros por concepto de la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica en el departamento del Cauca para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, le pertenecen a CEC, y por lo tanto CEDELCA debe pagar estas sumas a CEC.

VIGÉSIMA QUINTA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, los valores registrados a favor de esta última en la contabilidad y estados financieros de CEC, conforme a lo que pruebe en el proceso, y realizadas las compensaciones a que haya lugar.

VIGÉSIMA SEXTA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC todos los perjuicios que se le han causado, tanto por daño emergente como por lucro cesante, como consecuencia de haber tenido que mantener vigentes con posterioridad a la terminación arbitraria del Contrato, las contragarantías (stand by por valor de USD\$15.000.000) que respaldan la garantía de cumplimiento del Contrato de Gestión, que fue afectada de manera arbitraria por CEDELCA mediante reclamo a COLPATRIA, así como los costos derivados de haber tenido que mantener vigentes tales contragarantías, junto con el correspondiente costo de oportunidad.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC las sumas que CEC adeuda a proveedores, contratistas y/o empleados en desarrollo del Contrato de Gestión, así como las sumas en que esta haya incurrido por concepto de gastos por medidas cautelares y gastos procesales derivados de los procesos judiciales que cursan en contra de CEC, así como cualquier sobrecosto financiero en que haya incurrido.

B. CONDENATORIAS

VIGÉSIMA OCTAVA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC la indemnización de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a CEC con ocasión de la nulidad absoluta de la decisión de CEDELCA de dar por terminado el Contrato de Gestión de forma anticipada por objeto y/o causa ilícita, por violación del derecho fundamental al debido proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA OCTAVA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC las restituciones y/o indemnizaciones a que haya lugar con ocasión de la nulidad absoluta de la decisión de CEDELCA de dar por terminado el Contrato de Gestión de forma anticipada por objeto y/o causa ilícita, por violación del derecho fundamental al debido proceso.

VIGÉSIMA NOVENA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC los perjuicios causados a esta última derivados del incumplimiento de CEDELCA al declarar la terminación anticipada del Contrato de Gestión en la forma en que lo hizo.

TRIGÉSIMA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC los perjuicios causados a esta última con ocasión de la forma ilegal y arbitraria en que CEDELCA terminó el Contrato de Gestión y retomó la operación.

TRIGÉSIMA PRIMERA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC los valores que conforme a lo que se pruebe en el proceso haya lugar para que se restablezca el equilibrio económico del contrato.

TRIGÉSIMA SEGUNDA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la indemnización integral del daño antijurídico causado a esta última, incluyendo el reconocimiento de los perjuicios de toda índole causados a CEC tanto por daño emergente como por lucro cesante, así como el costo de oportunidad.

TRIGÉSIMA TERCERA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la Cláusula Penal prevista en el numeral 2.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Gestión, teniendo en cuenta el costo de oportunidad del inversionista, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso y a indemnizar cualquier otro perjuicio que resulte probado en el presente proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la indemnización integral de los perjuicios causados a esta última por la terminación anticipada y sin justa causa del Contrato de Gestión, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluido el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC los valores a que haya lugar para efectos de que se le compense a CEC el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida en que incurrió, el costo de oportunidad y la utilidad a la que tiene derecho, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

TRIGÉSIMA CUARTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC las sumas correspondientes al reconocimiento de las inversiones realizadas por CEC en virtud de la ejecución del Contrato de Gestión, en los términos de la Cláusula 20.5 del Contrato de Gestión, teniendo en cuenta el costo de oportunidad del inversionista, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA CUARTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC, las sumas correspondientes al reconocimiento de la totalidad de las inversiones realizadas por CEC en virtud de la ejecución del Contrato de Gestión, incluida la indemnización del lucro cesante, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

TRIGÉSIMA QUINTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la indemnización integral de los perjuicios causados a esta última como consecuencia de la demora en la cesión de la Fiducia de Subsidios, incluido el daño emergente y el lucro cesante.

TRIGÉSIMA SEXTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la indemnización integral de los perjuicios que por daño emergente y lucro cesante se le han causado a CEC como consecuencia del incumplimiento de CEDELCA de sus obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato de Gestión, incluido el costo de oportunidad, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Cartera de Comercialización": (i) la Cartera por facturación del servicio de energía comprada por CEC a CEDELCA, cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso,

junto con los correspondientes intereses de mora; y (ii) la Cartera por facturación del servicio de energía prestado por CEC y cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso, junto con los correspondientes intereses de mora.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a: (i) Reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Cartera de Comercialización", junto con sus correspondientes intereses de mora, tanto la Cartera por facturación del servicio de energía que no pudo recaudar CEC y que fue posteriormente recaudada por CEDELCA o el nuevo gestor correspondiente al periodo en que operó CEC, como la Cartera recaudada por CEDELCA o el nuevo operador correspondiente a la Cartera comprada por CEC al inicio del Contrato; y (ii) Cederle a CEC los créditos correspondientes a la Cartera aun no recaudada y que CEC no pudo recaudar con ocasión de la terminación anticipada del Contrato junto con los correspondientes intereses de mora (tanto la Cartera por facturación del servicio de energía que no pudo recaudar CEC correspondiente al periodo en que operó CEC, como la Cartera comprada por CEC al inicio del Contrato).

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Cartera de Comercialización" todas las sumas que CEDELCA o el nuevo gestor haya recaudado y recaude en el futuro, junto con sus correspondientes intereses de mora, por concepto de: (i) la Cartera por facturación del servicio de energía comprada por CEC a CEDELCA, cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación en octubre 4 de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso; y (ii) la Cartera por facturación del servicio de energía prestado por CEC y cuyo recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

TRIGÉSIMA OCTAVA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía prestado a usuarios regulados y no regulados y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC, cuya facturación y recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA retomó la operación el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a: (i) Reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", junto con sus correspondientes intereses de mora, las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que no pudo recaudar CEC y que fue posteriormente recaudada por CEDELCA o el nuevo gestor; y (ii) Cederle a CEC los créditos correspondientes a las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que CEC no pudo recaudar con ocasión de la terminación anticipada del Contrato, junto con sus correspondientes intereses de mora.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", junto con sus correspondientes intereses de mora, todas las sumas que CEDELCA o el nuevo gestor haya recaudado y recaude en el futuro por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC

que no pudo recaudar y facturar CEC, junto con sus correspondientes intereses de mora.

TRIGÉSIMA NOVENA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Anticipos Convenio de Energía" (o "Prepagos contratos bilaterales de energía"), los valores que conforme a lo que se pruebe en este proceso correspondan a los prepagos de energía realizados por CEC de los contratos de suministro de energía, por consumos posteriores a septiembre 30 de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora.

CUADRAGÉSIMA: Que se condene a CEDELCA a devolverle y pagarle a CEC por concepto de "Depósitos entregados para servicios", el valor pagado por CEC a CEDELCA en cumplimiento de la Cláusula 9.1 del Contrato de Gestión como contraprestación por los últimos tres meses del Contrato de Gestión, junto con sus correspondientes intereses de mora, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC, las sumas adeudadas por la primera a esta última por concepto de "Cruce de cuentas con agentes del mercado por cargos de distribución", junto con sus correspondientes intereses de mora, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA: Que se condene a CEDELCA a reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de "Inventarios", el valor de los activos de propiedad de CEC que se encuentran en poder de CEDELCA, por razón de la toma de posesión de los mismos a través de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Inventarios", el valor de los activos de propiedad de CEC que no corresponden a los "Activos del Gestor" e "Infraestructura", de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 1: "Definiciones" del Contrato de Gestión, que se encuentran en poder de CEDELCA por razón de la toma de posesión de los mismos a través de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a devolverle a CEC, los "Inventarios" de propiedad de CEC registrados en la contabilidad de CEC a la fecha de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

CUADRAGÉSIMA TERCERA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, el valor correspondiente a las erogaciones realizadas por CEC por concepto de "Gastos pagados por anticipado", junto con sus correspondientes intereses de mora, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

CUADRAGÉSIMA CUARTA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, el valor correspondiente a la conciliación de las cuentas de los recursos FOES, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

CUADRAGÉSIMA QUINTA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, el valor correspondiente al cruce de cuentas de los recursos de la Ley 178, conforme a lo que se pruebe en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

CUADRAGÉSIMA SEXTA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) la remuneración por la utilización por parte de terceros de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque-Catambucó, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, y (ii) la remuneración por uso por parte de terceros de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a:

Realizar las gestiones necesarias para que: (i) los terceros paguen la remuneración por la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica por parte de terceros, incluida la remuneración por el uso de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque-Catambuco, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 a septiembre de 2009; (ii) los terceros paguen la remuneración por uso de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009; y

A pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) las sumas que CEDELCA o quien opere o gestione la infraestructura de CEDELCA, haya recibido y reciba en un futuro de terceros correspondientes a la remuneración por la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica por parte de terceros, incluida la remuneración por el uso de las líneas Principal - Río Mayo y Zaque-Catambucó, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 a septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso; y (ii) las sumas que CEDELCA o quien opere o gestione la infraestructura de CEDELCA, haya recibido y reciba en un futuro de terceros por concepto de la utilización de la infraestructura eléctrica (postería) para la prestación de otros servicios, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC las sumas que CEDELCA (o quien opere o gestione la infraestructura de ésta) haya recibido y/o reciba de terceros por concepto de la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica en el departamento del Cauca, en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009, junto con sus correspondientes intereses moratorios, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, los valores registrados a favor de esta última en la contabilidad y estados financieros de CEC, conforme a lo que pruebe en el proceso, realizadas las compensaciones a que haya lugar.

CUADRAGÉSIMA NOVENA: Que se condene a CEDELCA a reconocerle y pagarle a CEC todos los perjuicios que se le han causado, tanto por daño emergente como por lucro cesante, como consecuencia de haber tenido que mantener vigentes con posterioridad a la terminación arbitraria del Contrato, las contragarantías (stand by por valor de USD\$15.000.000) que respaldan la garantía de cumplimiento del Contrato de Gestión, que fue afectada de manera arbitraria por CEDELCA mediante el reclamo, así como los costos que se han derivado y se deriven de haber tenido que mantener vigentes tales contragarantías, junto con el correspondiente costo de oportunidad.

QUINCUAGÉSIMA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC las sumas que CEC adeuda a proveedores, contratistas y/o empleados en

desarrollo del Contrato de Gestión, así como las sumas en que esta haya incurrido por concepto de gastos por medidas cautelares y gastos procesales derivados de los procesos judiciales que cursan en contra de CEC, junto con sus correspondientes intereses moratorios y cualquier otro sobrecosió financiero en que haya incurrido.

C. ACTUALIZACIÓN E INTERESES

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA : Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, conforme a lo que se pruebe en el proceso y el Tribunal determine: (i) intereses moratorios; o (ii) intereses remuneratorios; o (iii) costo de oportunidad; o (iv) actualización; según corresponda a cada condena, a la máxima tasa legal aplicable para cada caso, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, conforme a lo que se pruebe en el proceso y el Tribunal determine: (i) intereses remuneratorios a la máxima tasa legal a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda; e (ii) intereses moratorios a la máxima tasa legal a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagara CEC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, conforme a lo que se pruebe en el proceso y el Tribunal determine: (i) el valor correspondiente a la actualización o al costo de oportunidad, según el caso, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda; e (ii) intereses moratorios a la máxima tasa legal a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, conforme a lo que se pruebe en el proceso y el Tribunal determine para el periodo que corresponda: (i) el valor correspondiente a la actualización con IRC en los periodos que el Tribunal determine conforme a lo que se pruebe en el proceso; y (ii) el valor correspondiente al costo de oportunidad en los periodos que el Tribunal determine conforme a lo que se pruebe en el proceso; e (iii) intereses corrientes a la más alta tasa aplicable legalmente, según determine el Tribunal, en los periodos que el Tribunal determine conforme a lo que se pruebe en el proceso; e (iv) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, según determine el Tribunal, en los periodos que el Tribunal determine conforme a lo que se pruebe en el proceso.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA: Que en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenada CEDELCA, se le ordene pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria del Laudo.

D. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN

QUINCUAGÉSIMA TERCERA: Que el Tribunal proceda a liquidar el Contrato de Gestión, teniendo en cuenta las condenas y compensaciones a las que haya lugar en este proceso.

E. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

QUINCUAGÉSIMA CUARTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a CEC las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho."

4. La causa de la solicitud

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así:

Después de describir los antecedentes del concurso público, de los términos y condiciones del mismo, de la propuesta económica presentada por CEC, de las condiciones del contrato y del anexo técnico, indicó que CEDELCA incumplió el contrato de gestión por no ceder oportunamente a favor de CEC su posición contractual en la fiducia subsidios; por incumplir su deber de actuar de buena fe – pues no transfirió a CEC los recursos que recibió por concepto de subsidios y contribuciones y recursos provenientes del FOES-; y por incumplir con su deber de actuar de buena fe en la ejecución del contrato de gestión, al negarse a dar a conocer a CEC el contenido del informe elaborado por la firma Consulting International Bussines Association.

Señaló igualmente que Cedelca terminó unilateralmente sin justa causa el contrato de gestión pues CEC no incurrió en los supuestos incumplimientos alegados por CEDELCA para dar por terminado el contrato de gestión. Así, indicó que CEC mantuvo y renovó oportuna y adecuadamente las pólizas menores; CEC presentó oportuna y adecuadamente el Plan de Inversiones detallado para el primer quinquenio; CEC no incurrió en incumplimiento grave respecto de la obligación de atender los requerimientos de información efectuados por la interventoría.

También indicó que la terminación del contrato no se ajustó al procedimiento previsto en el acuerdo de voluntades para ejercer tal facultad.

De la misma forma señaló que CEDELCA carecía de la competencia para terminar unilateralmente y de manera anticipada el contrato de gestión.

Prosiguió señalando las actuaciones posteriores a la manifestación de CEDELCA de terminación del contrato, particularmente las relacionadas con el amparo policivo y a que, con posterioridad al desalojo, CEDELCA se negó entregar a CEC documentación perteneciente exclusivamente a esta última.

5. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda

El día 10 de mayo de 2010 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento.

La demanda fue admitida el día 20 de septiembre de 2010.

6. La oposición de la convocada

Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA, en la contestación de la demanda (folios 477 a 515, c. ppal No. 1.), se opuso a las pretensiones, negó algunos hechos, aceptó otros y frente a los demás indicó que se atenía a lo estipulado en el contrato de gestión. Así mismo, formuló como excepciones de mérito las siguientes (folios 500 a 506 c. ppal No. 1) :

- “A. Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes (...)
- B. Obligaciones a plazo y mora (...)
- C. Incumplimiento de CEC S.A. E.S.P. del contrato de gestión suscrito con CEDELCA S.A. E.S.P. (...)
- D. Procedencia del amparo policivo (...)
- E. Inexistencia del perjuicio (...)
- F. Excepción genérica”

Igualmente, la parte convocada presentó demanda de reconvención en la que formuló las siguientes pretensiones (f.368 y ss. c. ppal No. 1.):

PRINCIPALES

PRIMERA.- Que se declare que CEDELCA terminó unilateralmente y con justa causa el Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008, por causas atribuibles a CEC.

SEGUNDA.- Que se declare que SOINCO es solidariamente responsable respecto del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del Contrato de Gestión.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a CEC y a SOINCO a pagar la cláusula penal pecuniaria, por valor de TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (\$30.000'000.000) en cifras constantes de 2007, de conformidad con lo previsto en la cláusula 13 del Contrato de Gestión.

CUARTA.- Que sobre el valor de la cláusula penal pecuniaria se paguen intereses moratorios, desde el día siguiente a la terminación del Contrato de Gestión, a la máxima tasa permitida.

- SUBSIDIARIAS

En subsidio de las pretensiones principales, solicito:

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL- Que se declare que CEC incurrió en incumplimientos del Contrato de Gestión que dan lugar a la terminación de dicho contrato.

PRIMERA CONSECUCIONAL DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- Que como consecuencia de lo anterior se ordene la terminación del Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008, por causas atribuibles a CEC.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL- Que se declare que CEC y SOINCO, incumplieron el Contrato de Gestión, suscrito entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a CEC y a SOINCO el valor de los perjuicios causados y que se encuentren probados con ocasión del incumplimiento del Contrato de Gestión.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL- Que se ordene pagar a CEC el valor de la cláusula penal pecuniaria, debidamente actualizada a la fecha del laudo".

Fundamentó las precitadas pretensiones en la siguiente síntesis fáctica:

Después de referirse a la toma de posesión de CEDELCA, a los antecedentes del concurso público 001 de 2008, a la propuesta de la promesa de sociedad futura CEC S.A. E.S.P. consideró que, al ser deudor solidario de CEC y por lo tanto litisconsorte necesario en el proceso arbitral, SOINCO debía ser vinculado y procedió a solicitar que se tuviera como demandado.

Posteriormente, se refirió al clausulado del contrato de gestión, particularmente a las estipulaciones sobre objeto, obligaciones y plazo, para luego resaltar la normatividad aplicable al mismo.

Luego hizo hincapié en la terminación anticipada del contrato de gestión y el procedimiento para declararla para indicar que esta se hizo respetando el procedimiento establecido en la cláusula 20.3 del contrato de gestión.

Prosiguió indicando que se presentaron las causales para que Cedelca declarara la terminación anticipada del contrato por causas atribuibles al gestor. Así, manifestó que CEC i) incumplió la obligación contemplada en la cláusula 4.9.3 del contrato de gestión relativa al deber de suministrar información a la interventoría; ii) incumplió la obligación de entregar el plan de inversión detallado; iii) incumplió la cláusula 15 relativa a la obligación de constituir seguros y garantía de cumplimiento; iv) incumplió las obligaciones derivadas de la terminación del contrato de gestión.

Así mismo, consideró que CEC incumplió otras obligaciones del contrato de gestión como la obligación de mantener el porcentaje de participación del accionista gestor; la obligación de pagar a CEDELCA la energía prepagada; la obligación de pagar oportunamente el valor por concepto de uso de infraestructura; la obligación de comprar la cartera con vencimiento igual o menor a 60 días; la obligación de recaudar, gestionar y transferir a CEDELCA la cartera con vencimiento superior a 60 días; las obligaciones durante el periodo de transición; en la entrega de las sumas giradas por el Ministerio de Minas y Energía por concepto de subsidios; de la obligación de comprar los inventarios; de la obligación de realizar las inversiones; de la obligación de capitalizar la sociedad gestora; de la obligación de información a las autoridades; de las obligaciones de la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica.

7. El laudo arbitral recurrido

7.1. El Tribunal de Arbitramento, el 4 de abril de 2014 dictó el laudo que se recurre, en el que se adoptaron las decisiones arriba transcritas, con base en las siguientes consideraciones.

Después de analizar los presupuestos procesales y el régimen jurídico del contrato –para señalar que este se sometía, de conformidad con las leyes 142 y 143 de 1994, al derecho privado–, el Tribunal analizó en conjunto las pretensiones de las partes.

El problema jurídico planteado giró en torno a si se presentaron los eventos de incumplimiento que, según el contrato de gestión, facultaban a CEDELCA para terminar, con justa causa, unilateralmente la relación contractual con CEC. También el problema traía como consecuencia analizar si el procedimiento adelantado por CEDELCA para terminar el contrato de gestión se ajustó a lo previsto en el mismo.

Así, se en el laudo:

Considerando el alcance de las pretensiones así formuladas por ambas partes, es pertinente estudiar la decisión adoptada por CEDELCA, en el sentido de terminar anticipada y unilateralmente el contrato de gestión, para lo cual habrá de analizarse la forma en que se ejerció dicha potestad por parte de la entidad pública contratante a fin de establecer, primero, si las causas argüidas como sustento de la decisión corresponden a las expresamente contempladas en el contrato para habilitar el ejercicio de dicha facultad convencional; segundo, si las referidas causas efectivamente se configuraron y se encuentran probadas; y tercero, si el procedimiento o trámite que tuvo que adelantarse para finalizar prematuramente el vínculo contractual fue respetuoso, no solo de lo estipulado al respecto en el texto mismo del contrato, sino, también, de las distintas garantías que – según se dijo- enmarcan el ejercicio de la facultad convencional que es objeto de examen.

Conforme a lo anterior, el problema a resolver en el caso concreto por el tribunal de arbitramento giró en torno a si presentaron las causales de incumplimiento que CEDELDA adujo para terminar la relación contractual con CEC, a saber: i) “no renovación de las Pólizas con vencimiento 19 de julio de 2009”, ii) “incumplimiento del Anexo Técnico” en lo que tiene que ver con el Plan de inversiones Detallado – PID y iii) “incumplimiento de la obligación de suministrar información a la interventoría”.

El Tribunal de arbitramento consideró que las causales previstas para que CEDELCA terminara con justa causa y de manera anticipada el contrato de gestión no se configuraron en el caso concreto pues:

i) No se probó que las pólizas sí se renovaron aunque no dentro del plazo de antelación previsto en el contrato. Dado que el contrato no estuvo descubierto de amparos y que el contrato no estableció como causal de terminación la no renovación con la antelación prevista en el contrato sino simplemente la no renovación, no se configuró esta causal. Así, indicó:

El primer evento argüido por CEDELCA como sustento de su decisión de dar por finalizado anticipada y unilateralmente el contrato de gestión, no constituye una causa de terminación a la luz del clausulado contractual, al no haber sido expresamente contemplada como tal por parte de los contratantes al celebrar el negocio jurídico convencional” (folio 265 cuaderno Consejo de Estado).

ii) Se acreditó que el PID exigido fue entregado a CEDELCA antes de la comunicación en la que esta decidió dar por terminada la relación contractual. Así, para el tribunal CEC cumplió con sus obligaciones frente a este punto *“pues no solo presentó oportunamente el PID, sino que, además, mediante la entrega de las distintas versiones pudo concretar un documento que técnica y financieramente considerarse como un Plan de Inversiones Detallado – PID- a la luz del contrato, de ahí que ya resultaba extemporánea y sin contenido una imputación de incumplimiento al respecto, más cuando ni siquiera se tenía claridad y certeza respecto de los parámetros y exigencias bajo los cuales se iba a valorar y aceptar el PID. (folio 295 cuaderno Consejo de Estado)”*. Además sostuvo:

Está probado en el plenario que el supuesto incumplimiento alegado por CEDELCA en cuanto a la presentación del PID, por las razones antes expuestas, no constituía justa causa de terminación a la luz del contrato de gestión (cláusula 17.2) y, por tanto, no la habilitaba para declarar unilateralmente la extinción anticipada del contrato de gestión con justa causa

iii) Se acreditó que CEC sí entregó la información a la firma interventora y por lo tanto no se configuraron los 4 eventos en que aparentemente CEC desconoció la obligación de suministrar información a la interventoría y que sirvieron a CEDELCA para encontrar acreditada la causal para terminar unilateral y anticipadamente el contrato de gestión. Así el Tribunal manifestó frente a dos de estos 4 eventos que si bien la información fue entregada extemporáneamente, pues la cláusula 20.1 del contrato establecía como configuración de la causal la

falta de entrega de información “mas no su extemporaneidad y mucho menos que a juicio de la interventoría o de la entidad contratante la contestación fuera completa o deficiente” (folio 299 cuaderno Consejo de Estado); frente al otro indicó que CEC sí había cumplido con la entrega de información, y frente al restante que era un aspecto que estaba en discusión entre las partes y que no podía esta circunstancia tenerse como un incumplimiento contractual que trajera como consecuencia la terminación unilateral y anticipada del contrato “pues simplemente se trataba de un aspecto en particular que era objeto de discusión, más no de la falta u omisión en la entrega de información referida al objeto contractual (folio 301 cuaderno Consejo de Estado).

Posteriormente, su análisis recayó sobre el procedimiento empleado por CEDELCA para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de gestión. Además de concluir que no hubo justa causa para la terminación, señaló que, si bien se ajustó a las etapas previstas en el texto del contrato, el procedimiento desconoció normas o principios supracontractuales, como lo son la buena fe comercial y el principio de preservación de los contratos, al terminar un contrato que apenas comenzaba y que bien podía continuar si se hubieren observado aquellos. Por ejemplo, indicó que en lugar de contemplar la posibilidad de imponer los desincentivos estipulados en el contrato y de plantear soluciones que *“permitieran conjurar los distintos inconvenientes presentados durante la ejecución contractual, encaminó su decisión hacia el fenecimiento prematuro del negocio jurídico”* (folio 306 cuaderno Consejo de Estado).

Finalmente se pronunció sobre la aplicación de la cláusula penal, la liquidación del contrato y las excepciones propuestas.

Luego abordó las pretensiones de CEDELCA. Capítulo en el que indicó que se remitía a las consideraciones hechas frente a las pretensiones de la demanda “encaminadas a obtener similar declaración en sentido contrario, y que llevaron al Tribunal a concluir que no contó la entidad contratante con una justa causa para terminar unilateralmente el contrato” y las consecuencias procesales del juramento estimatorio. Indicó que por las mismas consideraciones, no accedería a las pretensiones de condena derivadas de esta pretensión.

Así, por idénticas razones a las consignadas en el laudo, no accedió a la pretensión primera subsidiaria de la primera pretensión principal.

Frente a la segunda pretensión subsidiaria de la primera pretensión principal, consideró que no prosperaba en cuanto, de conformidad con el contrato de gestión, la labor de CEC “se concretó en el cumplimiento de los compromisos asumidos”.

8. La impugnación

La convocante formuló recurso de anulación y, para el efecto, propuso las causales de los numerales 7 y 9 del artículo 38 del decreto 2279 de 1988.

El numeral 7 dispone como causal de anulación de los laudos arbitrales la siguiente:

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

El numeral 9 establece como causal de anulación la siguiente:

"9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

El análisis de la sustentación, oposición y de las causales aducidas se hará en la parte considerativa de esta providencia.

9. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación

contra laudos y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

i) Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en consideración a que se interpone contra un laudo arbitral proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008, en el que una de las partes, Cedelca, es una entidad pública.

Igualmente, es pertinente destacar que en la cláusula compromisoria (arriba transcrita) las partes acordaron que el Tribunal Arbitral se pronunciaría sobre cualquier diferencia que no pudiese resolverse entre ellas.

ii) El arbitramento y su recurso de anulación

La Sala¹ tiene determinado que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como si se tratase de una segunda instancia, de ahí que no sea admisible que con su interposición se intente continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En tal virtud, mediante este recurso no es posible infirmar decisiones del juez arbitral fundadas en razonamientos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al entrar a decidir el fondo de la litis, como tampoco relativas a errores de hecho o de derecho en el ámbito probatorio.

Ahora bien, a la luz del texto original del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación de laudos arbitrales estaban consignadas en dos textos legales. Por un lado en el precepto citado cuyo ámbito de acción era la contratación del Estado y, por otro, en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 respecto de la contratación sometida al derecho común, los cuales fueron

¹ Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

compilados, respectivamente, en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora, con arreglo a la jurisprudencia las causales de anulación aplicables en tratándose de entidades públicas sometidas al derecho privado (i.e. prestadores de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública) eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998².

Esta dualidad de causales, desapareció por virtud de lo prescrito por el artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, que modificó el artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 al disponer:

Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

En tal virtud, a partir de la vigencia del texto legal transcrito, esto es el 17 de enero de 2008 –seis meses después de la promulgación de la ley-, el legislador unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos arbitrales en sede contencioso - administrativa.

Ahora bien, a pesar de estar vigente la Ley 1563 de 2012, en tanto entró a regir el 12 de octubre de ese año, no aplica al *sub examine* pues a pesar de que el laudo fue proferido el 04 de abril de 2014, el artículo 119 de la citada norma indica que esta “se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

de su entrada en vigencia". En este caso, el proceso arbitral se inició el 02 de marzo de 2010.

En este sentido, la Sala ha señalado que si el proceso arbitral se inició y tramitó frente a la anterior normatividad, el recurso de anulación se someterá a ese marco jurídico³.

En ese orden de ideas y habida cuenta que en el *sub lite* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron el 04 y 30 de abril de 2014 (f. 96 y 338 c. ppal.) respectivamente, esto es, cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, las causales de anulación aplicables son las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

iii) El recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

1. Consideración preliminar: sobre la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento alegada por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia de Defensa jurídica del Estado, en memorial radicado el día 20 de octubre de 2015, presentó escrito de intervención en el presente proceso.

En él solicita se declare la nulidad absoluta del laudo arbitral por cuanto los árbitros no tenían competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo, en el cual CEDELCA declaró la terminación anticipada del contrato de gestión.

Indicó que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto de terminación unilateral del contrato de gestión ya que este es un acto administrativo, pues en él se ejerció una potestad exorbitante en los términos de la Ley 80 de 1993. Así, la Agencia expresó:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de junio de 2013, exp. 45922, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- (...) En vigencia del Decreto Ley 2279 de 1989 –que sí es la norma aplicable al asunto- los árbitros no podían analizar válidamente el contenidos (sic) de los actos administrativos.

En no pocas ocasiones el Consejo de Estado ha manifestado la incompetencia de los árbitros para conocer y pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos (folio 524 cuaderno principal).

(...) El Consejo de Estado ha explicado que no toda manifestación de la administración en ejecución de un contrato estatal se traduce en un acto administrativo, toda vez que sólo debe considerarse como tal "en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad estatal contratante en uso defunción administrativa, que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado"⁴.

Sin embargo, es evidente que en el caso concreto, el acto por medio del cual la entidad declaró la terminación unilateral del contrato, por cuyas diferencias se constituyó el Tribunal de Arbitraje es un verdadero acto administrativo, como se explica a continuación (folios 526 verso y 527 cuaderno principal).

(...) La jurisprudencia ha precisado que cuando se incluyen cláusulas exorbitantes en los contratos estatales que se rigen por el derecho privado su ejercicio se rige por las normas de derecho público (folio 527 cuaderno principal).

(...) Por lo tanto, al encontrarse la terminación unilateral dentro de las potestades pactadas a favor de la administración en los términos de la ley 80 de 1993 su declaración se hace mediante acto administrativo (folio 528 verso cuaderno principal).

(...) En consecuencia se configura el vicio de incompetencia pues aunque en la parte motiva del laudo recurrido se dice que NO se pronunciará sobre la terminación unilateral, en la parte resolutive expresamente señala: (folio 529 cuaderno principal).

(...) Así, a pesar de que el Tribunal manifestó que no se pronunciaría sobre las pretensiones primera y segunda principales de la demanda arbitral pues versaban sobre la legalidad de la terminación anticipada del contrato por parte de CEDELCA, sí se manifestó indirectamente sobre la legalidad de ésta (folio 531 cuaderno principal).

Debe indicarse que la falta de jurisdicción y competencia está prevista como una causal que debe alegarse a través del recurso de anulación, sujeta a que se haya invocado en la primera audiencia. En el *sublite*, la causal fue alegada

⁴Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. No. 19333, CP.: Germán Rodríguez Villamizar.

extemporáneamente, por lo que no cabría pronunciarse en esta oportunidad, máxime cuando no se verificó el cumplimiento del requisito de haberse alegado oportunamente.

Con todo, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la Agencia por las siguientes razones:

La Sala observa que la Agencia incurre en una imprecisión, por cuanto -en estricto sentido- no está alegando una falta de competencia, aunque así lo exprese, sino de jurisdicción. En tanto ésta *“es la potestad propia de la función jurisdiccional del poder público, que se concreta en la posibilidad de impartir justicia sobre los diferentes conflictos o situaciones que deban tramitarse y resolverse de conformidad con los principios, parámetros y disposiciones del ordenamiento jurídico”*⁵.

Igualmente se precisa que en los casos citados por la Agencia como antecedentes para sustentar su solicitud, la oficiosidad se presentó por el mandato frente a la nulidad del contrato. En el presente caso estaríamos hablando directamente de una nulidad del procedimiento, mas no del acuerdo de voluntades.

En efecto, en los casos invocados por la Agencia se declaró nulidad del contrato (cláusula) y, como consecuencia, se determinó la nulidad del procedimiento.

En este orden, primero habría que determinar si es nulo el pacto arbitral, para que puedan operar las competencias oficiosas.

Estima la sala que no toda terminación unilateral de un contrato del Estado tiene como fuente la cláusula excepcional que prescribe la Ley 80 de 1993, artículo 14.

Así, el Consejo de Estado ha diferenciado las cláusulas excepcionales de la Ley 80 de 1993 de otras potestades unilaterales que están en cabeza de los entes estatales en las relaciones contractuales. Así, por ejemplo, se ha expresado:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 3 de agosto de 2006, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-03993-01(32499) CP Alier Hernández Enríquez).

“...aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado...”⁶.

Esa distinción se presenta justamente en el asunto relacionado con la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos en los que se hace uso de dichas prerrogativas.

De manera específica, la diferencia radica en que se excluye del conocimiento de los árbitros los actos administrativos que se profieren en ejercicio de las cláusulas excepcionales de Ley 80 de 1993, las demás potestades no; esto es, en las que no hay presencia de dichos actos administrativos.

Debe subrayar la Sala que la Agencia no indicó la razón por la cual la terminación unilateral en el caso concreto fue una manifestación de una facultad exorbitante. Simplemente indicó que el acto de terminación anticipada era un acto administrativo, puesto que en él CEDELCA ejerció una facultad exorbitante.

La Sala debe señalar que en el presente caso no se ejerció una facultad exorbitante. Si bien se trató de una terminación unilateral, esta no encuentra como fuente la cláusula excepcional del régimen general de contratación.

Recuérdese que conforme a las Leyes 142 y 143 de 1994 los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra el contrato de gestión, independientemente de la naturaleza de estas, se rigen, salvo norma especial, por las normas del derecho privado tal como lo señaló el tribunal al ocuparse del régimen jurídico del contrato de gestión (folios 155 a 171 cuaderno principal).

Así, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 prescribe:

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639) M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

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.

Y el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994 *“por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”*, ley especial que gobierna el régimen jurídico de la gestión del servicio de energía eléctrica, indica que el régimen de contratación de las empresas públicas que presten el servicio de energía eléctrica es de derecho privado. Así, el citado artículo establece:

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

Salvo disposición legal en contrario, los presupuestos de las entidades públicas del orden territorial serán aprobados por las correspondientes juntas directivas, sin que se requiera la participación de otras autoridades.

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

En este orden, la Ley 80 de 1993, por regla general, no les es aplicable a este tipo de contratos.

Ahora bien, las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994 establecen que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden contener cláusulas exorbitantes. Así mismo, ordenan que las controversias derivadas de ellas se someterán a las normas del estatuto general de la contratación pública.

Así, el artículo 31 de esta última norma, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, señala:

Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (se destaca).

Y el ya citado párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994, dispone:

Artículo 8. Párrafo. (...) La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En este orden, estas cláusulas, las exorbitantes, se incluyen por disposición de la ley en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, únicamente en los casos en los que la respectiva comisión de regulación, en este caso la CREG, lo indique, lo que no ocurrió en el caso concreto.

Precisa la Sala que la potestad de terminación unilateral en el *sublite* tiene como origen el contrato y no la ley o una decisión de una autoridad administrativa.

La facultad contractual de terminación unilateral de un contrato es una estipulación reconocida y con eficacia en materia de derecho, por lo que su procedencia no sólo resulta posible en asuntos de contratación administrativa o el ejercicio de facultades excepcionales por parte de una autoridad, sino que en cualquier negocio jurídico podrá preverse esta facultad.

En efecto, la autonomía privada de la voluntad permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos⁷, sin que por ello se concluya que existe un acto abusivo por alguna de ellas o que se esté desconociendo el equilibrio connatural de las partes, siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones⁸.

Ciertamente el artículo 1602 del Código Civil prescribe que los contratos sólo pueden invalidarse por causas legales o el mutuo acuerdo de las partes. En el mismo sentido, el artículo 1625 ibídem, prescribe que la extinción de las obligaciones debe darse por la convención de los interesados o por las diez causales allí consagradas. Sin embargo, tal enumeración resulta insuficiente, pues el mismo Código reconoce causales adicionales en otras disposiciones, como la declaración unilateral de terminación, como sucede con el desahucio, la cesación, la renuncia o la revocación, que se encuentran reconocidas en artículos tales como el 2009⁹, 2011¹⁰, 2056¹¹, 2189¹² y 2193¹³. Otro tanto sucede con el desistimiento, que constituye una forma de terminación unilateral ante la insatisfacción de las expectativas del acreedor¹⁴.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no desconocida por esta Corporación, ha admitido expresamente esta facultad, al indicar:

La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (*accidentalia negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y

⁷ Cfr AIZATE HERNÁNDEZ, Cristóbal. *Fundamentos del contrato*, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá 2009, p. 258.

⁸ Cfr VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 2010, p. 160.

⁹ "...Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra, esto es, noticiándose anticipadamente..."

¹⁰ "...Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes, y voluntario para la otra, se observará lo estipulado, y la parte que puede hacer cesar el arriendo a su voluntad, estará, sin embargo, sujeta a dar la noticia anticipada que se ha dicho..."

¹¹ "...el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra..."

¹² "*El mandato termina... 3. Por la revocación del mandante... 4. Por la renuncia del mandatario...*".

¹³ "...La renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados..."

¹⁴ Los artículos 1870, 1878, 1882, 1983, 1984 y 2185 del Código Civil, permiten que una parte haga cesar en sus efectos al contrato, por su mera manifestación de voluntad, y al margen de proceso judicial.

ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio¹⁵.

Esta misma facultad se encuentra reconocida en instrumentos modernos como la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, que en su artículo 26 acepta que la resolución por incumplimiento pueda ser declarada por la parte cumplida y surta efectos desde su comunicación a la otra, sin perjuicio del control judicial posterior que pueda generarse (artículo 81).

Igual orientación se encuentra en los “Principios *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, en su versión 2010, que reconoce la facultad de terminación unilateral y extraprocesal en caso de incumplimiento (artículo 7.3.1.). En efecto, este principio es concebido así en el citado artículo:

ARTÍCULO 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato) (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.¹⁶

Conforme a lo expuesto, para la Sala es claro que no puede afirmarse que la terminación unilateral en el presente caso sea ejercicio de una facultad exorbitante sino, se itera, constituye una facultad unilateral de las no contempladas en la Ley 80 de 1993.

Debe indicarse que en el caso concreto si bien el tribunal declaró la falta de competencia para decidir sobre la nulidad de la facultad unilateral pactada, en

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, Ref. 01957-01, M.P. William Namén Vargas. En el mismo sentido, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de mayo de 2012, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 20968

¹⁶ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

todo caso decidió sobre el incumplimiento contractual en cuanto encontró que la parte convocada no podía declarar la terminación unilateral en la forma en que lo hizo, esto es, sin sujetarse a la causas y procedimientos convenidos.

Además, una eventual nulidad absoluta de la facultad convenida no exoneraría de responsabilidad a la convocada por la terminación unilateral del contrato en la forma en que lo hizo, como tampoco viciaría la competencia del tribunal, razones por las que no se afectaría el laudo proferido que se funda en el incumplimiento de las obligaciones de la contratante, en cuanto en el laudo no se condena por el ejercicio de una facultad contraria a la ley, sino por haberla ejercido de manera contraria a lo convenido.

Así las cosas, los alegatos de la agencia frente a este punto no son de recibo.

Sobre las causales invocadas en el recurso extraordinario

Primera causal invocada: Contener la parte resolutive del laudo disposiciones contradictorias y no haberse decidido sobre situaciones sujetas al arbitramento

Sustentación

El recurrente estima que en la parte resolutive del laudo se encuentran decisiones contradictorias, porque -en el numeral 24- se negaron todas las pretensiones (principales y subsidiarias) presentadas en la demanda de reconvención y, en la segunda pretensión subsidiaria de la primera principal de ese escrito, se expresó: *“Que se declare que CEC y SOINCO, incumplieron el contrato de gestión, suscrito entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008”*.

Según el recurrente, de manera concreta, la contradicción se presenta porque en la parte motiva del laudo se expresó que CEC incurrió en incumplimientos del contrato de gestión y, de forma no consecuente, se niega la referenciada pretensión subsidiaria relacionada con ese incumplimiento, a pesar de que se remite a tal parte motiva.

También, según el recurrente, se presenta contradicción entre las decisiones 8 y 24, ya que en aquella se declara probada la excepción de inexistencia de incumplimiento contractual de CEC. Así, indicó:

Como si lo anterior no fuera suficiente, también se configura la contradicción señalada entre el numeral vigésimo cuarto de la parte resolutive y el numeral octavo de la misma, pues éste último declara probada la excepción 3.3 "Inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil" que contiene la siguiente excepción, numerada como la 3.3.1 por CEC:

"Inexistencia de incumplimiento contractual de CEC"

Así, el Tribunal está contradiciéndose en su parte resolutive por segunda vez, pues en el numeral vigésimo cuarto de la parte resolutive dispone que no procede la segunda pretensión subsidiaria a la primera principal de la demanda de reconvención EN LOS ESTRICKOS Y POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN LA PARTE MOTIVA, siendo que la parte motiva expresamente señala varios incumplimientos de CEC y posteriormente declara probada la excepción de inexistencia de incumplimiento contractual de CEC.

En el mismo sentido, y con similares argumentos, se pronunció la Agencia de Defensa Jurídica del Estado quien consideró la procedencia de la citada causal .

Oposición

La apoderada de CEC señaló, después de indicar que el actor empleó de manera descontextualizada la jurisprudencia del Consejo de Estado, que no hay lugar a declarar probada la citada causal, puesto que no hubo contradicción en la parte resolutive del laudo arbitral cuestionado. Indicó que, conforme a las fundamentaciones de la citada providencia, era claro para los árbitros que, a pesar de algunos reproches que podían hacerse a CEC en la ejecución de algunas funciones, la hoy convocante cumplió con el contrato de gestión. Así, puso de presente:

Dicho argumento, como se demostrará a continuación, no cuenta con el menor fundamento de acuerdo con lo expresado en el Laudo, pues, como se mencionó anteriormente el apoderado cita de forma descontextualizada varios apartes del mismo, buscando demostrar que existieron unos incumplimientos por parte de CEC en la ejecución del contrato de gestión, cuando lo cierto es que la intención de los Árbitros fue

aclarar que no hubo un incumplimiento por parte de CEC que fuera de tal entidad como para terminar anticipada y unilateralmente el contrato suscrito, sino apenas unos retrasos en el cumplimiento de algunas de las obligaciones, que en ningún caso comportaban tal gravedad como para terminar el contrato en la forma en que se hizo (folio 443 cuaderno principal Consejo de Estado).

Consideraciones de la Sala

Frente a esta causal ha señalado el Consejo de Estado:

- i) La falencia advertida amerita la anulación si aparece en la parte resolutoria, con entidad suficiente para impedir su ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente las disposiciones en conflicto¹⁷.
- ii) La incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutoria y se justifica, en tales casos la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas.
- iii) En principio, la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutoria y no entre ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescindir de la parte motiva.
- iv) Esta causal procede en la medida en que la contradicción sea de tal magnitud que imposibilite la ejecución de la sentencia porque como consecuencia de la contradicción, a pesar de que ha alcanzado en sentido formal la categoría de cosa juzgada “no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial)”.

Esta causal no está llamada a prosperar, toda vez que la aparente contradicción no se encuentra acreditada para la Sala.

Lo que el impugnante, en estricto sentido, cuestiona es que no hayan prosperado sus pretensiones, situación que no envuelve que, entre las decisiones adoptadas, exista discordancia. Esto es, la supuesta incongruencia se presentaría entre los considerandos y la determinación de no acceder a las súplicas de la demanda de reconvención.

Si bien se señala en el recurso que la contradicción es del resuelve, ya que en éste, expresamente, se remitió a los considerandos, no es así, por cuanto:

¹⁷ Consejo de Estado, sección tercera, subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp: 41064

- (i) Aunque se guarde silencio sobre su fundamento, el resuelve de un laudo debe encontrar sustento en la parte motiva;
- (ii) Cuando la decisión se dirige al considerando, la inconsistencia sería, en apariencia, entre esos acápites; y
- (iii) A pesar de lo anterior, el resuelve no deja de ser congruente, siendo indiferente si se accede o no a las pretensiones;

De otro lado, las manifestaciones hechas por el recurrente al señalar las contradicciones entre los numerales 8 y 24 ratifican la inexistente incompatibilidad entre las determinaciones del laudo, toda vez que al no existir incumplimiento no era procedente determinar responsabilidad contractual alguna.

Así, el tribunal sí se refirió a las deficiencias en la ejecución del contrato y, en todo caso, estimó que ellas no eran constitutivas de incumplimiento que le permitieran declarar responsabilidad contractual; por tanto, de manera consecuente, no accedió a las pretensiones de la demanda de reconvención.

En este orden, al no advertir la Sala contradicciones en la parte resolutive – pues las decisiones contenidas en ella no son antagónicas y conforme a la jurisprudencia citada tienen “aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida”- ni entre esta y la parte motiva de la providencia, el cargo no tiene vocación para prosperar.

Segunda causal invocada: no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Sustentación

Como segunda causal de anulación, se indica que el tribunal no se refirió de manera íntegra al objeto del litigio, específicamente, en lo que corresponde al

incumplimiento del contrato de gestión. Manifestó que *“el tribunal no estudió ni se pronunció en relación con la mayoría de incumplimientos alegados en la demanda de reconvencción”*.

Así, el censor señaló que en el Laudo recurrido no hubo pronunciamiento de fondo sobre diversos incumplimientos en los que incurrió CEC durante la relación contractual. Entre ellos resaltó:

- Incumplimiento de la obligación de comprar la cartera con vencimiento igual o menor a 60 días.
- Incumplimiento de la obligación de recaudar, gestionar y transferir a CEDELCA la cartera con vencimiento superior a 60 días.
- Incumplimiento de las obligaciones durante el período de transición.
- Incumplimiento de la obligación de realizar las Inversiones
- Incumplimiento de la obligación de información a las autoridades.
- Incumplimiento en los pagos de la compra de energía que hacía CEC en el mercado mayorista
- Deficiencias en la prestación del servicio
- Incumplimiento en los pagos a terceros involucrados en la prestación del servicio.
- Deficiencias en el abastecimiento de materiales.
- Incumplimiento de realizar los inventarios de los activos del gestor (folio 435 cuaderno Consejo de Estado).

Manifestó que estos incumplimientos aparecen probados en el proceso arbitral y que ellos generaron perjuicios a CEDELCA *“por los cuales esta debe ser indemnizada”*. Indicó que la ocurrencia de estos incumplimientos mostraba *“la gravedad de la situación del contrato al momento de su terminación”*. Recalcó que frente a estos incumplimientos no hubo análisis por parte del tribunal en el Laudo impugnado. Así, señaló que *“en las 248 páginas del laudo Arbitral no existe ni una sola referencia, alusión o insinuación en relación con estos incumplimientos”* (folio 436 cuaderno Consejo de Estado). También señaló que hubo *“incumplimientos sobre los que se realiza no se realiza (sic) un pronunciamiento de fondo en el laudo arbitral”*. Particularmente expuso que el Tribunal, a pesar de afirmar que CEC incurrió en falencias en la ejecución contractual, resolvió que CEC había cumplido el contrato sin explicar las razones de su conclusión.

Así, el censor cuestiona que el tribunal haya encontrado probadas algunas excepciones de CEC a la demanda de reconvención sin que en la providencia impugnada se encuentre el fundamento de su determinación. Indicó:

Una parte de los incumplimientos formulados por CEDELCA en su demanda de reconvención, fueron aparentemente "decididos" en el numeral 8 de la parte resolutive del laudo arbitral, al decretar probadas algunas excepciones formuladas por CEC.

En efecto, en el laudo se declararon probadas las siguientes excepciones que se referían a una parte de los incumplimientos formulados en la demanda de reconvención:

- 3.25 "El Accionista Gestor siempre mantuvo el porcentaje de su participación (24.9%) durante la ejecución del contrato"
- 3.26 "CEC cumplió con la Cláusula No. 4.1.2.3 (pago de la energía prepagada por CEDELCA) del Contrato de Gestión"
- 3.27 "CEC cumplió con las Cláusulas No. 4.10.3 y 9.2 del Contrato de Gestión (pago mensual de la contraprestación por el uso de la infraestructura)"
- 3.31 "CEC dio cumplimiento a la Cláusula No. 7.1 (subsídios y contribuciones de solidaridad) del Contrato de Gestión"
- 3.33 "CEC cumplió con la Cláusula No. 4.10.4 (compra de inventarios)"
- 3.35 "CEC cumplió con la obligación de capitalizar la Sociedad Gestora"
- 3.37 "CEC cumplió con las obligaciones de distribución y comercialización de energía eléctrica"

Luego afirmó que ante la falta de análisis respecto de los incumplimientos alegados resultaba vulnerado el principio de congruencia de las sentencias. Frente al punto, estimó:

Resulta entonces, a todas luces violatorio del principio de congruencia que el Tribunal haya declarado probadas las excepciones enlistadas, cuando en el Laudo Arbitral no se hace ningún análisis de los temas a que se refieren dichas excepciones. Así, el laudo no efectúa un examen de la participación porcentual del accionista gestor en la sociedad; tampoco indica cómo se efectuó el pago de energía prepagada, ni del pago oportuno de la contraprestación por concepto de uso de la infraestructura, ni del pago de subsidios y contribuciones, ni del pago de inventarios, ni de

la capitalización de la sociedad gestora, ni del pago de obligaciones de distribución y comercialización de energía eléctrica.

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado, empleando similares argumentos, consideró la procedencia de la citada causal. Además, indicó que, frente al incumplimiento de CEC el tribunal debió haber declarar de oficio la excepción de contrato no cumplido (folios 64 y ss de su escrito de intervención).

Oposición

La apoderada de CEC manifestó que dentro de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención no se solicitó al tribunal de arbitramento pronunciarse sobre cada uno de los incumplimientos, sino únicamente se planteó que se declarase que CECELCA incumplió el contrato de gestión.

Estimó que ese fue el asunto que hizo parte de la controversia y sobre el cual sí hubo pronunciamiento en el laudo recurrido. Manifestó que el censor no podía pretender que se ampliara la competencia del tribunal de arbitramento a partir de los hechos planteados en la demanda de reconvención que no hacen parte de las pretensiones y del litigio puesto a consideración de los árbitros. Expresó que el actor busca reabrir el debate probatorio lo cual es contrario a la naturaleza del recurso extraordinario de anulación. Así, afirmó:

Por lo anterior, no puede pretender el apoderado de CEDELCA que debido a la imprecisión de una de las pretensiones subsidiarias de su demanda de reconvención, los Árbitros ampliaran su ámbito de competencia y fallaran sobre cuestiones que no fueron sometidas a su decisión.

Tal decisión, referente a asuntos que no fueron solicitados por CEDELCA durante el proceso arbitral, generaría un fallo extra petita, pues no existe en toda la demanda de reconvención una sola pretensión a la cual remitirse para declarar los supuestos incumplimientos de CEC, alegados ahora por CEDELCA.

Respecto a lo anterior, no se pueden confundir los hechos narrados por CEDELCA en su demanda de reconvención, con las pretensiones que efectivamente se solicitaron en la misma, y mucho menos pretender que el Tribunal de Arbitramento tome cada hecho planteado por CEDELCA, al contar su versión de las diferencias contractuales que se presentaron, como una pretensión sobre la cual debe existir un pronunciamiento específico en el Laudo.

Tal pronunciamiento, como ya se mencionó, constituiría un fallo extra petita, que de acuerdo con lo explicado por esta Corporación tiene lugar cuando se condena por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda.

Lo que busca el apoderado de CEDELCA al invocar esta causal, al igual que la del numeral 7, es reabrir el debate probatorio y jurídico que ya fue resuelto por el Tribunal de Arbitramento, lo que no constituye la finalidad del recurso de anulación, pues estar en desacuerdo con lo decidido por el Tribunal no es causal para anular el fallo arbitral, ya que el objetivo de este recurso es garantizar el debido proceso en el trámite arbitral, no cuestionar el análisis jurídico realizado por los Árbitros (folio 453 cuaderno Consejo de Estado).

Consideraciones de la Sala

Frente a la citada causal, esta Corporación ha señalado¹⁸:

1. Se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, vale decir, mínima o citra petita en relación con las pretensiones y excepciones formuladas. Esta regla ha sido ampliada en el sentido de comprender también las decisiones de carácter ultra y extra petita. Dicho de otra manera, esta causal se configura cuando el laudo comprendió asuntos ajenos a la cláusula compromisoria –falta de competencia del juez arbitral- o se profirió con desconocimiento del principio de congruencia –fallo extra o ultra petita-.
2. Está concebida para hacer efectivo el principio de congruencia que subyace en toda sentencia.
3. Recae sobre errores *in procedendo* y no *in indicando* - el escrutinio que compete al juez de anulación debe adelantarse de manera objetiva, esto es, su tarea se limita a una constatación formal y objetiva de la decisión en punto de si esta es consonante con las pretensiones, los hechos y las excepciones y con los límites del pacto arbitral, sin que le sea posible en este ejercicio entrar a estudiar si lo decidido es acertado o erróneo.

La Sala no encuentra configurada la citada causal por cuanto el laudo impugnado sí resuelve, negativamente, las pretensiones expuestas por el censor en la demanda de reconvención (i) y la decisión del tribunal frente a ellas se encuentra motivada en la providencia (ii).

En efecto, se encuentra en el laudo un acápite especial relativo a las pretensiones de la demanda de reconvención. En este, denominado

¹⁸ Consejo de Estado, sección tercera, subsección B, sentencia del 09 de octubre de 2014, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp: (41000)

“consideraciones del tribunal sobre las pretensiones de CEDELCA en la demanda de reconvención”, folio 329 cuaderno Consejo de Estado, se lee:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE CEDELCA EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Solicita la demandante en Reconvención de este Tribunal, de modo principal que *“se declare que CEDELCA terminó unilateralmente y con justa causa el Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008. por causas atribuibles a CEC”* (pretensión primera principal), pedimento que el Trinunal (sic) negará por las razones expuestas al hacer el análisis de las pretensiones de la demanda encaminadas a obtener similar declaración en sentido contrario, y que llevaron al Tribunal a concluir que no contó la entidad contratante con una justa causa para terminar unilateralmente el Contrato. Por las mismas consideraciones el Tribunal no accederá a las pretensiones de condena derivadas de este pedimento.

Por idénticas razones, consignadas en la parte motiva de este Laudo, el Tribunal no accederá a la pretensión primera subsidiaria de la primera pretensión principal.

En cuanto hace a las pretensiones de la reconviniente dirigidas a obtener pronunciamientos del Tribunal relacionados con la supuesta solidaridad de SOINCO, así como las condenas consecuentes solicitadas (sic) que involucren a esta empresa, el Tribunal las negará, atendiendo las razones invocadas en el auto que decidiera sobre la intervención de SOINCO en el proceso.

Respecto de la pretensión segunda subsidiaria de la primera pretensión principal, en la que solicita la demandante en reconvención que “se declare que CEC y SOINCO, incumplieron el Contrato de Gestión, suscrito entre CEDELCA y CEC el 7 de octubre de 2008”, el Tribunal la negará, por las consideraciones expuestas en este Laudo en relación con el cumplimiento de CEC de sus obligaciones bajo el Contrato de Gestión, que si bien pudo incurrir en falencias y defectos, finalmente su gestión se concretó en el cumplimiento de los compromisos asumidos (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, el actor sostiene que en el laudo no hubo referencia alguna a los incumplimientos en los que aparentemente incurrió CEC y que, en consecuencia, el tribunal no decidió sobre todos los aspectos que hacían parte del litigio.

Frente a lo afirmado por el recurrente, la Sala encuentra que en el laudo arbitral sí se hizo un análisis frente a todas las pretensiones planteadas por las partes, cuando se ocupó de estudiar conjuntamente las pretensiones en el acápite

denominado “consideraciones del tribunal sobre las pretensiones de las partes” (folios 138 y siguientes). En él, se lee:

En el contexto del régimen jurídico del contrato de gestión y en el ámbito obligacional del mismo, establecidos en los acápites anteriores de este laudo, entra el Tribunal a estudiar la procedencia de las pretensiones formuladas por las partes en este proceso (...)

En efecto, es claro que el fallador advierte que analizará los incumplimientos alegados por las partes conforme a lo que ellas mismas pactaron en el contrato de gestión. Así, indicó que, frente a las pretensiones, el tribunal centraría su análisis en la configuración de los eventos de incumplimiento que, según el clausulado del contrato de gestión, configurarían justa causa para la declaratoria de terminación anticipada del contrato de gestión. Así señaló:

Según se dijo antes es imperioso que los contratantes pacten de manera expresa la potestad de terminar anticipada, unilateralmente y con justa causa el contrato pero no menos importante es la obligación que le asiste a las partes en el sentido de estipular de manera particular y específica las respectivas causas que habilitan el ejercicio de la facultad convencional objeto de estudio, destacando al respecto que debido a la interpretación restrictiva que habrá de aplicarse en estos casos, únicamente podrán considerarse como eventos válidos de terminación los consagrados expresamente como tal en el clausulado contractual (folio 244 cuaderno Consejo de Estado).

Por ello, el tribunal indicó que la decisión giraría en torno a las causales alegadas por CEDELCA para terminar el contrato de gestión. En efecto, señaló:

(...) CEDELCA adujo de manera expresa las siguientes tres causales específicas como sustento de su decisión: i) “No renovación de las Pólizas con vencimiento 19 de julio de 2009”; ii) “Incumplimiento del anexo técnico”, en lo que tiene que ver con el Plan de Inversiones Detallado – PID- y iii) “incumplimiento de la obligación de suministrar información a la interventoría”.

Esta acotación introductoria adquiere relevancia frente al alcance del presente estudio, pues al tener claridad en cuanto a las causas o razones esgrimidas por CEDELCA para declarar la terminación, es evidente que el Tribunal habrá de centrarse en dichos eventos precisos, sin que pueda considerar en su tarea de valoración, eventos o supuestos distintos a los indicados expresamente en la comunicación atrás mencionada. En efecto, al observar que en el escrito de la demanda de reconvención presentado por la convocada se aducen varias causas que supuestamente dieron

lugar a la decisión de terminación unilateral y anticipada, es menester advertir que el análisis de la terminación debe centrarse, en una primera y principal instancia, al estudio de las tres causales concretas que de una manera expresa fueron esgrimidas en su momento por CEDELCA como sustento de su decisión (folio 250 cuaderno Consejo de Estado).

Además, el tribunal dejó claro que frente a otros incumplimientos de las partes no se pronunciaría porque, además de que conforme al contrato su configuración no eran causal de terminación –pues señaló expresamente los eventos configurativos de terminación del contrato–, las partes no solicitaron en sus pretensiones que frente a cada uno de ellos se valorara su posible incidencia en el cumplimiento del objeto contractual. En efecto, manifestó:

Del estudio de las pruebas arrojadas al expediente, y de la abundante prueba documental allegada, no podrá el tribunal desconocer la ocurrencia de hechos que objetivamente son constitutivos de cumplimientos defectuosos de las obligaciones contractuales predicables de ambas partes. Tampoco podrá el tribunal evaluar si la entidad de los mismos daba o no lugar a la terminación del contrato, puesto que fueron las partes en el Contrato de Gestión celebrado, las que, sin mayores consideraciones o graduaciones establecieron las circunstancias que daban lugar a una tal declaración. **Tampoco solicitan las partes esa evaluación, ni el establecimiento de sus consecuencias, por lo que el Tribunal no entrará a analizar si los hechos que pudieron constituir incumplimiento de las obligaciones de las partes, alcanzaron grados de gravedad suficiente para ameritar la terminación del contrato.** Las partes, como ya lo dijo el tribunal, objetivamente identificaron las causas, y objetivamente establecieron sus consecuencias. Y el tribunal se atenderá, como es su deber, a la voluntad manifiesta de las partes. (folio 234 cuaderno Consejo de Estado; resaltado fuera de texto).

Conforme a lo citado, la Sala encuentra que el tribunal de arbitramento sí resolvió y se pronunció sobre los incumplimientos que según el actor no fueron analizados en la controversia arbitral y que configurarían la causal alegada. En este orden, la Sala considera que no se violó el principio de congruencia de la sentencia, frente al cual la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

La «*congruencia*» entonces, se erige en uno de los principios que gobiernan el derecho procesal civil, por cuya virtud, el fallo debe emitirse de modo concreto respecto de la materia disputada que los litigantes han

sometido a conocimiento del juzgador, al formular sus peticiones o plantear sus defensas.

No obstante dicha exigencia, cabe precisar que la ley no compele al fallador a realizar la aludida labor de una determinada forma, por lo que entonces, no siempre que omita un pronunciamiento expreso al respecto en la parte resolutive, incurre en el vicio procesal previsto en el segundo motivo de casación, dado que su resolución puede hallarse implícita y ser suficiente para desatender los argumentos sobre los que se edifican las aspiraciones litigiosas¹⁹.

Nótese que el tribunal, al negar la pretensión segunda subsidiaria de la primera pretensión principal, señaló:

Respecto de la pretensión segunda subsidiaria de la primera pretensión principal, en la que solicita la demandante en reconvención que se declare que “CEC y SOINCO, incumplieron el contrato de gestión, suscrito entre CEDELCA y CEC el 07 de octubre de 2008” **el Tribunal la negará, por las consideraciones expuestas en este Laudo en relación con el cumplimiento de CEC con sus obligaciones bajo el contrato de gestión que si bien pudo incurrir en falencias y defectos, finalmente su gestión se concretó en el cumplimiento de los compromisos asumidos** (resaltado fuera de texto).

Por lo anterior, se reitera que si bien el tribunal se refirió a las deficiencias en la ejecución del contrato, concluyó que estas no constituían un incumplimiento de tal entidad que le permitiera declarar la responsabilidad contractual de la convocante; en consecuencia, no accedió a las súplicas del convocado y demandante en reconvención.

En este orden, la providencia respetó el principio de congruencia pues al concluir que no existió incumplimiento por parte de la convocante no era procedente determinar en su contra responsabilidad contractual alguna.

Conforme a lo expuesto, el cargo no prospera.

Así las cosas y en atención a que ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar, el recurso de anulación formulado habrá de ser denegado.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 2014, Rad: 08001-31-03-008-2005-00209-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Se fijarán agencias en derecho en cuantía equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en aplicación de lo previsto en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura²⁰.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la solicitud de anulación del laudo arbitral recurrido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas por la secretaría de la Sección Tercera. Se fija por concepto de agencias en derecho el equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

²⁰ Dicho acuerdo prevé la siguiente tarifa: 1.12.2.3. Anulación de laudos arbitrales. Hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Aunque está contenida en el acápite correspondiente a los procesos ordinarios, no se reguló en materia de lo contencioso administrativo por lo cual se aplica la norma general para ese recurso extraordinario.

Magistrado