

contenido y señalar los efectos económicos que tendrían lugar una vez se concretara el supuesto fáctico que daría lugar a su aplicación, el cual -según se dijo- corresponde a la terminación anticipada del contrato por la decisión unilateral de la entidad contratante, sin más.

Aunado a lo anterior, es preciso recordar que la cláusula de reconocimiento de inversiones que fue pactada por los contratantes, no se contrapone ni se excluye frente a la cláusula penal también contemplada por las partes en el marco del contrato de gestión. En efecto, según se indicó en el capítulo precedente, la intención de las partes manifestada en el texto del contrato fue clara en señalar que la imposición de la cláusula penal en los distintos eventos regulados en la cláusula 13, no excluía el reconocimiento de las inversiones al gestor de conformidad con lo pactado en las cláusulas 20.5 y 20.6, según fuera el caso.

En este sentido, vale la pena traer a colación nuevamente lo estipulado en el numeral 2.1 de la cláusula 13, aparte en el cual se dejó expresa constancia en cuanto a que, "... cuando la terminación del Contrato se dé por causas atribuibles al Gestor, CEDELCA reconocerá al Gestor las Inversiones efectuadas por éste durante la vigencia del contrato, de acuerdo con lo previsto por la cláusula 20.6".

A su turno, en el numeral 2.2 de la misma cláusula 13, los contratantes indicaron de manera diáfana que, "[l]as partes acuerdan que la cifra a que se refiere este numeral 2.2. constituye una indemnización/compensación suficiente y adecuada para el Gestor, y que éste no podrá solicitar cifras adicionales a título de indemnización por ninguna circunstancia, independientemente de lo previsto por la cláusula 20.5".

Según se ve, los contratantes no escatimaron en dejar claro que la cláusula penal que llegare a imponerse por los distintos supuestos contemplados en la cláusula 13, no era impedimento para que a la vez se efectuara el reconocimiento de las inversiones de que tratan las cláusulas 20.5 y 20.6, según el caso. Aunque sea reiterativo, el Tribunal destaca que estas precisiones hechas por los contratantes corresponden en todo caso al ejercicio de la libertad de configuración contractual que les asiste, conforme a la cual tenían plena capacidad para estipular reconocimientos económicos distintos a los contemplados en la cláusula penal, teniendo en cuenta para ello las particularidades propias del negocio jurídico celebrado.

Considera el Tribunal que seguramente en la adopción de estas disposiciones, tuvieron en cuenta las partes que, con independencia de la causa que diera lugar a la terminación del contrato, justa o no, se imponía la obligación de la entidad contratante de reconocer al contratista – gestor las inversiones que en materia de infraestructura y otros elementos destinados a la prestación del servicio público objeto del contrato, que debían permanecer destinados a la misma una vez concluida la relación contractual. Y precisamente por ello, cualquier otra medida o

pacto tendiente a desconocer este reconocimiento hubiese resultado confiscatoria y contraria a derecho. Lo anterior es claro y evidente para el Tribunal, en consideración al régimen jurídico del Contrato de Gestión y por sobre todo a la naturaleza del objeto pactado, que en tanto constitutivo de la prestación de un servicio público esencial, impone preservar la continuidad en su prestación con independencia de intereses particulares –legítimos o no- y las controversias contractuales que pudieran generarse en la conducta de las partes del contrato celebrado al efecto, como es el caso sometido al estudio de este Tribunal.

Sin perder de vista la claridad que las partes tuvieron al regular en el contrato la cláusula penal y la cláusula de reconocimiento de inversiones al gestor, es menester considerar que al estudiar ambas figuras de conformidad con el alcance dado a las mismas por los contratantes, el Tribunal encuentra un aspecto determinante que permite diferenciarlas y entender el propósito que de manera específica se pretendió satisfacer al estipular en el contrato la referida cláusula de reconocimiento de inversiones.

A este respecto, cabe recordar en cuanto a la cláusula penal pecuniaria estudiada anteriormente, que es inherente a la misma su contenido indemnizatorio o compensatorio, al punto en que los mismos contratantes indicaron en este sentido que se estipulaba la referida pena convencional, “... **como indemnización por todos los perjuicios presentes y futuros que se hayan derivado de la terminación del Contrato**” (cláusula 13). No sobra reiterar en este punto que el supuesto contemplado en el contrato para la aplicación de la cláusula penal no estaba referido al incumplimiento del mismo, sino al ejercicio de la facultad convencional de terminar anticipada y unilateralmente la relación contractual.

Adicionalmente, recordando las características que son propias de la cláusula penal, se tiene que la misma supone como requisito para su estipulación y ejercicio, la existencia de una conducta antijurídica por parte del deudor⁸⁴, que puede consistir ora en el incumplimiento de las obligaciones pactadas, ora en la omisión de los deberes legales a cargo de las partes de observancia de los principios superiores que gobiernan el contrato, circunstancias que, a su vez, imponen de suyo, efectuar un juicio de responsabilidad contractual.

Es precisamente este aspecto el que permite distinguir la cláusula penal y la cláusula de reconocimiento de inversiones pactada en el contrato de gestión, pues, como se dijo antes, el supuesto al que se refieren las cláusulas 20.5 y 20.6 es claramente objetivo, consistente simplemente en la verificación de la terminación anticipada del contrato de gestión por decisión de la entidad contratante, con justa causa o sin ella, según el caso, aspecto que en estas estipulaciones no fue objeto de regulación y/o definición por las partes del Contrato.

⁸⁴ ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel. VODANOVIC H., Antonio: Ob. Cit., pp. 340.

Como puede advertirse, no hay lugar a efectuar en este caso un juicio de responsabilidad subjetiva para que opere la cláusula de reconocimiento de inversiones, pues objetivamente se estipuló en las cláusulas 20.5 y 20.6, que dicho reconocimiento procedería únicamente al constatarse el hecho consistente en que **CEDELCA** terminara anticipada y unilateralmente la relación contractual. En otras palabras, se trata de la mera aplicación del contrato, esto es, de materializar los efectos jurídicos que convencionalmente dieron las partes a la cláusula de reconocimiento de inversiones, sin que para ello hubiere lugar a enjuiciar la conducta contractual.

Merece especial atención esta condición que es propia de la cláusula de reconocimiento de inversiones según lo acordado por las partes al respecto, habida cuenta que al tener claridad en cuanto a sus particularidades y luego de observar los aspectos que la diferencian de la cláusula penal, puede deducirse que la misma no tiene naturaleza indemnizatoria o resarcitoria, pues claramente se observa que su objetivo no es reparar los perjuicios ocasionados a raíz de una falta imputable al deudor por su comportamiento culposos o doloso.

Efectivamente, de acuerdo con la forma en que fue pactada la cláusula bajo análisis y destacando de la misma que su aplicación es objetiva y simplemente supone el acaecimiento de una condición para producir efectos jurídicos, se advierte que dicha cláusula opera *ipso iure* por la misma fuerza vinculante del contrato, sin que se requiera para ello de un juicio de responsabilidad contractual enfocado en analizar la conducta del deudor, la cual pasa a un segundo plano y adquiere importancia únicamente para establecer el *quantum* del reconocimiento al que habrá lugar, esto es, para determinar cuál de las fórmulas contempladas en las cláusulas 20.5 y 20.6 habrá de aplicarse.

En palabras de **DE CUPIS**, el resarcimiento o la indemnización de perjuicios se explican por la existencia de una lesión injusta que sufre el acreedor de la obligación y que, por ende, debe ser reparada, destacando al respecto que en todo caso se trata de una sanción que se impone al responsable del comportamiento contrario a derecho que genera el respectivo daño. Concretamente, para este Autor:

“El resarcimiento quiere equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados. Restaurar y nada más que restaurar el equilibrio prometido por mediación de un equivalente pecuniario. No puede alegarse más, ya que excedería su función reparatoria.

“Sin embargo, aun siendo su fin meramente reparatorio, el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una sanción, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés, gravando con tal consecuencia desfavorable la violación de su norma protectora.

*Sería artificioso separar la violación del derecho del daño, para negar que el resarcimiento, concerniendo al daño, sea una sanción. Ciertamente la antijuridicidad es un atributo del daño, si bien el resarcimiento no se refiere al daño en sí y por sí, o sea, no cualificado, sino precisamente al daño que afecta a un interés jurídicamente protegido, que por tener por objeto tal interés, presupone la violación de la norma protectora del mismo, y de aquí que sea dable apreciar en él naturaleza sancionatoria.*⁸⁵ -Destaca el Tribunal-

Como puede advertirse, la indemnización o el resarcimiento de perjuicios se originan en la necesidad de reprochar una falta, de ahí la necesidad para que en cada caso se efectúe un juicio subjetivo de responsabilidad, en el marco del cual se evalúa la conducta del deudor a fin de establecer si la misma contraría el marco normativo del contrato, surgido del pacto o de la ley misma, y, con base en ello, decidir sobre la eventual reparación de los perjuicios causados.

No obstante lo anterior, ninguna de estas condiciones fueron contempladas por los contratantes como determinantes para que operara el reconocimiento de inversiones al gestor, de ahí que pueda concluirse sin dubitación alguna que dicha cláusula no es indemnizatoria o resarcitoria de perjuicios, pues para su aplicación no es determinante la comprobación de una falta que merezca un juicio de reproche contractual, sino que bastará simplemente con verificar el acaecimiento de la condición pactada por las partes, esto es, que tenga lugar la terminación anticipada del contrato por decisión unilateral de la entidad contratante.

En otras palabras, la aplicación de la cláusula de reconocimiento de inversiones está sujeta, exclusivamente, a que **CEDELCA** decida terminar anticipadamente el contrato de gestión, sin importar para ello la causa que dio lugar a dicha determinación y, menos aún, la valoración de su conducta contractual, tarea que, en todo caso, delegan las partes en el juez del contrato.

Advirtiendo, entonces, que el reconocimiento económico a que se refieren las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión no tiene carácter indemnizatorio o resarcitorio, encuentra el Tribunal que al estudiar sus características y teniendo en cuenta la regulación del mismo por los contratantes, puede inferirse con suficiente claridad que esta especial cláusula contiene una típica prestación u obligación contractual que se encuentra sujeta a condición. Evidentemente, se observa que dicha cláusula de reconocimiento de inversiones al gestor, pese a ser estipulada desde el surgimiento mismo de la relación contractual, produce efectos jurídicos al verificarse el cumplimiento de una específica y objetiva condición, correspondiente a la terminación anticipada del contrato por decisión de la entidad contratante.

⁸⁵ DE CUPIS, Adriano: El Daño, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 751.

Considerando que en los términos del artículo 1530 del Código Civil, “[e]s obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”, es válido enmarcar en esta definición la obligación asumida por CEDELCA en el evento en que tuviere lugar la condición pactada en las cláusulas 20.5 y 20.6, clarificando, además, que dicha condición se contempló como suspensiva y positiva, habida cuenta que los efectos jurídicos estaban suspendidos hasta el momento en que acaeciera el respectivo supuesto que daba lugar a su aplicación (artículos 1531 y 1536, Código Civil).

En este entendimiento, la obligación contemplada en las cláusulas 20.5 y 20.6 solo generaba efectos jurídicos hasta tanto se comprobara el cumplimiento de la condición estipulada precisamente por los contratantes, frente a lo cual es menester señalar que el supuesto contemplado para estos efectos es perfectamente posible y lícito de conformidad con lo estipulado en el mismo Contrato de Gestión, habida cuenta que en el mismo se pactó expresamente la posibilidad para que las partes ejercieran la facultad de terminación anticipada y unilateral del contrato, según quedó visto.

A la par de lo anterior, debe destacarse que a raíz del acaecimiento de la condición a que se refieren las cláusulas 20.5 y 20.6, surge una obligación y un derecho correlativos, como quiera que, para el contratista nace el derecho contractual de reclamar el reconocimiento de sus inversiones, mientras que para la entidad contratante adquiere vigencia la obligación de efectuar dicho reconocimiento a favor del Gestor y, consecuentemente, deberá liquidarse y pagarse la suma de dinero a que haya lugar, todo de conformidad con las estipulaciones contractuales que imponen al Gestor la obligación de devolver a la entidad, la totalidad de los Activos del Gestor y de las Inversiones en Infraestructura, a la terminación del contrato, por cualquier causa.

El derecho al reconocimiento de las inversiones a favor del Gestor ostenta, entonces, rango contractual, toda vez que es el mismo Contrato de Gestión el que permite reconocerle a dicha cláusula plena validez y eficacia jurídica, en el sentido de entender que es la relación contractual misma la que da nacimiento a la obligación.

Para entender esta especial circunstancia, basta recordar el alcance y los postulados del principio de libertad contractual o autonomía privada que faculta a los contratantes para disciplinar el negocio jurídico y, de contera, “... las prestaciones económicas derivadas del mismo, porque la ley no lo prohíbe, ni hay texto legal expreso in contrario. **Nada obsta, verbi gratia, a las partes en ausencia de expreso precepto restrictivo, limitativo o prohibitivo disciplinar las prestaciones económicas consagradas por la ley, ni para acordar otras**

prestaciones adicionales a las legales dentro de los parámetros del justo equilibrio contractual⁸⁶ -destaca el Tribunal-.

Clarificado lo anterior, debe recordarse que solo para efectos de establecer o determinar la cuantía del reconocimiento de inversiones que habrá de pagarse al Gestor, adquiere importancia el juicio subjetivo de la conducta desplegada por CEDELCA al terminar anticipadamente el contrato, aspecto frente al cual las cláusulas 20.5 y 20.6 distinguen de manera diáfana dos eventos, a saber: el primero (cláusula 20.5), cuando la terminación se haya declarado sin tener una justa causa que precediera dicha decisión, previo establecimiento por el juez de esta circunstancia, y, el segundo (cláusula 20.6), cuando la terminación unilateral se hubiere decretado con una justa causa comprobada, declarada por Cedelca a la luz del contrato.

Vale traer a colación en este punto las consideraciones expuestas párrafos atrás en cuanto al alcance de la “*justa causa*”, precisando que para el caso del reconocimiento de las inversiones será el juez del contrato –en este caso el Tribunal– quien deba examinar y decidir si efectivamente hubo o no “*justa causa*” a efectos de establecer cuál de los dos numerales deberá aplicarse, esto es, si el 20.5 o el 20.6.

Bajo estas consideraciones, es preciso que el Tribunal efectúe el análisis del caso concreto en el sentido de verificar si la referida condición contractual está demostrada y, consecuentemente, establecer el reconocimiento a que habría lugar de conformidad con las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión.

Las Cláusulas 20.5 y 20.6.: su naturaleza y efectos.

Encuentra el Tribunal que las cláusulas 20.5 y 20.6, antes transcritas, son de naturaleza contractual, surgieron del pacto y de la clara voluntad de las partes de regular el modo como habrían de compensarse y/o indemnizarse las secuelas dañinas derivadas del hecho de la terminación anticipada y unilateral del contrato, bien por causa justa o sin ella, pretendiendo con ello zanjar cualquier discusión, controversia o disputa futura que por concepto de perjuicios o sobrecostos pudiera intentar la parte que se viera afectada por la decisión de la otra de finalizar el convenio.

Para el Tribunal la terminación anticipada del Contrato de Gestión, ***por cualquier causa***, fue un hecho previsto por las partes, a un punto tal que desde la celebración del negocio jurídico regularon sus consecuencias, y vertieron en el pacto, el modo como se harían las reparaciones económicas a que hubiera lugar,

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2011, Rad. 2001-00847-01, M.P. William Namén Vargas.

considerando los costos, inversiones y tiempo de ejecución en que hubiera incurrido el sujeto contractual acreedor de dicha reparación, según el caso.

Observa el Tribunal, que las estipulaciones en estudio constituyen la base esencial de su análisis, toda vez que en ellas se encuentran previstos todos y cada uno de los supuestos fácticos que dieron lugar a la controversia que dio inicio a este trámite; y a los acuerdos de las partes, por demás lícitos en su objeto y dotados de validez y eficacia, a la luz del régimen jurídico del Contrato, estará el Tribunal al proferir el Laudo que ponga fin a este proceso.

Y es que el juez del Contrato se encuentra impedido para contravenir los acuerdos de las partes; no puede, si no ha sido requerido con ese propósito –so pena de incurrir en fallo *extra petita*- desestimar los legítimos consensos de los contratantes, para, contra su expresa voluntad, acceder a pedimentos que involucran solicitudes tendientes a desconocer las estipulaciones convenidas, cuando, como es el caso, ellas no han sido objeto de reproche ni se ha formulado pretensión alguna dirigida a quebrar su validez u obtener su nulidad.

En el caso que ocupa la atención de este Tribunal, ninguna de las partes formuló reproche alguno al contenido de las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión. Ninguna de las partes pretendió obtener del Tribunal declaración alguna relacionada con su inaplicación, invalidez o ineficacia. Por ello, el Tribunal se atenderá a su claro texto, que por demás –como ha dado cuenta a lo largo de este escrito- encuentra ajustado a derecho, en el que de modo inequívoco, se consignó la intención de las partes, se plasmó su voluntad y su aceptación expresa de asumir las consecuencias reguladas en ellas, frente a la materialización del supuesto previsto: La terminación anticipada del Contrato de Gestión, por **cualquier causa**.

La Corte Constitucional, frente a este tipo de pactos, ha manifestado⁸⁷:

“El contrato por sí mismo tiene un contenido aceptado por las partes y más allá de su naturaleza pública o privada, tiene por objeto prever de antemano las obligaciones, derechos y responsabilidades que adquieren las partes en virtud de ese vínculo jurídico, de forma que lo pactado en él las rige y, como tal, no les es sorpresivo. Por tanto, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado y de la buena fe con que éste debe actuar en este tipo de relaciones jurídicas, no todas sus decisiones contractuales pueden entenderse como fruto de una posición privilegiada o enmarcarse dentro de los perfiles de una potestad de mando, de forma tal que deban estar precedidas de especiales procedimientos o formalidades de expedición. Así, aún tratándose del Estado, pueden existir situaciones en que aquél esté en las mismas condiciones en que se encontraría cualquier contratante frente a su

⁸⁷ Sentencia T-1431206. Diciembre 14 de 2006. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

contraparte.

"(...).

"Visto lo anterior, más allá de la legalidad de la decisión de CAJANAL, asunto que corresponde determinar a la jurisdicción contencioso administrativa, la Sala observa que la misma tiene fundamento expreso en el contrato, cuya obligatoriedad y fuerza jurídica es reconocida por la legislación colombiana (art. 1602 C.C). Igualmente, se encuentra que la entidad demandada no apoyó su decisión en la potestad de terminación unilateral derivada de la cláusula novena del contrato -que se refería a las potestades excepcionales reguladas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993-, sino que se fundamentó en una facultad contractual distinta, no sancionatoria, que como tal no es inusual, y que estaba prevista para ser ejercida por cualquiera de las partes y en cualquier momento.

En este orden de ideas, sin perjuicio del control judicial ordinario de la actuación de CAJANAL EICE, la Corte no observa en el plano constitucional una afectación del debido proceso o del derecho de defensa que habilite la intervención del juez de tutela. En la medida que la actuación de la entidad demandada está fundada en una cláusula del contrato, que incluso la contratista también podía invocar en su beneficio si así lo hubiera querido, aleja la conducta del marco de las vías de hecho y la deja simplemente en el terreno de eventuales controversias contractuales de rango legal que la actora podrá discutir, si así lo desea, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"El sólo hecho de que la posibilidad de terminación anticipada del contrato estuviera expresamente pactada como facultad reconocida recíprocamente por las partes, impide concluir en el trámite de esta acción y con las pruebas allegadas, que la misma fue intempestiva, arbitraria o producto de una sanción a la contratista, a tal punto que la actora hubiera debido tener una forma especial de participación o de contradicción. Por tanto, se está ante una decisión que dentro del marco del contrato era de posible ocurrencia, no sólo por parte de la entidad demandada sino también de la accionante, de forma que no refleja de entrada un problema constitucional que deba ser tratado a través de la acción de tutela, bien como mecanismo principal, bien como medio transitorio de protección de derechos fundamentales. Frente a lo alegado por la actora en su impugnación, respecto a que la acción se ejerce como mecanismo transitorio por la duración que puede tener la controversia contractual ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, es preciso reiterar que, como ha señalado esta Corporación, ese no puede ser el criterio determinante para desplazar los mecanismos ordinarios de control judicial, pues por su naturaleza sumaria, la tutela los haría desaparecer y se constituiría en el único medio de

defensa frente a cualquier tipo de controversia. En el presente caso, además de que no aparece de plano la violación de los derechos fundamentales de la actora, el ordenamiento jurídico le brinda la acción contractual.

Del contenido de las estipulaciones en estudio, del que ningún equívoco, dubitación o yerro se desprende a juicio del Tribunal, es indiscutible concluir que se trata de verdaderos pactos transaccionales, en los términos y con los efectos de los artículos 2469 a 2487 del Código Civil.

A voces del artículo 2469 del Estatuto Civil, es característica tipificante de la transacción, la virtud que le es propia de *“terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual”*, efecto este último que es evidente en las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión.

Es claro para el Tribunal que las partes, en un claro ejercicio de la autonomía de la voluntad, y de su derecho de autoregulación en el Contrato, de común acuerdo, previeron el hecho de la terminación anticipada del contrato, **por cualquier causa**, y adoptaron las medidas que consideraron suficientes para reparar los perjuicios y/o mayores costos derivados de su ocurrencia.

Para el Consejo de Estado, la transacción⁸⁸:

... es uno de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, aunque regido por el derecho privado, en particular por el artículo 2469 del Código Civil, a cuyo tenor:

“Artículo 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

En efecto, la transacción es un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que esté pendiente de decisión judicial o que no haya sido sometido aún a ella, por medio de concesiones recíprocas, pues no hay transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos.⁸⁹ Por eso, puede ser definida la transacción como un negocio jurídico por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una por nacer, haciéndose concesiones recíprocas⁹⁰. Desde el

⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, M.P.: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 28 de febrero de 2011.

⁸⁹ Cfr. HINESTROSA, FERNANDO, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, Marzo de 2007, Pág. 735 y ss.

⁹⁰ Cfr. JOSSERAND, LOUIS, Derecho Civil y contratos, Tomo II, Ed. Jurídicas Europa- América, 1984, pág. 389.

punto de vista procesal es un medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando se refiere a la totalidad de las cuestiones debatidas entre las partes del mismo o, en el evento de ser parcial, clausura el debate en relación con las pretensiones sobre las cuales haga referencia.⁹¹

Es decir, el artículo 2469 del Código Civil le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, o sea, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales; y de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio, siempre que se allegue la prueba del mismo para que el juez pueda valorarlo, constatarlo y proceder a finalizar el proceso⁹², en el entendido de que en adelante carece de objeto, porque ya no habría materia para un fallo y de fin, porque lo que se busca con el juicio y la sentencia ya se obtuvo por las propias partes, que, en ejercicio de la autonomía privada, han compuesto o solucionado directamente sus diferencias.⁹³

"(...).

"En suma, la transacción elimina un litigio presente o futuro, comporta la extinción de obligaciones e implica la determinación de los intereses contrapuestos dando certidumbre a la relación jurídica en disputa, a través de concesiones mutuas. Por eso, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia entre las partes, sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión, en conformidad con la ley (art. 2483 C.C.).

⁹¹ "ART. 340. CPC—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 162.- Oportunidad y trámite. En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia. Para que la transacción produzca efectos procesales, deberá presentarse solicitud escrita por quienes la hayan celebrado, tal como se dispone para la demanda, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a éste, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción autenticado; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes, por tres días. El juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme. Si la transacción sólo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, sólo se celebró entre algunos de los litigantes, el proceso o la actuación posterior a éste continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquélla, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo. / Cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa. / Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre éstas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas otorgará un término de cinco días o señalará fecha y hora para audiencia, según el caso."

⁹² Sobre el control jurisdiccional de la transacción ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Para que el acuerdo transaccional sustituya la jurisdicción, porque autocompone el conflicto de intereses, precisa no sólo su 'ajuste a las prescripciones sustanciales' sino que la petición cumpla con los requisitos formales que para surtir efectos procesales establece el artículo 340 ibídem, pues no sobra advertir que ellos penden de la aprobación por parte del juez o magistrado. De manera que el juez controla la transacción desde un doble ángulo: como contrato, caso en el cual vela porque él cumpla los requisitos sustanciales, y como medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando recae sobre la totalidad de las cuestiones debatidas (pero también cuando es parcial), exigiendo las condiciones formales que para tal acto procesal consagra el artículo 340 ibídem". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Auto de 5 de noviembre de 1996. Exp. 4546.

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de febrero de 1971.

“Ahora bien, por regla general, la transacción es un contrato consensual (art. 1500 C.C.), es decir, tiene libertad de forma o lo que es igual no requiere de solemnidades, de manera que puede ser celebrado verbalmente o por escrito (en documento público o privado), salvo los casos expresamente señalados en la ley, como cuando afecta bienes inmuebles (arts. 12 del Decreto 960 de 1970, y 2º del Decreto 1250 de 1970), o en los procesos en curso (art. 430 C.P.C.). Además, la transacción debe reunir los requisitos generales de todo negocio jurídico (art. 1502 C.C.), y los presupuestos de validez (capacidad, objeto y causa lícitos, consentimiento exento de vicios - arts. 2476 a 2479 C.C.-, no contrariar las normas imperativas o el orden público o las buenas costumbres).

“(…).

De todo lo anterior, concluye el Tribunal:

- 1) Previeron las partes que el Contrato de Gestión podría terminar anticipadamente, y expresamente regularon la ocurrencia de esta circunstancia en las cláusulas 13, 14, 19 y 20 -20.5 y 20.6-.
- 2) De esta manera, es claro que la terminación anticipada del Contrato de Gestión fue un evento previsible para las partes. Así se confirma en el contenido de las cláusulas citadas. Por ello, encuentra el Tribunal que era claramente previsible para el Contratista la ocurrencia de la terminación anticipada del contrato y que en tal caso, no podía aspirar a reconocimientos distintos de los acordados en los pactos citados.
- 3) En el mismo contrato consignaron las partes las fórmulas de reconocimientos a la parte que se viera afectada por la terminación anticipada del Contrato por cualquier causa. (cláusulas 19, 20 -20.5 y 20.6-).

De esta manera, existiendo una previsión contractual plenamente aplicable al caso que ocupa la atención del Tribunal, cuya validez, eficacia y poder vinculante no ha sido objeto de cuestionamiento en este proceso, y cuyo contenido encuentra el Tribunal ajustado a derecho, es claro para el juez del Contrato que no existe fundamento legal ni contractual para reconocer reclamaciones que excedan los supuestos de reconocimiento previstos en las fórmulas consignadas en el Contrato mismo y consensuadas por las partes al momento de su celebración.

Por ello, desde ya advierte este Tribunal que no accederá a pretensiones que excedan los extremos que sirvieron de base a los acuerdos de reconocimientos, reparación y/o indemnización previstos en las estipulaciones contractuales que regularon los efectos derivados de la terminación anticipada del Contrato.

En este orden de ideas, y acudiendo a los estatutos civiles y comerciales para interpretar la intención de las partes al celebrar el contrato, así como el alcance jurídico de las obligaciones y derechos surgidos del mismo para ellas (artículos 30 y 31 de la ley 142/94; 8 de la ley 143/94), entra el Tribunal a analizar las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvencción, atendiendo el contenido de las obligaciones asumidas por las partes cuyo incumplimiento se endilgan mutuamente.

Es claro para el Tribunal que las partes en el Contrato de Gestión pudieron incluir en forma expresa, todas las estipulaciones lícitas que la ley permite a los particulares en su actividad contractual⁹⁴, y en tal virtud, las mismas obligarán a las partes como su propia ley (artículo 1602 del Código Civil). Así mismo, en aplicación del principio de la buena fe contractual que gobierna la ejecución del contrato, en el mismo, los contratantes se encuentran compelidos no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino *"a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."*

Igualmente, y con el mismo rigor, rigen el contrato los principios generales de derecho de la buena fe pre-contractual, de abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

Ha sido prolija nuestra jurisprudencia en el tratamiento de estos principios, dejando claramente establecida la ineficacia de las estipulaciones contractuales violatorias de su mandato, en tanto aquellos constituyen garantías que la ley otorga a los cocontratantes en la defensa de sus derechos, y como tales participan de la noción de orden público e interés público, inderogables por vía convencional.⁹⁵ (artículo 16 del Código Civil).

"Las estipulaciones regularmente acordadas, informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales", ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁹⁶.

Por lo mismo, *"La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes ya por motivos de interés social y aún de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello, es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula*

⁹⁴ Artículos 1602 y 1603 del Código Civil; artículos 822, 824, 830 y 831 del Código de Comercio.

⁹⁵ "Los arts. 15, 16 y 1602 del C.C. consagran el principio de libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen dicha libertad por motivos superiores de ética o de orden público." C.S.J. Cas, marzo 25 de 1941. L. 824.

⁹⁶ C.S.J., sentencia de abril 24 de 1979.

*penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave. (...).*⁹⁷

En estos casos, entra la ley a corregir y conjura o remedia los excesos contractuales, invalidando o restando eficacia jurídica a las estipulaciones violatorias de los principios aludidos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES:

En el contexto del Régimen jurídico del Contrato de Gestión y en el ámbito obligacional del mismo, establecidos en acápites anteriores de este Laudo, entra el Tribunal a estudiar la procedencia de las pretensiones formuladas por las partes en este proceso, teniendo en cuenta, de modo particular, las especificidades que siendo propias del contrato de gestión, son ajenas al derecho privado, por estar involucrado en su objeto la prestación de un servicio público esencial, que constituye de igual manera la causa y finalidad última de la contratación.

Esta premisa, indiscutible por demás, justifica, en criterio del Tribunal, las cláusulas del Contrato que desconocen los principios y bases en los que se fundamentan los negocios jurídicos gobernados por el derecho privado; tales como aquellas que permiten a la contratante, ante la ruptura justificada o no del vínculo contractual, exigir la devolución inmediata de la infraestructura puesta a disposición del Gestor para la prestación del servicio y de los Activos de éste que se encuentren destinados al cumplimiento del mismo propósito; que cuestionan la posibilidad de invocar la excepción de contrato no cumplido, y que prohíben al contratista – gestor, ante el eventual incumplimiento de su contratante, e incluso ante la terminación anticipada del contrato “*sin justa causa*”, el derecho de retención.

Por lo anterior, y a los efectos de determinar el ámbito jurídico de solución de las pretensiones sometidas al juicio de este Tribunal, se debe, en primer lugar, establecer la causa del contrato y la finalidad última perseguida con el cumplimiento de las prestaciones asumidas por los cocontratantes. Este ejercicio permitirá al juez valorar la conducta contractual de las partes y establecer si los hechos de incumplimiento que mutuamente se imputan, efectivamente acaecieron; si de haber ocurrido, los mismos tienen, a la luz del contrato y el tratamiento y conducta desplegada por las partes ante su ocurrencia, la entidad suficiente para concluir con el convenio, y si su acaecimiento es imputable al ámbito o esfera de

⁹⁷ C.S.J. Cas., 20 de abril de 1940. XLIX, 247.

responsabilidad contractual de la parte sujeto de reproche por acción u omisión de su cocontratante.

De esta manera, entrará el Tribunal a estudiar puntualmente los hechos expuestos y narrados por las partes y acreditados en el proceso, que las partes ubican en el régimen de la responsabilidad contractual de incumplimiento, con el fin, primero de establecer si en efecto, ellas o alguna de ellas incurrió en la conducta constitutiva de omisión sancionable con la declaración que se depreca por las partes, y si siendo así, en su caso, la misma tuvo o no justificación o excusa en la conducta de la otra, o si, por el contrario los hechos alegados no constiuyen a juicio del Tribunal, hechos de incumplimiento que acrediten o ameriten la sanción contractual cuya imposición solicitan las partes en sus escritos de demanda y de reconvención.

Este análisis adquiere relevancia, toda vez que, como ampliamente lo dejó consignado el Tribunal anteriormente, es el mismo documento contractual el que regula la procedencia y efectos de la terminación unilateral y anticipada del contrato por uno de los cocontratantes, y una y otros varían, según la circunstancia que de lugar a ella, se ubique en la "causa justa" o el motivo carente de justicia, en los términos definidos por el contrato.

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 incumplimientos 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.

Lo que si es deber ineludible del juez es el análisis de la conducta de las partes en la ejecución del contrato, con el fin de valorar, de conformidad con la ley y el convenio mismo, los efectos que ella tuviera en la relación contractual y en la ejecución del objeto pactado, así como las omisiones o los abusos y excesos en el ejercicio de los derechos que el convenio les concedía frente a determinadas actuaciones de la otra parte.

En este punto, encuentra el Tribunal –como fundamento del estudio individual de las pretensiones que enseguida acomete–, que durante el corto tiempo de ejecución contractual, ambas partes incurrieron en conductas omisivas y permisivas, que implicaron mutuas condonaciones en sus supuestos incumplimientos, puesto que, teniendo los instrumentos para sancionar, reconvenir, constreñir e imponer y exigir el cumplimiento de los compromisos asumidos por cada una de ellas, accedieron a evaluar, estudiar y revisar, con el fin de encontrar caminos que permitieran la continuidad del negocio jurídico celebrado. Lo que el Tribunal no reprocha, por el contrario encuentra loable el esfuerzo conjunto que se hizo en una atmósfera bastante hostil, de sacar el proyecto adelante.

Las Pretensiones de la Convocante:

Ya en capítulo anterior de este Laudo dejó sentado el Tribunal los fundamentos de su decisión respecto de las pretensiones de la demanda principal que buscan obtener un pronunciamiento declarativo o de condena, en exceso de las previsiones contractuales que regulan los efectos económicos en punto a reconocimientos y/o indemnizaciones a que se hace acreedor el contratista – Gestor cuando la entidad contratante decide, como es el caso, dar por terminada anticipadamente la relación contractual. La procedencia de las mismas, ya fue advertido, será negada en la decisión final con base en las consideraciones consignadas por el Tribunal en relación con el valor transaccional de las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión contentivas de los pactos de las partes sobre las compensaciones y/o indemnizaciones procedentes en caso de terminación unilateral del Contrato por cualquier causa.

De esta manera, en esta instancia, el Tribunal se ocupará del estudio de las pretensiones de la demanda principal, que no se encuentran excluidas del conocimiento del juez del contrato como resultado de la transacción aludida, y que persiguen de este Tribunal un pronunciamiento sobre los efectos contractuales de la terminación anticipada del Convenio, según los pactos de las partes expresamente consignados en el documento que lo contiene.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS.

Como premisa esencial de las decisiones que se adoptan en este Laudo, considera necesario el Tribunal tener como base conceptual de las mismas, además del régimen jurídico ya establecido en capítulo anterior, la Causa del Contrato de Gestión, motivación determinante de los pactos contractuales cuyo incumplimientos se atribuyen mutuamente los cocontratante.

La Causa del Negocio Jurídico:

Obra en el expediente copia del documento CONPES 3492 del 8 de octubre de 2007, mediante el cual, se establecen los supuestos del Plan de Acción para el salvamento de CEDELCA y se adoptan las recomendaciones formuladas por las autoridades y la administración de entonces. (VER: Cuaderno de Pruebas No. 1, fls. 525 y ss).

A título de fundamento y descripción de la causa del negocio jurídico que celebraron, consignaron las partes en el texto contractual, entre otras consideraciones, las siguientes:

"(...).

"2.3 Que el 3 de noviembre de 2006, mediante Resolución No. 20061300042285, se esbozó el Plan de Acción para la salvación de la Empresa, plan que se consolidó mediante Acuerdo entre la SSPD y Sintraelecol Seccional Cauca el 19 de mayo de 2006. Dicha Resolución reza lo siguiente: "Que la Superintendencia de Servicios Públicos y Sintraelecol Seccional Cauca, en desarrollo del plan de acción establecido en la Resolución No. 20051300013845 del 13 de julio de 2005, consolidaron un acuerdo, el 19 de mayo de 2006, para la salvación de la Empresa Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. (en adelante CEDELCA), el cual implica adelantar exitosamente el siguiente Plan de Acción: (...) 3. **CEDELCA mediante concurso público seleccionará un gestor especializado para la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica, el cual deberá aportar recursos de capital y crédito para inversiones que permitan reducir los altos índices de pérdidas, ampliar la cobertura del servicio y garantizar la calidad continuidad del mismo.** 4. La sociedad gestora, tendrá el compromiso de democratizar hasta un 25% de la participación accionaria con destino a los usuarios y extrabajadores de Cedelca, para lo cual hará la oferta y recaudo a través de las facturas conforme a lo dispuesto en el artículo 151 de la ley 142 de 1994 modificada por la ley 812 de 2003. 5. CEDELCA recibirá una remuneración con las cuales (sic) cubrirá las mesadas pensionales, hará el fondeo del pasivo pensional, pagará la interventoría y atenderá el servicio de la deuda del crédito contratado para el pago del retiro voluntario del personal.

2.4 **Que con el fin de asegurar la continua y eficiente prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca, CEDELCA llevó a cabo el Concurso Público No. 001-CEDELCA 2008 con el objeto de seleccionar el Gestor Especializado.**

"(...).

"2.6 **Que el Gestor, de conformidad con la información aportada en el Concurso, cuenta con los recursos para ejecutar el objeto del contrato y para cumplir con las inversiones requeridas para garantizar la**

prestación del servicio público de energía eléctrica en el área de influencia.

"(...).

"2.8 Que teniendo en cuenta el proceso de debida diligencia adelantado por el Gestor dentro del proceso desarrollado para la adjudicación del presente Contrato, éste ha realizado todas las evaluaciones previas y un examen cuidadoso de las características del Contrato y en consecuencia, asume la responsabilidad de conocer todas y cada una de las implicaciones del Contrato."

De las consideraciones de las partes consignadas en el texto contractual y de los antecedentes de la contratación, es evidente para el Tribunal que la causa del negocio jurídico o la razón esencial que motivó la celebración del contrato de Gestión por parte de CEDELCA, fue la de obtener en el muy corto plazo, los recursos suficientes para conjurar la grave situación económica que enfrentaba la Empresa y que necesariamente afectaba la prestación de los servicios a su cargo. La Empresa requería cubrir su pasivo laboral –bastante ingente para entonces- y por sobretodo garantizar, como era su deber constitucional, la prestación de los servicios públicos que constituyen su objeto, necesidad que se veía acentuada por la intervención estatal (superintendencia de servicios públicos domiciliarios) producida precisamente a causa de su precaria situación.

De allí porqué, es claro para el Tribunal, que en la selección del Gestor, primaban consideraciones de solidez económica, y de capacidad financiera suficiente que le permitieran al Gestor realizar de inmediato las inversiones requeridas para lograr estabilizar la empresa, implementar su infraestructura y garantizar la prestación idónea del servicio a su cargo.

En efecto, no puede desconocer el Tribunal que el compromiso de inversión, y el monto de la misma, fue elemento determinante para Cedelca en la selección del Gestor, circunstancia ésta que fue explícita en los documentos del Concurso Público No. 001-CEDELCA-2008, que antecedió la celebración del Contrato (VER: Numeral 6.3 de los Pliegos de Condiciones del Concurso Público No. 001 CEDELCA – 2008. Cuaderno de Pruebas No. 1, Fls. 540 y ss.).

Era pues esencial para la Empresa seleccionar un Gestor que contara con la capacidad suficiente y probada para acometer de modo inmediato, desde el inicio mismo de la ejecución contractual, las inversiones requeridas en la infraestructura de Cedelca destinada a la prestación del servicio de energía eléctrica para cumplir con el propósito de la contratación, por demás expreso en los documentos contractuales y particularmente en el denominado ANEXO TÉCNICO en el que se consignaron los fines e hitos que debían cumplirse con las inversiones. (VER: Anexo Técnico, Cuaderno de Pruebas No. 1, Fls. 161 y ss).

Estas premisas son evidentes en el clausulado contractual que, desde su objeto, enfatiza en la necesidad de la inmediatez de las inversiones que satisficieran las necesidades y falencias de la Empresa que la condujeron a entregar a un tercero la gestión del servicio a su cargo.

Por lo anterior, para el Tribunal, el meollo esencial del litigio –como conflicto contractual medular en este trámite- gira en torno al incumplimiento en el que, según la convocada, incurrió CEC respecto de sus obligaciones de presentar, en los términos requeridos por los pliegos de condiciones y el Contrato de Gestión-, el Plan de Inversiones Detallado al que se obligó desde su oferta. Esta conclusión del Tribunal, se apoya en sus consideraciones sobre la causa del Contrato de Gestión, y el énfasis que en su actividad probatoria hicieron las mismas partes sobre la importancia del Plan de Inversiones Detallado y los efectos contractuales del supuesto incumplimiento del Gestor de las obligaciones relacionadas con su elaboración, presentación y ejecución.

Conocidos la causa del Contrato de Gestión, su objeto, su contenido, así como el régimen jurídico aplicable al mismo, es preciso abordar lo atinente a la extinción o fenecimiento de dicha relación contractual, aspecto medular para el presente trámite arbitral en consideración a que las distintas controversias formuladas por las partes se refieren directa o indirectamente a la decisión adoptada por **CEDELCA** de terminar anticipada y unilateralmente del contrato.

Para estos efectos se analizará a continuación: (i) lo referido a la terminación del negocio jurídico; (ii) la institución de la terminación anticipada y unilateral del contrato; (iii) lo pactado en el contrato de gestión en materia de terminación; y con base en ello, (iv) analizar el caso concreto haciendo énfasis en el procedimiento adelantado por **CEDELCA** para tomar su decisión de terminación anticipada, así como en las causales aducidas por la contratante como sustento de dicha determinación.

La terminación o extinción del contrato determina la culminación del acuerdo de voluntades de las partes con el fin de ejecutar el respectivo objeto contractual, implicando, a su vez, el feneciendo de las obligaciones recíprocas pactadas por los contratantes en el marco del negocio jurídico. Cabe destacar en este sentido que la relación contractual tiene una naturaleza transitoria o temporal que le es inherente, razón por la cual adquiere importancia lo atinente a su terminación, pues necesariamente todo contrato habrá de fenecer sin importar la extensión del plazo que al respecto fijen los contratantes.

El contrato constituye sin duda el mecanismo principal para acceder a los bienes y servicios que garanticen la satisfacción de las necesidades sociales, sin desconocer que, a la postre, posibilita igualmente el desenvolvimiento de la economía y la circulación del mercado. Es así como se ha considerado el contrato como la máxima expresión de la libertad negocial, con fundamento en lo cual se

ha prohiado también que es propio de las relaciones contractuales su carácter momentáneo o transitorio, de manera que las mismas no pueden tener vocación de perpetuidad, habida cuenta que ésta condición es "... *extraña e incompatible al concepto de obligación, [pues] contraría el orden público de la Nación por suprimir ad eternum la libertad contractual*"⁹⁸.

Bajo este entendimiento, es claro que todo contrato debe terminar, ya sea por el cumplimiento de su objeto, por el vencimiento del plazo, por el acaecimiento de la respectiva condición o por las demás causas que legal o convencionalmente dan lugar a tener por extinguida la relación contractual. Vale resaltar en este sentido que, si bien es cierto que por las características propias de ciertos negocios debe pactarse una duración extensa que permita el cumplimiento del objeto pactado y la satisfacción de los intereses de cada contratante (como es el caso del contrato de gestión que es objeto de estudio en el presente trámite arbitral, entre otros), no puede perderse de vista que en todo caso se está fijando un límite temporal para la vigencia de la correspondiente relación contractual, de ahí que por más duradero que sea el negocio jurídico, en algún momento se cumplirá el plazo pactado y tendrá lugar el fenecimiento del mismo.

Ha señalado la jurisprudencia al referirse a la terminación del contrato que, "... *el cumplimiento oportuno e íntegro, es por excelencia el modo extintivo deseable, normal u ordinario*"⁹⁹; sin embargo, también se ha indicado que a la par de éste supuesto de extinción del negocio jurídico, debe tenerse en cuenta la posibilidad del mutuo disenso de las partes, del vencimiento del plazo o del acaecimiento de una condición preestablecida, amén del incumplimiento de las partes de sus obligaciones bajo el convenio, eventos que también dan lugar a la cesación de los efectos jurídicos de la correspondiente relación contractual.

Como puede advertirse, son variados los supuestos o circunstancias que determinan la terminación del contrato, unos por disposición de la ley, otros por voluntad de las partes, frente a lo cual vale destacar que en ejercicio de la libertad de configuración negocial que le asiste a los contratantes, es perfectamente posible que a título de cláusula accidental (*accidentalia negotii*), se contemple expresamente la facultad de dar por terminado el contrato de manera anticipada y unilateral¹⁰⁰.

En efecto, sin perder de vista que el legislador ha establecido para ciertos contratos la potestad de terminarlos anticipada y unilateralmente al verificarse el cumplimiento de ciertas condiciones (como sucede con la compraventa, el mandato, el arrendamiento, la agencia comercial, el comodato, el mutuo, entre otros), se advierte que para los demás casos no existe prohibición expresa que

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

limite a los contratantes a pactar en el clausulado la posibilidad de ejercitar dicha facultad convencional. Así lo ha concluido la H. Corte Suprema de Justicia al indicar que, *"... ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas [se refiere a las cláusulas de terminación unilateral y anticipada], por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces"*¹⁰¹.

No hay duda, entonces, de la capacidad que le asiste a las partes para regular el contrato y convenir en ejercicio de su libertad contractual la posibilidad de terminación unilateral y anticipada del mismo, destacando al respecto que el acuerdo logrado en este sentido, así como el alcance de dicha potestad, deberá manifestarse expresamente en el marco del contrato, pues atendiendo a su naturaleza de cláusula accidental (*accidentalia negotii*), es del todo necesario que se tenga plena certeza y claridad sobre su existencia. En otras palabras, al no tratarse de un elemento de la esencia o de la naturaleza del negocio, es imperioso que en el evento en que los contratantes deseen concederse la potestad de terminación unilateral y anticipada del contrato, hagan expresa mención de dicho aspecto en el clausulado contractual, de manera que no es posible suponer su existencia y mucho menos deducir su pacto como fruto de una interpretación dada al texto del contrato.

Adquiere marcada importancia lo atinente a la carga contractual que pesa sobre las partes en el sentido de pactar expresamente en el clausulado la potestad de terminación anticipada y unilateral del contrato, pues, *"... en ausencia de estipulación o previsión legal [en este sentido], están obligadas por el plazo y deben cumplirlo"*¹⁰². Efectivamente, atendiendo los postulados inherentes al principio del *pacta sunt servanda* (art. 1602, Código Civil¹⁰³), es claro que de no estipularse expresamente la cláusula de terminación *ipso iure* por decisión unilateral de una parte, ambos contratantes estarán obligados a cumplir el contrato en los estrictos términos en que fue celebrado debido a la fuerza vinculante del mismo, sin lugar a que puedan sustraerse de dicho compromiso por la mera voluntad de uno solo, la cual, en este preciso supuesto, resultaría *"... insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal"*¹⁰⁴.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Art. 1062, Código Civil: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Exp. 6230, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Cabe agregar a lo anterior que, aunado a la exigencia consistente en el pacto expreso, claro e inequívoco de la facultad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, también es necesario que los contratantes *ex ante* fijen con precisión y de manera concreta los eventos que darán lugar al ejercicio de dicha potestad. Sobre este particular, son ilustrativas y pertinentes las palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, al señalar que, “[l]a eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque”¹⁰⁵ –destaca el Tribunal–.

Bajo este entendimiento, el Tribunal observa que tratándose del contrato de gestión, las partes se encargaron de regular lo concerniente a la terminación de la relación contractual, estipulando en la cláusula 19 los eventos que darían lugar a la extinción del negocio jurídico. De manera particular, se advierte que la potestad de terminación unilateral y anticipada del contrato fue contemplada expresamente por los contratantes, condicionando la aplicación de la misma a la verificación de los supuestos contemplados al respecto en la subsiguiente cláusula 20 y en otros apartes del texto contractual.

Concretamente, la mencionada cláusula 19 estipuló al respecto lo siguiente:

“Cláusula 19.- Terminación del Contrato. Serán causales de terminación de este Contrato las siguientes:

“El Contrato se dará por terminado en los siguientes eventos:

“a. Cuando el Gestor sea tomado en posesión por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

“b. Por vencimiento del término.

“c Por el común acuerdo de las Parte.

“d. Por la Empresa o el Gestor unilateralmente en los casos contemplados en la Cláusula 20 siguiente así como en otras partes del presente Contrato.

“e. Las demás consagradas en el presente Contrato y aquellas establecidas en la Ley.” -Destaca el Tribunal-

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

No deja duda la cláusula en cita en cuanto a la potestad que le asistía a las partes para terminar la relación contractual por decisión unilateral y de manera anticipada, destacando en todo caso que en la misma se hizo expresa remisión a los eventos o supuestos que darían lugar al ejercicio de dicha facultad, los cuales estaban contenidos en la cláusula 20 y en otros apartes del clausulado contractual. En este sentido, se pactó en la referida cláusula 20 –numerales 20.1 y 20.2– que:

“Cláusula 20.- Terminación Unilateral

“20.1. Terminación anticipada del Contrato por parte de la Empresa. La empresa podrá terminar el Contrato anticipadamente de manera unilateral y con justa causa por las siguientes causas atribuibles al Gestor:

“a. Cuando el Gestor no entregue la información de que trata el numeral 4.9.3 de este Contrato.

“b. Cuando se presente la renuncia o abandono de los servicios de Distribución y Comercialización, presumiéndose que existe renuncia o abandono si en un plazo continuado de diez (10) días calendario, el Gestor sin justa causa, deja de prestar dichos servicios total o parcialmente.

“c. Cuando el Accionista Gestor disminuya su participación accionaria del 24.9% en el capital del Gestor.

“d. Cuando el Gestor entre en proceso de liquidación.

“e. Cuando la Empresa sea sancionada por cualquier autoridad administrativa o judicial por causas atribuibles al Gestor, sus empleados, contratistas, subcontratistas o asesores, siempre que ponga en riesgo la prestación del servicio de distribución y comercialización en el Área de Influencia.

“g. Por no realizar las capitalizaciones a que el Gestor se encuentra obligado de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10 del presente contrato.

“h. Por las demás causales establecidas en el Anexo Técnico al presente Contrato.

“20.2. Terminación anticipada del Contrato por parte del Gestor. El Gestor podrá terminar el Contrato anticipadamente de manera unilateral

en el caso en que la Empresa incumpla con sus obligaciones de entrega de la Infraestructura por un periodo igual o superior a dos (2) meses.

"Cuando se decrete la terminación anticipada del Contrato por esta causa el Gestor podrá hacer efectiva la cláusula penal establecida en este Contrato para este evento.

"En caso que se haya entregado parte de la infraestructura, el Gestor devolverá y entregará la Infraestructura a CEDELCA en la misma fecha de la declaración de terminación anticipada del Contrato y sin que para el efecto pueda alegar que se requiere previamente el pago por parte de CEDELCA de la cláusula penal. En el evento en que el Gestor no entregue la Infraestructura a CEDELCA en la fecha antes mencionada, CEDELCA hará efectiva de manera inmediata la cláusula penal sin perjuicio de exigir las demás indemnizaciones a las que haya lugar por incumplimiento del Gestor.

"En el evento de terminación del Contrato por la causa señalada en el presente numeral, el Gestor se obliga a devolver y entregar la Infraestructura 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 la indemnización correspondiente."

Según se ve, las partes regularon de manera diáfana lo concerniente a la terminación unilateral y anticipada del contrato, estipulando en primer lugar la posibilidad de dar por terminada la relación contractual mediante el ejercicio de dicha potestad y, a renglón seguido, señalando *expressis verbis* las causales o eventos que de manera precisa habilitaban al respectivo contratante a declarar unilateralmente la extinción anticipada del contrato, con justa causa.

Para el caso del contratista gestor, el Tribunal encuentra que el contrato (cláusula 20.2) lo facultaba para declarar la terminación anticipada de llegar a verificarse un único supuesto, correspondiente al evento en que **CEDELCA** incumpliera con la entrega de la infraestructura por un periodo igual o superior a dos (2) meses. Cabe reiterar que este caso fue contemplado por los contratantes como el único evento en que el contratista podía ejercitar la potestad convencional de terminar anticipadamente el Contrato de Gestión.

Por su parte, la cláusula 20.1 relaciona con precisión los distintos supuestos o causales que según lo acordado por los contratantes, habilitaban a **CEDELCA** para terminar con justa causa el contrato de gestión debido al incumplimiento atribuible al contratista. Adicionalmente, teniendo en cuenta lo señalado por el literal c) de la cláusula 19, el Tribunal pudo advertir que al estudiar integralmente el contrato y el anexo técnico al mismo, también se contemplaron como supuestos que daban lugar a que **CEDELCA** terminara anticipadamente la relación

contractual, los siguientes: (i) el incumplimiento en el pago de la suma mensual acordada como retribución por el uso de la Infraestructura, por un periodo igual o mayor a sesenta (60) días calendario (cláusula 9.5); (ii) el incumplimiento en la realización de las capitalizaciones de acuerdo con lo indicado en el pliego de condiciones (cláusula 10, inciso 8); (iii) la no renovación de la garantía de cumplimiento o de los seguros del contrato (cláusula 15, inciso 4); (iv) por el incumplimiento de las obligaciones cuya ejecución se contempló para el año 2009 en el Anexo Técnico, siempre y cuando hubieren pasado noventa (90) días después del plazo estipulado para tal efecto y el gestor no hubiere dado cumplimiento a las mismas (cláusulas 17.1 y 24); (v) por incumplimiento al no presentar el Plan de Inversiones Detallado –PID– para cada quinquenio (cláusula 17.2, Anexo Técnico); y (vi) por incumplimiento al no realizar el monto de inversión propuesto para cada periodo anual de acuerdo con la oferta económica (Anexo Técnico).

Teniendo claridad en cuanto al contenido de las causales o supuestos que según el contrato daban lugar a su eventual terminación por decisión unilateral del respectivo contratante, es preciso destacar al respecto, que las mismas fueron consagradas por las partes de manera concreta y precisa, siendo consecuentes con las exigencias propias de un sistema de *numerus clausus* cuyos postulados tienen plena aplicación en el marco de la regulación y el ejercicio de la potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato.

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.

No puede perderse de vista frente a este preciso aspecto que, tratándose de la terminación anticipada y unilateral del contrato, es imperioso “... *singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesorio, como corresponde a lo expreso*”¹⁰⁶, cuyo incumplimiento da lugar al ejercicio de la referida facultad convencional.

Preciso es concluir, entonces, que únicamente los eventos o supuestos arriba enlistados, los cuales fueron calificados en el mismo contrato como justas causas de terminación, habilitaban al respectivo contratante para que válidamente declarara la extinción de la relación contractual, siempre y cuando se tuviera plena

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

certeza sobre la configuración de las condiciones propias de cada supuesto o evento de incumplimiento, ya que el ejercicio de esta potestad "... presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución"¹⁰⁷ -se subraya-.

Ahora bien, teniendo claridad en cuanto al alcance de la facultad convencional de terminación anticipada y unilateral de la relación contractual, puede advertirse que el contrato reguló también lo concerniente al procedimiento que habría de seguirse en el evento en que se configurara alguno de los supuestos que daba lugar a la terminación por parte de **CEDELCA**. Efectivamente, en la cláusula 20.3 del contrato de gestión las partes plasmaron los pasos y etapas mínimas que debían llevarse a cabo para que **CEDELCA** pudiera adoptar la decisión de terminación anticipada del contrato, frente a lo cual cabe advertir que tratándose del ejercicio de la potestad por parte del Gestor no se contempló en el clausulado un procedimiento específico.

No obstante lo anterior, considerando que las controversias sometidas a decisión de este Tribunal giran en torno a la decisión adoptada por **CEDELCA** en el sentido de terminar anticipadamente el Contrato de Gestión, es menester entender y aplicar para tal efecto lo estipulado en la mencionada cláusula 20.3, en la cual las partes acordaron el siguiente procedimiento de terminación:

"20.3. Procedimiento. En el evento en que ocurra cualquiera de las causales que daban lugar a la terminación anticipada por parte de la Empresa, las Partes se sujetarán al siguiente procedimiento:

"a. La Empresa, mediante disposición de la junta directiva, informará al Gestor en forma escrita, sobre las causas que dan lugar a la declaratoria de la terminación anticipada.

"b. El Gestor, a su vez, manifiesta por escrito si acepta o no las causas invocadas por la Empresa para terminar anticipadamente este Contrato, lo que deberá hacer dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la comunicación enviada por la Empresa. En tal documento se harán constar las razones que sustenten la posición del Gestor.

"c. La Empresa a través de su Junta Directiva, previo concepto del Interventor, evaluará y verificará los argumentos y explicaciones del Gestor, para lo cual podrá obtener los conceptos técnicos y/o especializados que considere necesarios para tomar la decisión final.

¹⁰⁷ Ibidem.

"d. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al pronunciamiento del Gestor, la Empresa, mediante disposición de la Junta Directiva, comunicará al Gestor la decisión que corresponda. En todo caso, la Empresa podrá otorgar un plazo prudencial adicional hasta de quince (15) días hábiles, para que el Gestor supere las causas que dieron lugar a la declaratoria de terminación anticipada.

"e. Si dentro del plazo concedido no se superan las causas de la terminación anticipada, el Contrato será terminado.

"f. El mismo día en que se declare la terminación del Contrato, cualquiera sea su causa, el Gestor se obliga a entregar los Activos del Gestor y la Infraestructura a CEDELCA, sin que pueda alegar derecho de retención alguno o no entrega de los activos y la Infraestructura por cualquier otra causa.

"g. Luego de la entrega de los Activos del Gestor y de la Infraestructura a CEDELCA se procederá a la liquidación del Contrato, con sujeción a lo previsto en la cláusula 21 siguiente. El Gestor está obligado a cumplir con el Contrato y en consecuencia hará entrega de los Activos del Gestor y de la Infraestructura a CEDELCA en la misma fecha de la terminación del Contrato por cualquier causa, tal como ya ha estipulado en cláusulas anteriores en este contrato."

Fue así como los contratantes regularon paso a paso el procedimiento que debía aplicarse en el evento en que **CEDELCA** considerara la posibilidad de poner fin a la relación contractual, frente a lo cual cabe agregar que deberá tenerse en cuenta también lo estipulado en cuanto a las precisas causales de terminación, como quiera que frente a las mismas las partes contemplaron igualmente unos pasos a seguir que de manera particular y concreta debían cumplirse para efectos de hacer efectivas las consecuencias contractuales del incumplimiento, una vez éste se hubiere configurado.

Tal es el caso, por ejemplo, de la causal contemplada en el literal a) de la cláusula 20.1 del contrato, referida a la entrega de información por parte del gestor. Al respecto, el contrato estipuló de manera diáfana en su cláusula 4.9.3 que era obligación del gestor "... suministrar tanto al Interventor como a la Empresa toda la información, escrita o en medio magnético, que de acuerdo con el presente Contrato, sus Anexos y demás documentos que hagan parte del mismo, deba ser suministrada para el cumplimiento del objetivo de la interventoría", estableciéndose a renglón seguido que, "[e]n caso de que sin ninguna justificación la información no sea entregada, el Interventor dejará constancia escrita de lo mismo a través de una comunicación dirigida a la Empresa y deberá hacer un

segundo requerimiento al Gestor. Si nuevamente la información no es entregada deberá comunicar nuevamente a la Empresa (...) -se subraya-.

Igual sucede en relación con el supuesto a que se refiere la cláusula 9.5 del contrato, en materia de incumplimiento por el no pago oportuno del precio acordado como remuneración por el uso de la infraestructura, frente a la cual de manera expresa se dijo que, “[e]n caso de incumplimiento en el pago por un periodo igual o mayor a sesenta (60) días calendario, la Empresa a través de su junta directiva y previa aprobación del Comité de Seguimiento, podrá dar por terminado el Contrato de manera unilateral mediante aviso escrito dado con un (1) mes de anticipación a la fecha de terminación anticipada del presente Contrato, sin necesidad de constitución en mora o requerimiento adicional alguno” -se subraya-.

Las anteriores acotaciones adquieren importancia en atención a que, para efectos de valorar la decisión adoptada por CEDELCA, referida a la extinción anticipada y unilateral del contrato, análisis que resulta esencial para el Tribunal, a los efectos de decidir sobre la procedencia de las pretensiones de las partes, será imperioso evaluar el trámite o el procedimiento dado por la entidad pública contratante a dicha determinación, pues no solo bastará con que se aduzca una causal de terminación que haya sido contemplada como tal en el contrato y que su configuración se encuentre demostrada, sino que, además, deberá garantizarse, en todo caso, el debido proceso contractualmente pactado, al contratista - gestor, sin perder de vista igualmente que también deberán atenderse los postulados inherentes a los principios de buena fe y lealtad contractual, y por sobre todo, aquellos que inhiben al titular de un derecho el ejercicio arbitrario y abusivo del mismo.

En relación con estas garantías atinentes al procedimiento de terminación, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que su objeto consiste en preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de los contratantes, evitándose de esta forma el abuso en el ejercicio de dicha potestad unilateral. En palabras de la Alta Corte se tiene que:

“Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.”¹⁰⁸ -Destaca el Tribunal-

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

El aparte en cita deja claro que el ejercicio de la potestad de terminación unilateral exige la realización de un procedimiento mínimo con el cual se garantice el derecho al debido proceso o dicho de otro modo, si se quiere, el derecho a la observancia estricta del procedimiento pactado, a favor del contratante afectado con la decisión, indicándose que para tal efecto se deberá llevar a cabo al menos una etapa de “*preaviso*” en la cual se informe sobre las supuestas obligaciones incumplidas y se permita la posibilidad de subsanación, sin perjuicio de las sanciones que por esos supuestos hubieren sido pactadas y sin perder de vista que el ejercicio de esta facultad presupone la observancia de los postulados que son inherentes al principio de conservación del contrato.

En resumen, la potestad de terminación unilateral del contrato no puede ejercitarse “... *en forma ilimitada, arbitraria o sin justa causa, por cuanto el sistema jurídico le [impone] a todos los sujetos de derecho usarla sin exceso, con la debida prudencia y respeto por los derechos ajenos*”¹⁰⁹. Estas preciadas garantías son las que enmarcan la facultad convencional bajo análisis, de ahí que el procedimiento o trámite que se adelante para su aplicación o ejercicio deba ser respetuoso de las mismas, pues únicamente al verificarse el cumplimiento de dichos condicionamientos podrá prohibirse la validez de la decisión adoptada con el objeto de terminar unilateral y anticipadamente la relación contractual.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, el Tribunal pasará a estudiar y resolver las distintas controversias que se han formulado en el marco del presente trámite arbitral derivadas de la decisión adoptada por **CEDELCA** en el sentido de terminar anticipada y unilateralmente el contrato de gestión celebrado con **CEC**.

La terminación anticipada del contrato de gestión por decisión unilateral de CEDELCA

En la pretensión séptima del escrito de reforma de la demanda arbitral, la parte convocante solicita al Tribunal que declare que el contrato de gestión celebrado entre **CEDELCA** y **CEC** terminó anticipadamente, sin justa causa y por razones atribuibles a **CEDELCA**, el día cuatro (4) de octubre de 2009. A su vez, en la pretensión primera de la demanda de reconvención, la convocada pide al Tribunal que declare que **CEDELCA** terminó unilateralmente y con justa causa el contrato de gestión celebrado con **CEC**.

Aunado a lo anterior, la convocante solicitó al Tribunal en las pretensiones segunda y tercera de la reforma de la demanda que se declare el incumplimiento contractual de **CEDELCA**, “... *al declarar la terminación anticipada del Contrato de*

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. 2005-00590-01, M.P. César Julio Valencia Copete.

Gestión en la forma en que lo hizo, causándole perjuicios a CEC que deben ser indemnizados” y, además, “... 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”.

Así mismo, en las pretensiones cuarta y quinta principales de la demanda arbitral reformada, la parte convocante solicitó al Tribunal distintas declaraciones referidas a la terminación anticipada y unilateral del contrato.

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.

Sea lo primero advertir sobre este particular que, tratándose de la “*terminación unilateral*” del contrato de gestión, reposa en el expediente una primera comunicación remitida por **CEDELCA** a **CEC**, el día doce (12) de agosto de 2009 (Rad. No. 648980)¹¹⁰, mediante la cual se indicó al gestor que, “[e]n atención a lo dispuesto por el literal a) de la cláusula 20.3 Procedimiento del Contrato de Gestión (sic), me permito informar sobre las causas que dan lugar a la declaratoria de terminación anticipada del contrato, advirtiéndole que, al no contar **CEDELCA** S.A. E.S.P. con junta directiva, esta decisión corresponde al suscrito Agente Interventor” -se subraya-.

Concretamente, en la referida comunicación, **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

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2 – folios 000251 a 000257.

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 demanda de reconvencción 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 manera expresa fueron esgrimidas en su momento por CEDELCA como sustento de su decisión.

Primera causal de terminación: “No renovación de las Pólizas con vencimiento 19 de junio de 2009”

Garantía de cumplimiento y otras garantías.

En cuanto al pacto de la garantía de cumplimiento, así como al de otro tipo de garantías, cobran validez todas y cada una de las consideraciones antes consignadas en torno al tema de la autonomía de la voluntad, en la medida que en la tipología contractual bajo análisis, será éste un asunto igualmente gobernado por el derecho privado, y por lo mismo, sujeto al principio de la autonomía de la voluntad. Y ello es así, toda vez que el “*contrato especial*” bajo estudio, si bien pudiera considerarse un contrato estatal en razón de la condición jurídica de la entidad contratante –según la doctrina del Consejo de Estado¹¹¹–, en cualquier caso, el régimen jurídico de su contenido y ejecución es el derecho privado.

¹¹¹El Consejo de Estado, al dirimir las controversias surgidas entre una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios y su contratista, dispuso, sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado, que: *Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:*

*“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”*¹¹¹ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”

En consecuencia, puede afirmarse, en principio, que CEDELCA y su contratista CEC podían libremente pactar las garantías que estimaran idóneas y convenientes para garantizar el cumplimiento y/o la calidad del objeto contratado y de precisar sus términos y las condiciones en que las mismas serían exigibles, siempre que con tales pactos no se vulneraran las limitaciones atrás referidas por el Tribunal, y entre éstas específicamente las normas imperativas que en derecho privado rigen en materia de garantías, ni los principios de la actuación administrativa a los que igualmente se hizo mención en este documento.

Al respecto debe recordarse igualmente que el numeral 36.5. del artículo 36 de la Ley 142 de 1994 expresamente dispone:

“La negociación, celebración y modificación de los contratos de garantía que se celebren para proteger a las empresas de servicios públicos se someterán a las reglas propias de tales contratos aún si, para otros efectos, se considera que son parte integrante del contrato que garantizan”.

En consecuencia, parece más bien que a pesar de tratarse en principio de un asunto gobernado por la autonomía de la voluntad, será en realidad CEDELCA la que en últimas, por lo menos en cuanto hace a sus aspectos esenciales, la que determinará las coberturas, amparos, condiciones, vigencias y montos de las garantías que solicitará constituir a su contratista. No obstante, es preciso aclarar, que aun en este evento, CEDELCA deberá respetar las limitaciones que el ordenamiento jurídico contempla para la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

Las garantías en el Contrato de Gestión:

De manera sucinta y general, **CEDELCA** indicó en relación con esta primera causal de terminación que de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 15.1 del contrato, el gestor recibiría al momento de la entrega de la infraestructura las pólizas correspondientes al primer periodo del contrato, las cuales debían ser “mantenidas y renovadas” durante todo el término de ejecución del mismo de conformidad con lo dispuesto al respecto en el Anexo 2 del pliego de condiciones.

En este sentido, **CEDELCA** manifestó en cuanto al supuesto incumplimiento de **CEC** en relación con la renovación de las pólizas lo siguiente:

“En comunicación del 17 de julio de 2009 con número de radicación 20094000107601, recibida y radicada en CEDELCA S.A. E.S.P. el 21 de julio CEC envió una certificación de la Compañía de Seguros

COLSEGUROS, en virtud de la cual se indica que, la renovación de las siguientes pólizas se encontraba en proceso de expedición:

- "- Póliza Multiriesgo 1863*
- "- Póliza Global de Manejo No. 94.*
- "- Póliza Transporte de Valores 687.*
- "- Póliza Automóviles No. 1299133.*

*"A la fecha, CEDELCA recibió una serie de documentos denominados como pólizas menores, los cuales no reúnen los requisitos establecidos en el contrato de gestión."*¹¹² -Subraya el Tribunal-

Como puede advertirse al dar lectura al aparte en cita, fue genérica e indeterminada la manera en que **CEDELCA** indicó las razones que daban lugar al supuesto incumplimiento de **CEC** en cuanto a la renovación de las denominadas pólizas menores, pues se limitó a indicar simplemente que las mismas no reunían los requisitos establecidos al respecto en el contrato de gestión, sin más.

Se destaca esta especial circunstancia ante la importancia que tiene el hecho de conocer con precisión y de manera completa las razones que dan lugar a la configuración de la causal de incumplimiento y, de contera, a la iniciación del procedimiento de terminación en particular. Debe advertirse en este sentido que la garantía del derecho de defensa y contradicción del contratante afectado con la decisión de terminación exige que desde el inicio se proporcione una debida y completa motivación por parte de quien pretende finalizar la relación contractual, pues solo el conocimiento específico de las distintas razones que dan lugar a la configuración del supuesto incumplimiento permitirá al afectado ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción, tal como lo entendieron las partes y lo consignaron en el contrato al plasmar el procedimiento para determinar las causales de incumplimiento que pudieran generar la terminación anticipada del contrato.

Merece un juicio de reproche la vaguedad con que **CEDELCA** manifestó las razones que daban lugar al inicio del procedimiento de terminación por el supuesto incumplimiento contractual en materia de renovación de las pólizas menores. No obstante ello, puede advertirse de lo dicho por **CEDELCA** que el supuesto incumplimiento estaba referido a la temporalidad con que debían renovarse los seguros en cuestión, señalándose en este sentido que para el 21 de julio de 2009, **CEC** había enviado una certificación emitida por **COLSEGUROS** en la cual se indicaba que las pólizas menores se encontraban apenas en proceso de expedición, de manera que –a su juicio– no habían sido entregadas a tiempo.

¹¹² Cuaderno de Pruebas No. 2 – folio 252.

En este sentido, es trascendental entender las exigencias estipuladas por las partes en materia de renovación de los seguros del contrato, para lo cual es necesario dar lectura completa a lo establecido por la cláusula 15 y en particular a su numeral 1º. Esta precisa estipulación contractual indica expresamente lo siguiente:

"Cláusula 15.- Seguros y garantía de cumplimiento:

"El Gestor se obliga a constituir las siguientes pólizas de seguros y garantías de cumplimiento con una compañía aseguradora legalmente establecida y debidamente autorizada para operar en Colombia por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual deberá contar con una calificación mínima de AA- (doble A menos) de conformidad con la calificación Duff & Phelps.

"La póliza de cumplimiento deberá constituirla dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del presente Contrato y, en todo caso, antes de la Fecha de Inicio de Operación (si esta ocurriere antes del vencimiento de dicho plazo), en los términos y condiciones establecidos en el numeral 15.2.

"Las coberturas de seguros se deberán mantener vigentes durante todo el término de ejecución del Contrato en los términos establecidos en el anexo 2 del pliego.

"La no renovación de la garantía de cumplimiento o de los seguros se considerará como un evento de incumplimiento que dará lugar a la terminación del Contrato. El riesgo no cubierto por razón de la ausencia de garantía o seguro será responsabilidad del Gestor.

"15.1. Seguros: El Gestor deberá mantener asegurada la Infraestructura recibida mediante una póliza de seguro de todo riesgo daños materiales combinados. El Gestor a la entrega de la Infraestructura por parte de la Empresa, recibirá de ésta las pólizas para el primer periodo del contrato, las cuales deberán ser mantenidas y renovadas por el Gestor durante todo el término de ejecución del contrato en los términos que hace referencia el Anexo 2 del pliego, términos mediante los cuales se deberán cubrir todos los riesgos sobre (i) los bienes que conforman la Infraestructura y los Activos del Gestor, y (ii) la operación del negocio de Distribución y Comercialización, siempre y cuando dichos riesgos puedan ser asegurados; sin embargo el cubrimiento de los riesgos sobre los componentes de la infraestructura que no sean asegurables, estará bajo la entera responsabilidad del Gestor de acuerdo en la Cláusula 14 del presente Contrato.

“Estas pólizas deberán ser aprobadas por la Empresa a través del Comité de Administración de Riesgos – CAIR, sus coberturas deberán estar vigentes desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y tener una vigencia igual al plazo del Contrato hasta su liquidación y hasta que se efectúe la devolución de los Activos del Gestor o aquel que se estipula para cada caso. Es importante precisar que el Gestor a la entrega de la Infraestructura por parte de Cedelca S.A. E.S.P., recibirá las pólizas constituidas para el primer periodo del contrato las cuales deberán ser mantenidas y renovadas por el Gestor durante todo el término de ejecución del contrato en los términos que hace referencia el Anexo 2 del pliego. No obstante lo anterior, dichas pólizas podrán constituirse por plazos menores, siempre y cuando se mantenga cobertura permanentemente y deberán renovarse con una anticipación mínima de un (1) mes a su vencimiento.”

“Para las respectivas renovaciones con el fin de mantener las coberturas vigentes, el Gestor deberá realizar un estudio cuidadoso de los riesgos a los que se encuentran expuestos los bienes para determinar el monto del seguro a tomar, a fin de que estén suficientemente cubiertos los riesgos a que se refiere esta cláusula. Dicho estudio deberá ser presentado a la Empresa para su aprobación mediante reunión del Comité de Administración Integral de Riesgos CAIR, donde se tomará la decisión de su aprobación, la Empresa tendrá tres (3) días hábiles para aprobar o rechazar el estudio, en cuyo caso las partes tratarán de acordar amigablemente un monto para la póliza correspondiente. En caso de no llegar a un acuerdo, el conflicto se decidirá por medio de los mecanismos de solución de controversias aquí pactados.

“PARÁGRAFO PRIMERO: Los valores correspondientes a deducibles que se generen por la ocurrencia de eventuales siniestros y afectaciones de las pólizas de seguros serán asumidos en su totalidad por el Gestor.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Para los bienes que por su naturaleza o estado no son susceptibles de aseguramiento, tanto el Gestor como la empresa, podrán optar por alternativas diferentes al seguro, las cuales deben corresponder a la previa evaluación técnica y jurídica realizada por el Comité de Administración integral de riesgos.

“PARÁGRAFO TERCERO: Es importante resaltar que las Pólizas de seguros exigidas para el presente Contrato podrán constituirse por plazos menores a aquel de la duración del contrato y deberán renovarse con una anticipación mínima de un (1) mes previa a su vencimiento y ser aprobadas por la Empresa. Es decir que dichas pólizas se pueden constituir inicialmente por periodos de uno (1) a tres

(3) años, siempre y cuando las coberturas se mantengan vigentes durante todo el periodo establecido en el presente contrato para cada póliza." -Destaca el Tribunal-

De acuerdo con lo señalado por la citada cláusula, es menester distinguir al respecto entre la garantía de cumplimiento del contrato y los demás seguros relacionados con el mismo. Esta acotación es importante en atención a que, según lo indicado por **CEDELCA**, el supuesto incumplimiento de **CEC** tenía que ver con las denominadas pólizas menores y no con la garantía de cumplimiento, lo cual circunscribe el presente análisis a lo acontecido con estos seguros en particular (póliza multirriesgo, póliza global de manejo, póliza de transporte de valores y póliza de automóviles).

Ahora bien, en cuanto a la renovación de estos seguros, establecía la mencionada cláusula que el gestor recibía de parte de **CEDELCA** las pólizas que se habían constituido para el primer período del contrato, las cuales debían ser renovadas con una anticipación mínima de un (1) mes a su vencimiento, teniendo en todo caso que garantizarse la vigencia de las mismas durante todo el tiempo del contrato. De igual manera, la cláusula obligaba al gestor a la realización de un estudio de riesgos, el cual debía ser entregado a **CEDELCA** para ser aceptado en reunión del Comité de Administración Integral de Riesgos -**CAIR**-, con fundamento en el cual **CEDELCA** aprobaría posteriormente las respectivas pólizas renovadas.

Con claridad de lo anterior, el Tribunal observa que reposan en el expediente las pólizas correspondientes a estos precisos amparos, las cuales fueron constituidas por **CEDELCA** para que estuvieran vigentes hasta el diecinueve (19) de julio de 2009¹¹³. Se trata precisamente de las siguientes pólizas: (i) Multirriesgo¹¹⁴, (ii) De Manejo Global Estatal¹¹⁵, (iii) De Transporte Automática de Valores¹¹⁶ y (iv) De Automóviles¹¹⁷.

Considerando, entonces, que las pólizas en mención fueron entregadas a **CEC** en el marco del contrato de gestión, el cual, a su vez, estipulaba de manera diáfana que era obligación del gestor renovarlas con mínimo un (1) mes de anticipación al respectivo vencimiento, es preciso analizar lo sucedido en el caso concreto respecto de este asunto puntual, para lo cual adquiere importancia entender en orden cronológico los distintos acontecimientos que tuvieron lugar en cuanto a la renovación de las denominadas pólizas menores.

Sea lo primero advertir sobre este particular que reposa en el plenario una comunicación enviada por **CEC** a **CEDELCA** el diecinueve (19) de junio de 2009,

¹¹³ Cuaderno de Pruebas No. 31 – folios 431 a 537.

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 31 – folio 484.

¹¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 31 – folio 508.

¹¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 31 – folio 516.

¹¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 31 – folio 525.

con Rad. No. 20094000096401¹¹⁸, mediante la cual se remitía "... la propuesta presentada por la compañía de seguros Colseguros a nuestros corredores de seguros DELIMA MARSH, con las cuales mantienen las mismas garantías de la póliza anterior, mejorando los deducibles y sub límites amparados". La referida propuesta hacía mención precisamente de cuatro pólizas en particular, a saber: (i) Póliza Multirriesgo No. 1863, (ii) Póliza de Manejo Global No. 94, (iii) Póliza de Transporte de Valores No. 687 y (iv) Póliza de Automóviles.

Cabe destacar a este respecto que la propuesta presentada por **DELIMA MARSH** a **CEC**, fechada de diecisiete (17) de junio de 2009, señalaba de manera expresa que la misma correspondía a las denominadas pólizas menores, frente a las cuales se estaba presentado una propuesta de renovación con una vigencia comprendida entre el diecinueve (19) de julio de 2009 y el diecinueve (19) de julio de 2010.

Posteriormente, ante el silencio de **CEDELCA** y la Interventoría en relación con la propuesta de renovación hecha por el corredor de seguros **DELIMA MARSH**, **CEC** remitió una nueva comunicación a **CEDELCA** el ocho (8) de julio de 2009¹¹⁹, solicitando formalmente que se realizaran los comentarios pertinentes frente a dicha propuesta, poniendo de presente la aproximación de la fecha de vencimiento de las pólizas.

Fue así como, el diez (10) de julio de 2009, **CEDELCA** emitió la comunicación con Rad. No. 648749¹²⁰, mediante la cual puso de presente sus observaciones frente a la propuesta de renovación de pólizas menores que se había remitido por parte de **CEC**, concluyendo al respecto que "... es importante señalar, que las condiciones de costo y protección ofrecidas son distintas a las que hoy vienen y se hace necesario (sic) se emitan los anexos correspondientes en lo posible antes del inicio de la vigencia el próximo 19 de julio del año en curso".

El trece (13) de julio de 2009, la compañía de seguros **COLSEGUROS** emitió una certificación mediante la cual deja constancia en cuanto a la renovación de las pólizas menores, con una vigencia entre el diecinueve (19) de julio de 2009 y el diecinueve (19) de julio de 2010¹²¹, señalando igualmente que en el marco de dicha renovación no se efectuó ninguna modificación frente a las condiciones pactadas en las pólizas precedentes, advirtiendo que solamente se había efectuado una disminución en el valor de las correspondientes primas y se habían mejorado unos porcentajes en algunos deducibles.

Concretamente, certificó **COLSEGUROS** en su documento de trece (13) de julio de 2009, lo siguiente:

¹¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 18 a 26.

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 27.

¹²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 28 y 29.

¹²¹ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 140.

“Aseguradora Colseguros S.A. certifica que presentó propuesta de renovación a COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P. identificados (sic) con NIT 900.244.467-8, para las Pólizas de Multirriesgo, Transporte de Valores, Manejo Global Comercial y Automóviles, el día 16 de Junio de 2009, es decir con 1 mes de anterioridad a la fecha de vencimiento de las Pólizas mencionadas, con el fin de que el cliente evaluara la propuesta.

“Una vez el cliente dio orden en firme sobre las condiciones cotizadas, la compañía de Seguros confirmó cobertura el día 15 de Julio (sic) para las diferentes Pólizas con vigencia 19/07/2009 – 19/07/2010.

“Las condiciones de las Pólizas de Seguros mencionadas para la vigencia 19/07/2009 – 19/07/2010 incluyen las condiciones contratadas para las mismas en la vigencia 19/07/2008 – 19/07/2009 por el cliente CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA identificados (sic) con NIT 891500025. Se informa que no tienen modificación alguna en contra del interés del cliente. Para la contratación actual se obtuvo una disminución en el total de las primas respecto a la vigencia y se mejoraron algunos deducibles.” -Destaca el Tribunal-

Vale destacar que la certificación anterior indica con claridad que la compañía de seguros confirmó efectivamente la cobertura para las pólizas menores con una vigencia entre el diecinueve (19) de julio de 2009 y el diecinueve (19) de julio de 2010, previa aceptación de las condiciones por parte de CEC, circunstancia que adquiere relevancia frente a la obligación que le asistía al gestor en el sentido de renovar los seguros del contrato, pues teniendo en cuenta la manifestación hecha en este sentido por COLSEGUROS, es claro que las pólizas menores fueron renovadas por CEC, acotación que en todo caso será analizada a profundidad más adelante.

Consta en el expediente que con ocasión de la expedición de la referida certificación, CEC envió comunicación a CEDELCA con fecha de diecisiete (17) de julio de 2009¹²², a través de la cual le puso de presente la certificación emitida por COLSEGUROS, manifestando en dicha oportunidad que para esa fecha se encontraban renovadas las siguientes pólizas: (i) Póliza Multirriesgo No. 1863, (ii) Póliza Global de Manejo No. 94, (iii) Póliza de Transporte de Valores No. 687 y (iv) Póliza Automóviles No. 12999133.

Aunado a lo anterior, encuentra el Tribunal que reposa en el expediente otra certificación emitida también por COLSEGUROS, con fecha de veintiuno (21) de

¹²² Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 136.

julio de 2009, mediante la cual se dejó constancia que "... los señores **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P.** identificados con NIT 891.500.025-2, tienen contratadas las pólizas Multirriesgo MULR 1863, Transporte de Valores TRVA 687, Manejo MAES 94 y Automóviles 12999133 con vigencia desde 19/07/2009 a las 24:00 horas hasta 19/07/2010 a las 24:00 estas pólizas se encuentran en proceso de expedición" -subraya fuera del texto-.

Vale hacer mención en este punto a la expedición y entrega de los respectivos documentos contractuales o pólizas contentivas de las renovaciones, las cuales, según lo indicado en la experticia anticipada rendida por la doctora **ANA MARÍA FINKIELSZTEIN PÉREZ**, fueron expedidas por la compañía aseguradora el veintisiete (27) de julio de 2009¹²³. Al respecto, la mencionada profesional señala expresamente:

"Por último, según consta en las carátulas de las pólizas que nos fueron entregadas, éstas fueron expedidas en las siguientes fechas:

"1. Póliza Multirriesgo No. 2625 de Aseguradora Colseguros: el 27 de julio de 2009.

"2. Póliza de Manejo Global Comercial No. MAES-1041 de Aseguradora Colseguros: el 27 de julio de 2009.

"3. Póliza de Transporte Automática de Valores No. TRVA-1180 de Aseguradora Colseguros: el 27 de julio de 2009.

"4. Certificados para cada vehículo amparado y correspondientes a la Póliza de Automóviles No. 12999133 de Aseguradora Colseguros: el 27 de julio de 2009."

El panorama probatorio que se ha expuesto permite al Tribunal advertir varias circunstancias de trascendencia para determinar si en efecto se configuró o no el supuesto incumplimiento aducido por **CEDELCA** en materia de renovación de pólizas menores, a saber:

Primero, recordando que el contrato estipuló de manera clara que los seguros debían renovarse con un (1) mes de anticipación a su vencimiento, es claro que **CEC** no atendió el parámetro temporal establecido en estos términos por la misma cláusula 15, para el caso de las denominadas pólizas menores. En efecto, de acuerdo con lo indicado previamente, **CEC** debía renovar los seguros de Multirriesgo, Transporte de Valores, Global de Manejo y de Automóviles, antes del diecinueve (19) de junio de 2009; sin embargo, para esa fecha estaba tan solo presentando ante **CEDELCA** la propuesta de renovación que para tal efecto había

¹²³ Cuaderno de Pruebas No. 12 – folio 62.

realizado su corredor de seguros ante la compañía **COLSEGUROS**, lo cual da a entender de manera diáfana que para ese momento no se había efectuado aún la respectiva renovación.

Esta especial circunstancia es aceptada incluso por **CEC**, pues a través de comunicación de treinta (30) de julio de 2009¹²⁴, la Secretaria General de la sociedad gestora envió comunicación a la firma interventora en la cual señaló, entre otras cosas, lo siguiente: *"Respecto del segundo punto del oficio, me permito reiterar lo expresado por la Compañía en la reunión del 28 de octubre, en el sentido que la renovación de las pólizas se ha realizado dentro de los tiempos requeridos pero, no sea hecho con un mes de anticipación por evitar caer en una doble cobertura, la cual, de acuerdo a lo expresado en la reunión ya había quedado aclarado con el interventor. No obstante lo anterior y para evitar diferencias a este respecto, a partir de la fecha procederemos a realizar la renovación de las pólizas con un mes de antelación, así se caiga en una doble cobertura"* -Se subraya-.

Lo anterior da pie, entonces, para entender que claramente **CEC** no atendió el parámetro temporal definido en el contrato para la renovación de los seguros y, concretamente, para la renovación de las denominadas pólizas menores, pues hasta el diecinueve (19) de junio de 2009 solo había remitido a **CEDELCA** la propuesta presentada por la respectiva compañía de seguros para efectuar dicha renovación.

Segundo, de conformidad con lo indicado en la certificación emitida por **COLSEGUROS** el trece (13) de julio de 2009, puede advertirse que para ese momento ya habían sido aceptadas por parte de **CEC** las condiciones de la renovación propuesta y, por tanto, las mismas se encontraban en firme para la vigencia comprendida entre el diecinueve (19) de julio de 2009 y el diecinueve (19) de julio de 2010. Cabe destacar igualmente que, según lo indicado en la misma oportunidad, las condiciones de la referida renovación se mantenían inalterables frente a las pactadas en el marco de los contratos de seguros celebrados previamente con **CEDELCA** para el primer periodo del contrato de gestión.

Es determinante entender sobre este particular, que tal como lo prescribe el artículo 1036 del Código de Comercio¹²⁵, el contrato de seguro es un contrato consensual¹²⁶, de manera que su perfeccionamiento está dado simplemente por el

¹²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 11 y 12.

¹²⁵ Art. 1036, Código de Comercio: "El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva."

¹²⁶ Así lo ha concluido también la H. Corte Suprema de Justicia, al indicar al respecto que: "De la lectura sistemática de la disciplina normativa del seguro, la jurisprudencia de la casación civil, lo define como un contrato "por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro" (cas. civ. 24 de enero de 1994, S-002-94 [4045], CCXXVIII, 2467, p. 30; 22 de julio de 1999, S-026-99 [5065]).

acuerdo de voluntades de los contrayentes representado en la existencia de una oferta y en la aceptación de la misma. En efecto, *"... el contrato de seguro es según la opinión más segura, de carácter consensual; de modo que se perfecciona por el simple consentimiento de ambas partes, cuando se han fundido la oferta y la aceptación"*¹²⁷.

Esta acotación es importante para el caso concreto habida cuenta que, según las pruebas que han sido revisadas por el Tribunal, la renovación de las denominadas pólizas menores tuvo lugar antes del trece (13) de julio de 2009, pues para ese momento, según lo manifestado por **COLSEGUROS** en su certificación, existía la aceptación por parte de **CEC** frente a las condiciones ofertadas en la propuesta de renovación que había sido presentada por el corredor de seguros del contratista gestor.

Es evidente, entonces, la trascendencia que envuelve esta circunstancia para efectos de valorar el supuesto incumplimiento manifestado por **CEDELCA** en materia de renovación de las pólizas menores, pues, si bien es cierto que **CEC** no renovó los seguros en cuestión antes del diecinueve (19) de junio de 2009, no puede perderse de vista que dicha renovación sí tuvo lugar antes del trece (13) de julio de 2009, esto es, con anterioridad al vencimiento de la vigencia correspondiente a las pólizas tomadas por **CEDELCA** para el primer periodo del contrato de gestión, las cuales –valga la reiteración– fenecían hasta el diecinueve (19) de julio de 2009.

Y **tercero**, estrechamente ligado a lo anterior, es preciso considerar que ante el carácter consensual que es inherente al contrato de seguro, el hecho consistente en que las pólizas o los documentos en los que se hacía constar la renovación de los seguros se hubieren expedido apenas hasta el veintisiete (27) de julio de 2009, en nada afecta la existencia y validez del acuerdo contractual logrado por **CEC** y **COLSEGUROS** en cuanto a la renovación de las pólizas menores, pues claramente se advierte que lo atinente a la expedición del documento que dé cuenta de dicho acuerdo tiene tan solo efectos probatorios, más no constitutivos de la relación contractual y mucho menos de las obligaciones recíprocas surgidas con ocasión del simple acuerdo logrado previamente entre las partes.

Esta conclusión encuentra sustento legal en lo dispuesto por el artículo 1046 del Código de Comercio, norma que de manera diáfana prescribe que la entrega de la

"En cuanto a sus características relevantes el seguro es contrato de prestaciones correlativas al generar obligaciones para ambas partes, el asegurador y tomador quien puede coincidir con el asegurado (artículo 1037 Código de Comercio), oneroso (artículo 1497 Código Civil), aleatorio (artículo 1498 Código Civil), de ejecución sucesiva, consensual o de forma libre, principal (artículo 1499 Código Civil, aunque el seguro de fianza es accesorio), intuitus personae, con tipicidad legal, nominado, de o por adhesión, y, en algunos casos, forzado o impuesto, incluso con contenido mínimo legalmente impuesto, excluido a nivel de prohibición o dictado a través de ley, decreto o resolución (verbi gratia, el seguro ecológico, de accidentes personales, transporte, etc.)." -Destaca el Tribunal- (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Rad. 1997-14171-01, M.P. William Namén Vargas)

¹²⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: Contratos de Seguro. EN: CONTRATACIÓN MERCANTIL, Vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1562.

póliza al tomador por parte de la compañía aseguradora tiene “... fin
exclusivamente probatorios”, al punto en que una vez celebrado el contrato de
seguro mediante la existencia de una oferta y la aceptación de la misma, el
asegurador tiene un plazo de quince (15) días para hacer llegar la póliza o el
documento contentivo del contrato al tomador del respectivo seguro.

De manera concreta, el mencionado artículo 1046 del Código de Comercio
dispone lo siguiente:

“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

**“Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado
a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días
siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del
contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá
redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.**

*“La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de
contratos que se redacten en idioma extranjero.*

*“PAR.—El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa
del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la
póliza.” -Destaca el Tribunal-*

Así las cosas, teniendo en cuenta que las pólizas correspondientes a la
renovación de los seguros de Multirriesgo, Transporte de Valores, Global de
Manejo y de Automóviles, fueron expedidas el veintisiete (27) de julio de 2009, ello
en nada afecta el perfeccionamiento del acuerdo de renovación hecho por las
partes desde antes del trece (13) de julio de 2009, como quiera que –según quedó
visto–, la entrega de dichos documentos por parte de la compañía aseguradora
tiene solamente efectos probatorios, pero en nada incide frente a la existencia o
validez de la relación contractual.

No sobra advertir en todo caso que, al constatarse que las pólizas fueron
expedidas el veintisiete (27) de julio de 2009, la compañía aseguradora cumplió de
esta forma con la obligación que le imponía el artículo 1046 del Código de
Comercio, ya que emitió e hizo entrega de las pólizas durante los quince (15) días
siguientes a la celebración y perfeccionamiento del acuerdo contractual de
renovación de los seguros de Multirriesgo, Transporte de Valores, Global de
Manejo y de Automóviles.

De esta forma, ningún reproche puede hacerse en cuanto a la fecha de expedición
de las pólizas por parte de COLSEGUROS, al estar demostrado que el acuerdo
contractual para la renovación de las pólizas menores quedó perfeccionado con
anterioridad al trece (13) de julio de 2009. Con claridad de esta circunstancia es
posible concluir, también, que los riesgos inherentes al contrato de gestión y, de
manera concreta, los cubiertos por las denominadas pólizas menores, en ningún
momento quedaron desprotegidos, pues previo al vencimiento de la vigencia de

las mismas fueron renovadas por CEC ante COLSEGUROS, respetando las condiciones pactadas en los seguros precedentes y para una vigencia comprendida entre el diecinueve (19) de julio de 2009 y el diecinueve (19) de julio de 2010.

Bajo este entendimiento, es preciso establecer ahora si en el marco de lo acontecido respecto de la renovación de las pólizas menores se configura un incumplimiento contractual y, consecuentemente, definir si a la luz de lo estipulado en la cláusula 15 del contrato de gestión hay lugar a entender por configurada una causal de terminación anticipada, tal como lo entendió CEDELCA en su momento al tomar la decisión de dar por finalizada unilateralmente la relación contractual.

En este orden de ideas, el Tribunal encuentra probado, de un lado, que CEC renovó efectivamente las denominadas pólizas menores, el trece (13) de julio de 2009, esto es, antes del vencimiento de la vigencia de las pólizas inicialmente contratadas por CEDELCA (diecinueve (19) de julio de 2009) y, de otra parte, también está demostrado que según lo estipulado por el mismo contrato, dicha renovación debía realizarse con (1) mes de anticipación al vencimiento de la vigencia de las pólizas inicialmente contratadas por CEDELCA, es decir, antes del diecinueve (19) de junio de 2009.

No hay duda, entonces, de la existencia de un incumplimiento por parte del contratista - gestor, en lo que tiene que ver con el plazo o parámetro de orden temporal contemplado contractualmente para efectuar de renovación de las pólizas menores; sin embargo, se advierte que este preciso evento, si bien es del todo reprochable a la luz del contrato y pudo ser objeto de las sanciones contempladas en el mismo, no fue contemplado como causa o supuesto para dar por terminada la relación contractual.

En efecto, recordando lo estipulado en este sentido por la cláusula 15 del contrato de gestión, se advierte que allí se estableció el siguiente supuesto que daría lugar a la terminación anticipada y unilateral del negocio jurídico: **“La no renovación de la garantía de cumplimiento o de los seguros se considerará como un evento de incumplimiento que dará lugar a la terminación del Contrato. El riesgo no cubierto por razón de la ausencia de garantía o seguro será responsabilidad del Gestor”**.

Según se ve, la citada cláusula contempló como supuesto o causal de terminación, “... la no renovación de los seguros”, esto es, la “... ausencia de garantía o seguro” frente a un respectivo riesgo inherente al contrato. Ahora bien, tratándose de las denominadas pólizas menores, se observa que en ningún momento hubo falta o ausencia de seguro ante la no renovación de los mismos por parte del gestor, pues –según se indicó párrafos atrás– CEC renovó los seguros de Multirriesgo, Transporte de Valores, Global de Manejo y de

Automóviles, previo al vencimiento de la vigencia de las pólizas inicialmente contratadas por **CEDELCA** para el primer periodo del contrato, esto es, antes del diecinueve (19) de julio de 2009, de manera que en ningún momento quedó descubierto el respectivo amparo.

Valga considerar, entonces, que en ningún momento se contempló en el clausulado como causal o supuesto de terminación anticipada, el hecho de no renovar las pólizas un (1) mes antes del vencimiento de la vigencia de las preliminares, sino que, el evento que se estipuló en este sentido correspondía a la falta o ausencia de los seguros debido a la no renovación de los mismos por parte del contratista gestor, hecho que según quedó demostrado no se configuró en el *sub judice*, pues –se reitera– que pese a que **CEC** no renovó las pólizas en el tiempo señalado para ello en el contrato, si lo hizo antes de que venciera la vigencia de las pólizas inicialmente contratadas por **CEDELCA**, de ahí que pueda afirmarse que la relación contractual siempre estuvo cubierta en su esquema de riesgos.

Esta conclusión tiene un sustento claro en la cláusula antes citada (cláusula 15, inciso 4º), respecto de la cual debe recordarse que tratándose de la terminación anticipada y unilateral del contrato ejercida como sanción impuesta al contratante incumplido, la misma debe ser interpretada de manera restrictiva y en ningún momento ampliarse su aplicación a supuestos que no hubieren sido contemplados expresa y específicamente como causas o eventos para declarar la terminación anormal del negocio jurídico.

Tan cierto es lo anterior, que al revisar lo estipulado en el numeral 5º de la cláusula 15 del contrato de gestión, puede observarse que desde un principio las partes contemplaron el procedimiento a seguir en el evento en que el gestor no renovara las pólizas en el tiempo definido para ello en el contrato, estableciendo en este sentido que, “[s]i el Gestor no cumple con esta obligación dentro del plazo señalado, la Empresa queda expresamente autorizada por este contrato para adoptar todas las medidas indispensables para su renovación con cargo al Gestor”¹²⁸ -se subraya-.

No deja duda la mencionada cláusula en señalar que **CEDELCA**, antes de declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato por esta precisa circunstancia, tenía que proceder de conformidad con lo estipulado al respecto en el clausulado contractual, de acuerdo con el cual era menester que se advirtiera un eventual incumplimiento por parte del gestor en cuanto a la no renovación oportuna de las pólizas menores, debía tramitar directamente la contratación de las mismas e imputar los costos correspondientes a **CEC**.

¹²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folio 138.

Sin embargo, no hay prueba en el expediente que dé cuenta de las gestiones o trámites adelantados por **CEDELCA** con el objeto de renovar directamente las pólizas menores tras advertir el incumplimiento del gestor en cuanto al plazo contemplado en el contrato para tal efecto, pues las distintas comunicaciones y documentos que reposan en este sentido se refieren a la posibilidad de dar por terminada la relación contractual, sin que la entidad pública y la firma interventora advirtieran y mucho menos distinguieran en este sentido los diferentes supuestos contemplados al respecto en el contrato, así como la solución o decisión que frente a cada uno se concebía en el texto contractual.

A igual conclusión cabe llegar frente al evento en que **CEDELCA** hubiere considerado que las respectivas garantías o seguros no hayan sido renovadas en los términos o condiciones previstos para las mismas en el contrato, evento respecto del cual la misma cláusula 15 estipulaba que la entidad podía renovarlas o adecuarlas directamente ante su corredor o compañía de seguros, con cargo al contratista - gestor quien debía responder por los gastos en que se incurriera para tal efecto.

Llama la atención del Tribunal la actuación desplegada en este sentido por parte de **CEDELCA**, pues pudiendo actuar de conformidad con lo permitido e incluso exigido por el contrato de gestión en materia de renovación de las denominadas pólizas menores, las cuales podían haber sido contratadas directamente tras advertirse un eventual incumplimiento por parte del gestor, tomó la decisión más gravosa para los intereses del negocio jurídico mismo al declarar su terminación anticipada sin contar, en cuanto hace al supuesto bajo análisis, con una justa causa que lo habilitara para ello.

Se pone de presente esta especial circunstancia como quiera que, el comportamiento o la conducta contractual de la entidad pública contratante no fue respetuosa del principio de preservación del contrato ni de los postulados inherentes a los principios de buena fe y colaboración contractual, pues en vez de aplicar la salida contemplada en el mismo clausulado en el sentido de renovar directamente las pólizas menores al advertir eventuales incumplimientos en este sentido por parte de **CEC**, adoptó un comportamiento encaminado a extinguir el negocio jurídico sin valorar su decisión frente a los principios de legalidad y proporcionalidad, dejando de lado el interés representado en la debida ejecución del objeto contractual, amén de que, como quedó demostrado en el trámite, los seguros fueron efectivamente renovados y el riesgo amparado nunca estuvo al descubierto.

Por ello, debe concluir el Tribunal, a la luz de lo expresado hasta aquí, que el supuesto por el cual **CEDELCA** dio por terminado el contrato de gestión, consistente en no haber renovado las pólizas con la anterioridad exigida por el contrato y de acuerdo con las exigencias definidas por el mismo, no corresponde a un evento contemplado en el marco del contrato de gestión como justa causa de

terminación anticipada y unilateral, de manera que no podía aducirse como tal por parte de la entidad contratante para extinguir de manera anormal el negocio jurídico, como en efecto sucedió.

En otras palabras, 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 justa 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. Lo anterior sin perjuicio de reprochar de manera categórica la conducta de **CEC** en el marco del procedimiento de renovación de las pólizas menores, pues sin duda está evidenciado que no cumplió con el plazo expresamente estipulado para ello en el contrato de gestión.

Efectivamente, si bien está claro que dicho incumplimiento contractual imputable al contratista no constituía una justa causa de terminación, bien pudo ser reconvenido o sancionado por parte de **CEDELCA** en el marco de la ejecución contractual, pero de ninguna forma podía ser esgrimido como sustento para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de gestión.

En resumen, el Tribunal encuentra demostrado que no era justa causa de terminación el primer evento alegado por **CEDELCA** en su comunicación de doce (12) de agosto de 2009, el cual fue confirmado mediante comunicación de nueve (9) de septiembre de 2009.

Segunda causal de terminación: “Incumplimiento del Anexo Técnico” en lo que tiene que ver el Plan de Inversiones Detallado

La posición de las partes.

La controversia en torno al cumplimiento de las obligaciones del Gestor relacionadas con la formulación del Plan de Inversión, primero, y luego con la ejecución efectiva de las inversiones comprometidas en el mismo, según los expresos pactos consignados por las partes en el Contrato de Gestión, la definen los contendientes en este proceso, así:

En sus alegatos de conclusión, en los que reitera la posición inicialmente asumida en la demanda, la convocante, hace consistir la transgresión contractual en la violación del debido proceso contractual en el que, a su juicio, incurriera **CEDELCA**. Los reproches que formula la convocante, los enuncia y agrupa, esencialmente, bajo tres categorías de desconocimiento de derechos por su contratante, así:

- a) La violación del debido proceso,
- b) El desconocimiento del derecho de defensa, y

- c) Ausencia de competencia de CEDELCA para terminar unilateralmente el Contrato de Gestión, competencia que entiende radicada en el juez del Contrato.

En efecto, la convocante, manifiesta y sustenta las imputaciones de incumplimiento que endilga a su contratante de la normativa superior –constitucional y legal- y la contractual, bajo los siguientes enunciados:

“CEDELCA ES RESPONSABLE POR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE CEC AL NO APLICAR OS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES ESTABLECIDOS FRENTE A LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS IMPUTADOS AL GESTOR.

“Se tiene entonces que, como se demostrará a continuación, Cedelca violó en múltiples ocasiones el Debido Proceso de CEC al:

- (i) no aplicó el procedimiento sancionatorio contractual pactado entre las partes respecto a desincentivos y renovación de pólizas (lo cual, a su vez, constituye un incumplimiento contractual de la Convocada).*
- (ii) Impidió a CEC acceder a un mecanismo de solución de controversias también pactado por las partes en el Contrato de Gestión, cláusula 22, como lo era la Amigable Composición.*
- (iii) (...), y*
- (iv) (...).*
- (v) Cedelca carecía de la competencia para tomar la desproporcionada decisión de terminar unilateralmente el Contrato de Gestión (además de tratarse de una decisión sin fundamento dado que se han rebatido los incumplimientos imputados a CEC).*

Los supuestos indicados, los concreta y desarrolla la convocante a lo largo de su alegato de conclusión, en síntesis, bajo el siguiente enunciado:

4.1 Cedelca violó el derecho al debido proceso de CEC al optar por terminar unilateralmente el Contrato de Gestión, en tanto que, de haber sido ciertos los incumplimientos imputados, lo contractualmente procedente era la aplicación de desincentivos, situación de la que Cedelca era conciente y conocedora por haber redactado ella misma el Contrato.

Considera la Convocante, que de haber existido el incumplimiento que le imputa su contratante en relación con el PID, la consecuencia contractual clara consistía en la “imposición de desincentivos y no la terminación unilateral del contrato”. Manifiesta la Convocante que la imposición de desincentivos no era opcional de la convocada, sino que la misma constituía una obligación suya. Por ello, en criterio de CEC:

- (i) *La imposición de desincentivos de darse los supuestos de hecho para su procedencia, era obligatoria para Cedelca, no discrecional.*
- (ii) *Cedelca tenía pleno conocimiento de que, en el evento de ser cierto el incumplimiento de CEC en relación con el PID, debía aplicar desincentivos.*
- (iii) *CONCLUSIÓN: Cedelca incumplió el Contrato de Gestión, violó el derecho al debido proceso de CEC al declarar la terminación unilateral el Contrato en lugar de imponer desincentivo.*

Por su parte, la convocada, en sus alegatos de conclusión, a más de reiterar los hechos enunciados en su demanda de reconvención y en la contestación de la demanda principal, concluyó, respecto de las obligaciones del Gestor de presentar un Plan de Inversiones Detallado, con observancia de los requerimientos del Anexo Técnico y demás documentos contractuales aplicables.

En la demanda de reconvención, la convocada manifestó, en relación con el incumplimiento que endilga a CEC por concepto del PID, que:

1. *CEC no realizó las inversiones necesarias para el cumplimiento del objeto del contrato de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones, el Contrato de Gestión, la oferta económica y el Anexo Técnico.*
2. *En relación con las inversiones realizadas por CEC, la firma Consulting International Business Association S.A. señaló en el Informe Auditoría Integral de Cumplimiento Contrato CEC S.A. E.S.P. que en los activos de la compañía se encontraba el rubro de Propiedad, Planta y Equipos, por valor de \$223'546.661. En el mismo informe señaló que "Una vez más, se concluye que el plan de inversiones que debería reflejarse en el rubro de propiedad, planta y equipo, no se ha ejecutado.*
3. *Posteriormente, en relación con las inversiones realizadas por CEC, la firma Consulting International Business Association S.A. señala lo siguiente en el informe de Auditoría Integral de Cumplimiento del Contrato CEC S.A. E.S.P.:*

"Los accionistas de la CEC no han aportado los recursos para financiar el plan de inversiones, que presenta un déficit de caja para los tres (3) primeros años de 142.027 millones.

No se ha dado la ejecución del plan de inversiones al corte de agosto de 2009 y es incierto su cumplimiento al cabo del primer año de gestión (noviembre 30/09)".

4. Las deficiencias en relación con las inversiones realizadas constituyen un incumplimiento de las cláusulas 3, 4.1.1 y 4.15.1 del Contrato de Gestión.

Y en sus alegatos de conclusión, manifestó la Convocada sobre el supuesto incumplimiento de CEC respecto de la presentación del Plan de Inversiones, en síntesis, que:

“4.2.2.1 Incumplimiento del Anexo Técnico.

- *El Anexo Técnico era uno de los elementos fundamentales para la ejecución del Contrato de Gestión, pues en este documento se previeron los elementos particulares bajo los cuales se debían realizar las diferentes actividades propias del Contrato. En especial, este documento contiene todos los aspectos relevantes relacionados con la planeación, estructuración y ejecución de las inversiones.*
- *(...) pasados más de cinco (5) meses desde la fecha máxima prevista en el Contrato para la entrega del Plan, el Gestor no había cumplido con la obligación de presentar el documento en las condiciones previstas en el Contrato de Gestión y en el Anexo Técnico para el primer año de ejecución del contrato.*
- *(...) para cumplir con la obligación de permitir a la interventoría verificar que las inversiones no superaran el costo máximo previsto por la CREG, era indispensable que el Plan de Inversiones desagregara el valor estimado de inversión con un nivel de detalle de unidad constructiva o activos. Esta sería la única manera de lograr que los valores del Plan de Inversiones pudieran ser comparados con los valores fijados por la CREG y de realizar la verificación sobre el cumplimiento de dicha obligación.*
- *(...)*
- *(...) ni siquiera con los diferentes documentos entregados de manera extemporánea, finalizando el mes de agosto de 2009, el Gestor había incumplido con una de las obligaciones esenciales para lograr una ejecución adecuada del Contrato, a saber: el cumplimiento del Anexo Técnico en lo referente al Plan de Inversiones detallado.*
- *(...) Es así como el incumplimiento de las obligaciones previstas en el anexo técnico en relación con el plan de inversiones detallado impidió cumplir con uno de los objetivos principales del contrato, cual era la realización de inversiones para reparación y, sobre todo, para expansión de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de energía en el Departamento del Cauca.*
- *De acuerdo con todo lo expuesto, resulta claro que se configuró la causal de terminación prevista en el Contrato como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Anexo Técnico en relación con la presentación del plan de inversiones detallado.”*

El contenido de los documentos contractuales.

El Contrato.

Observa el Tribunal que desde el objeto mismo del contrato, surge la obligación a cargo del Gestor de realizar las inversiones ofrecidas en las finalidades y montos propuestos en los documentos contractuales. Como viene de verse, estas inversiones por el Gestor constituyen la causa de la contratación, y por ello su efectiva realización se tiene en el contrato como uno de los compromisos esenciales del contratista.

En efecto, el objeto contractual se define en la cláusula tercera del Contrato de Gestión como:

“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 públicos de distribución y comercialización 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; (...)**”*

En el capítulo de *DEFINICIONES* del Contrato de Gestión, las partes consignaron su entendimiento de *PLAN DE INVERSIÓN* como “el conjunto de proyectos para efectos de reposición de activos, expansión de cobertura, mejoramiento de calidad del servicio y disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa. La Inversión estará sujeta a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, el Contrato, el Anexo Técnico de este Contrato y a la Oferta Económica presentada.”

En el mismo capítulo, definen las partes *INVERSIÓN* o *INVERSIONES* como “la Inversión o Inversiones efectivamente realizadas, ejecutadas y/o pagadas para la ejecución del presente Contrato de Gestión”.

Es entendido por el Tribunal, que el modo y las condiciones como debían realizarse, ejecutarse y/o pagarse las inversiones definidas por las partes, debían responder a los requerimientos contractuales, expresamente consignados en el *"Pliego de Condiciones, el Contrato, el Anexo Técnico de este Contrato y a la Oferta Económica presentada."*

Adicionalmente, no escapa al Tribunal el hecho de que las partes precisaron en el convenio, al definir el Plan de Inversiones, que éstas debían tener como propósito y finalidades expresas:

- (i) *La reposición de activos;*
- (ii) *La expansión de cobertura;*
- (iii) *El mejoramiento de calidad del servicio, y*
- (iv) *La disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa.*

De esta manera, en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Gestor en punto a la formulación del Plan de Inversión y a las inversiones realizadas, ejecutadas y/o pagadas por éste, el Tribunal acudirá a la adecuación de los planes de inversión propuestos por el Gestor a Cedelca con su oferta y los requerimientos de los pliegos de condiciones, así como su sujeción a las finalidades contractuales consignadas en el Anexo Técnico y la verificación probatoria que de estos supuestos se haya obtenido en el trámite.

De las obligaciones del Gestor, expresamente asumidas por éste en el documento contractual, destaca el Tribunal las que interesan para la solución de esta precisa controversia, relacionada con el Plan de Inversiones y la ejecución de las mismas¹²⁹:

"El Gestor asumirá las obligaciones contempladas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato al tenor de los artículos 1501 y 1603 del Código Civil¹³⁰ y 871 del Código de Comercio¹³¹, por su propia cuenta y riesgo y será responsable frente a la Empresa y a los usuarios de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el Área de Influencia, todo de conformidad con los cronogramas definidos en el mismo Pliego de Condiciones, oferta y en el presente Contrato.

¹²⁹ Cláusula Cuarta del Contrato de Gestión.

¹³⁰ Código Civil: "Artículo 1501: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato, las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales."

"Artículo 1603: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella."

¹³¹ Código de Comercio, Artículo 871: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

"El Gestor asume, entre otras, las siguientes obligaciones y compromisos , que se clasifican según la naturaleza de las prestaciones a su cargo:

"4.1 Obligaciones en relación con la prestación de los servicios de distribución y comercialización.

"(...).

"4.1.1 Obligaciones en relación con la Distribución de Energía Eléctrica.
"(...).

"(iii) realizar las inversiones necesarias para el desarrollo del Objeto del presente Contrato y de acuerdo con el Pliego de Condiciones, el Contrato y su Oferta Económica, y todas aquellas inversiones adicionales necesarias para garantizar la prestación del servicio de Distribución y Comercialización en área de Influencia de acuerdo a lo previsto en el objeto del presente Contrato.

"(...).

"4.1.2.2 Obligaciones en relación con la prestación del servicio de energía eléctrica a los Usuarios del Area de Influencia: El servicio de energía eléctrica será prestado por el Gestor a los Usuarios del Area de Influencia de conformidad con el Contrato de Condiciones Uniformes que, en la actualidad, ha sido autorizado por la CREG a la Empresa y que obra como Anexo 3 de este Contrato.

"(...).

"4.1.2.3 Pagar a la Empresa el monto correspondiente a la energía que haya sido comprada y pagada de manera anticipada y que corresponda a energía a ser utilizada por el Gestor después de la Fecha de Inicio de Operación.

"(...).

"4.4 Obligaciones en relación con las pérdidas.

"En relación con el Indicador de pérdidas que actualmente se presenta en el negocio de Distribución y Comercialización de la Empresa, el Gestor se obliga a llevar a cabo todas las actividades necesarias para que a partir de la Fecha de Inicio de Operación, se logre una reducción en dichas pérdidas, de acuerdo a lo previsto en el Anexo Técnico del presente Contrato.

"(...).

"4.11 Obligaciones en relación con las Inversiones financiadas con recursos de la ley 178 de 1959.

"El Gestor deberá realizar en nombre de la Empresa las Inversiones financiadas con los recursos de la Ley 178 de 1959 que recibe Cedelca bajo los siguientes parámetros:

"(...).

"Parágrafo: Las inversiones con recursos de la Ley 178 de 1959 no hacen parte de las Inversiones incluidas por el Gestor en su Oferta Económica, por lo tanto los recursos provenientes de dicha ley no podrán utilizarse para el cumplimiento de la Oferta Económica.

"(...)

"4.15 Otras Obligaciones Generales:

"(...).

"4.15.3 Obtener y aportar de conformidad con lo establecido en el presente Contrato y en los Pliegos de Condiciones, todos los recursos para la financiación del proyecto, es decir, aquellos necesarios para dar cabal cumplimiento al objeto de este Contrato y del Concurso, incluyendo las obligaciones de capitalización establecidas en la Cláusula 10¹³² de este Contrato, la sección (v) del numeral 3.6.1 del Pliego de Condiciones y lo previsto en la Cláusula 4.14¹³³.

Este Plan de Inversiones, a juicio del Tribunal, constituía un instrumento esencial para las partes, por cuanto en él se daría cuenta no solo del ajuste del ofrecimiento con la realidad de ejecución del contrato, sino que, además, constuiría la herramienta de verificación a disposición de la contratante del cumplimiento de la obligación asumida por el Gestor, tal como fue concebida en el Anexo Técnico del Contrato de Gestión que a la letra dispuso:

*Con el fin de hacer seguimiento de la cuantía y la ejecución de las inversiones por parte de CEDELCA y del Interventor, el Gestor dentro de los cuatro primeros meses del **Contrato de Gestión** deberá preparar el plan de inversiones detallado para el primer quinquenio del Contrato de Gestión el cual debe ser presentado a CEDELCA y al interventor para su seguimiento.*

Es el criterio del Tribunal, teniendo en cuenta la causa del negocio jurídico, que la ejecución material de las inversiones propuestas, constituía quizás el móvil de la contratación y por lo mismo la obligación esencial del Gestor. De ahí que la adopción de un PLAN DE INVERSIONES que permitiera a las partes no solamente la ejecución consensuada y ordenada de las inversiones ofrecidas por el Gestor, sino también el monitoreo, control y seguimiento de su realización y resultados, resultara a su vez, de ineludible cumplimiento por el Gestor.

De allí que resulta evidente para el Tribunal que el PLAN DE INVERSIONES se erige en el contexto contractual como la herramienta idónea para garantizar que las inversiones perseguidas con la contratación, efectivamente se realizarían y alcanzarían los objetivos propuestos en los plazos concebidos. De allí dependía la vida y continuidad del servicio público a cargo de Cedelca, y justamente por ello se dio la contratación.

De esta manera, y como enseguida lo confirma el Tribunal al analizar el documento denominado "ANEXO No. 1 - ANEXO TÉCNICO DEL CONTRATO DE

¹³² "Cláusula 10. Capitalizaciones del Gestor y Oferta de Acciones."

¹³³ "4.14 Obligaciones en relación con la democratización de la propiedad accionaria."

GESTIÓN", el Plan de Inversiones, en los términos definidos en el convenio bajo análisis, que debía presentar el Gestor a la aprobación de Cedelca, debía contener los ofrecimientos que en materia de inversiones había consignado el Gestor en su propuesta, detallando los proyectos en los que se ejecutarían las mismas y de acuerdo con los plazos estipulados en los documentos del contrato.

Sin embargo, tal como se demostró en el curso del debate probatorio de este proceso, a juicio del Tribunal, el documento rector de esta obligación del Gestor en el Contrato de Gestión, el Anexo Técnico, si bien estableció con claridad las finalidades de las inversiones a cuya realización se había obligado el Gestor desde su oferta, en los montos y plazos allí establecidos, no contenía hitos, u objetivos precisos que indicaran al Gestor el modo preciso como debía dar cumplimiento a la obligación asumida. De esta manera, es claro para el Tribunal, que en esta materia, el mismo contrato atribuyó al Gestor un amplio margen de discrecionalidad en la confección y formulación de los proyectos que debían integrar el Plan de Inversiones, así como en el detalle de desarrollo de los mismos, a fin de lograr los propósitos definidos en el contrato, ellos sí de manera clara y expresa.

Esta libertad que el contrato concede al Gestor en la estructuración, definición y formulación de alternativas de desarrollo de los proyectos que integran el Plan de Inversiones a desarrollarse por el Gestor durante la ejecución del Contrato, es natural e incluso propia de este tipo de Contratación. Y esta circunstancia resulta obvia para el Tribunal, puesto que, tal como se dio cuenta al analizar la causa del negocio jurídico que nos ocupa, lo que se persiguió por CEDELCA con la selección de un Gestor, financieramente sólido y técnicamente capacitado, fue precisamente entregarle la gestión de los servicios públicos a su cargo, para que, con autonomía administrativa y bajo los criterios de su experticio, revitalizara financieramente a la entidad y garantizara la idoneidad y continuidad de los mismos.

Observa el Tribunal que, en el marco del Contrato de Gestión, la ausencia de regulación contractual en punto a requisitos puntuales y precisos procedimientos para la implementación detallada del Plan de Inversiones que debía diseñar el Gestor y aprobar Cedelca, si bien no atentaba contra disposición superior alguna, y por el contrario resultaba natural y tipificante de la tipología contractual adoptada por las partes para el cumplimiento del propósito perseguido con la celebración del Contrato, a la postre, resultó altamente inconveniente y constituyó el impedimento principal para que las partes lograran el acuerdo básico requerido para su desarrollo. En efecto, para el Tribunal es claro que el elemento detonante de la controversia sometida a su definición, fue precisamente la disparidad de criterios de las partes sobre el contenido del Plan de Inversiones, sin que para desatar sus diferencias contaran con referentes contractuales que les permitieran medir la adecuación a parámetros que sencillamente no fueron consignados en el documento contractual. Dicho de otra manera, el contrato fue claro y expreso

sobre el "QUE" debía ser el Plan de Inversiones Detallado, pero guardó silencio sobre el "COMO" debía implementarse.

Esta apreciación del Tribunal, fue confirmada en el trámite por el perito técnico, Eduardo Afanador, quien estableció.¹³⁴

"Sobre el Plan de Inversiones Detallado

24. *Sírvase determinar si en los documentos contractuales estaba descrito el contenido detallado y los requisitos que debía contener el plan de inversiones a presentar por el gestor. Para efectos de su respuesta tenga en cuenta, entre otros documentos, el informe de C.I. Business Association S.A. de septiembre de 2009.*

Fundamentos de la Respuesta

- Términos de Referencia del concurso.
- Contrato de Gestión.
- Oferta Económica de CEC.
- Soportes de la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario de CEDELCA.
- Informe de C.I. Business Association S.A. de septiembre de 2009 denominado "AUDITORÍA INTEGRAL DE CUMPLIMIENTO CONTRATO DE GESTION CELEBRADO CON LA CEC S.A. E.S.P.

El Contrato de Gestión en su cláusula primera establece las siguientes definiciones relacionadas con inversiones:

"Inversión o Inversiones: Será la Inversión o Inversiones efectivamente realizadas, ejecutadas y/o pagadas por el Gestor para la ejecución del presente Contrato de Gestión."

"Plan de Inversión: Se refiere al conjunto de proyectos para efectos de reposición de activos, expansión de cobertura, mejoramiento de calidad del servicio y disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa. La Inversión estará sujeta a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, el Contrato, el Anexo Técnico de este Contrato y a la Oferta Económica presentada.

(negrillas subrayadas son del perito)

Adicionalmente, el Contrato de Gestión establece los siguientes elementos relacionados con inversiones:

¹³⁴ Págs. 101 a 103 del Dictamen.

"4.11 Obligaciones en relación con las inversiones financiadas con recursos de la Ley 178 de 1959"

4.11.1 El Gestor deberá realizar en nombre de la Empresa las Inversiones financiadas con los recursos de la Ley 178 de 1959 que reciba Cedelca bajo los siguientes parámetros:

'''
 Parágrafo: las Inversiones con recursos de la Ley 178 de 1959 no hacen parte de las Inversiones incluidas por el Gestor en su Oferta Económica, por lo tanto los recursos provenientes de dicha Ley no podrán utilizarse para el cumplimiento de la Oferta Económica."
 (Subrayas fuera de texto)

Por su parte, el **Anexo Técnico** del Contrato de Gestión establece:

"3 Indicador Técnico: Pérdidas de energía (comerciales)

...

Metas del Indicador

...

De acuerdo con las metas mínimas pactadas para el indicador de pérdidas de energía el Gestor deberá definir dentro de los planes de inversión anuales, un plan de acción específico para el cumplimiento de este indicador, cuya realización será monitoreada por el Interventor, así como la ejecución de las respectivas políticas y labores para el sostenimiento y control de las pérdidas de energía.

Para efectos de la evaluación del indicador de pérdidas, el Gestor deberá entregar junto con el plan de inversiones de cada quinquenio la senda de mejoras trimestral dentro de cada año contractual que el Gestor espera obtener, teniendo en cuenta los puntos que de acuerdo a este anexo técnico debe disminuir cada año. Lo anterior permite hacer la evaluación trimestral teniendo en cuenta los compromisos adquiridos por el Gestor. Al inicio de cada año el Gestor podrá junto con el Interventor hacer la revisión de los compromisos trimestrales y en caso de ser necesario hacer ajustes a los mismos."

(subrayas fuera de texto)

Sección Segunda – Mantenimiento e Inversiones

Para efectos de interpretación del **Contrato de Gestión** a continuación se presentan las definiciones de Mantenimiento Preventivo y Mantenimiento Correctivo:

1. Mantenimiento Preventivo

...

Se entiende como mantenimiento preventivo las siguientes actividades:

1. *Sustitución de partes o repuestos en los activos de distribución, transmisión y comercialización, siempre y cuando dicha reparación no signifique un reemplazo del activo de más del 50% del valor de la unidad constructiva de acuerdo con lo previsto por la CREG actualizado a precios de la fecha de la inversión. Si el reemplazo supone una sustitución o reconstrucción de la unidad constructiva en más de un 50% de su valor CREG, este uso de recursos se entenderá como Inversión. Como inversión se debe incorporar el valor realmente invertido por el Gestor en caso que se haga un reemplazo menor al 100% del activo en cuestión.*

...

4. *Las compras de nuevos activos de computación, equipos de medida, telecomunicaciones (diferentes de Teléfonos Celulares) y software, se entenderán como Inversión.*

...

6. *La movilización de lugar de un activo existente, las obras asociadas a este movimiento tales como obras civiles, cerramientos y nuevos equipos que se requieran para la correcta operación del activo que se desplazó, se entenderá como Inversión.*

7. *Los gastos asociados a estudios técnicos que se requieran dentro del desarrollo normal del **Contrato de Gestión** se entenderán como Inversión y deben estar incluidos en la partida prevista para "otros", y tener en cuenta la limitación de monto de acuerdo con el anexo IV de la Oferta Económica del Gestor.*

2. Mantenimiento Correctivo

...

Cuando el Gestor realice labores de Mantenimiento Correctivo y en conjunto la reparación en un activo o unidad constructiva, suponga un reemplazo, sustitución o reconstrucción de la unidad constructiva en más de un 50% de su valor CREG (actualizado a la fecha del mantenimiento o inversión), este uso de recursos se entenderá como Inversión, en caso contrario se entenderá como mantenimiento.

...

3. Inversión

*La inversión anual, corresponde al monto anual propuesto en la forma establecida por el **Gestor** dentro de la oferta económica presentada la cual hace parte del objeto del **Contrato de Gestión**, la cual se encuentra detallada en el anexo del mismo formulario.*

*El **Gestor** deberá realizar las inversiones de conformidad con los montos de inversión y en las cuantías propuestas para cada ítem.*

Con el fin de hacer seguimiento de la cuantía y de la ejecución de las inversiones por parte de CEDELCA y del Interventor, el Gestor dentro de los cuatro primeros meses del Contrato de Gestión deberá preparar el plan de inversiones, detallado para el primer quinquenio del Contrato de Gestión el cual debe ser presentado a CEDELCA y al Interventor para su seguimiento.

El plan de inversión detallado no podrá en ningún caso ser inferior en la cuantía total anual al valor propuesto por el Gestor en su oferta económica....

El Interventor verificará el desarrollo de las inversiones propuestas por el **Gestor** y que estas se encuentren de acuerdo con su Propuesta Económica en los montos y cuantías allí previstas....

...
Las inversiones que se realicen durante la vigencia del Contrato de Gestión no podrán superar el costo máximo previsto por la CREG en la resolución 082 de 2002 o las resoluciones que la modifiquen o sustituyan en el futuro, todo esto ajustado a precios de la fecha de la inversión. El Interventor del contrato revisará que las inversiones planteadas por el **Gestor** para cada período anual se ajusten con valores iguales o inferiores a los previstos por la CREG....”

Al examinar las disposiciones del Contrato de Gestión antes citadas, se observa que no existe precisión respecto al detalle del alcance del Plan de Inversiones Detallado. El Contrato identifica algunos elementos como “conjuntos de proyectos”, de diferente índole como reposición de activos, expansión de cobertura, mejoramiento de calidad del servicio y disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa. Sin embargo, no existe una definición del alcance de esos componentes, especialmente en lo relacionado con reducción de pérdidas, rubro de especial importancia en los compromisos de la Oferta Económica, como tampoco, en la incidencia en el monto de las inversiones que podría tener el mantenimiento preventivo y correctivo que implicara la sustitución de partes por valor superior al 50% del costo de la unidad constructiva objeto de respectivo mantenimiento.

En cuanto al Informe de CI Business mencionado en la pregunta de CEC, este fue contratado por CEDELCA de acuerdo con lo siguiente: “El 23 de julio de 2009, CEDELCA invitó a la compañía CONSULTING INTERNATIONAL BUSINESS ASSOCIATION S.A. – C.I. BUSINESS ASSOCIATION S.A., para que presentara una propuesta para adelantar una Auditoría Integral De Cumplimiento sobre el contrato de gestión suscrito con la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. El 10 de agosto de 2009, se dio inicio a la fase de ejecución de la auditoría.” El Informe señala lo siguiente:

“Aspectos Técnicos:

El plan de inversiones detallado que debe presentar la CEC, para que CEDELCA y la Interventoría le hagan seguimiento, ha tenido retrasos en su formulación, entre otras por las siguientes razones: a) No se construyó un manual de entendimiento entre las partes, para definir de manera concreta lo que debe incluir un plan de inversiones detallado; b) Su estructura y contenido no están acorde con los requerimientos contractuales (se han presentado 3 versiones); c) el plan de mantenimiento preventivo y correctivo está inmerso dentro del plan de inversiones, lo cual va a dificultar el control de ejecución de ambos; c) no se encuentran alineados el plan de inversiones y el plan de mantenimiento preventivo y correctivo, con el plan contable; d) no ha sido aprobado por la Junta Directiva de la CEC; y e) existe incertidumbre sobre cómo se va a financiar.”
(subrayas fuera de texto)

Respuesta

En los documentos contractuales no estaba descrito el contenido detallado y los requisitos que debía contener el plan de inversiones a presentar por el gestor, salvo que dicho Plan debía contener un conjunto de proyectos para efectos de reposición de activos, expansión de cobertura, mejoramiento de calidad del servicio y disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa, inversión que no podría en ningún caso ser inferior en la cuantía total anual al valor propuesto por el Gestor en su Oferta Económica. En la Oferta Económica se encuentran especificados los valores de inversión para cada año y para cada concepto de inversión exigido en los Términos de Referencia.”

Y la misma CEDELCA pudo verificar esta deficiencia, con los resultados de la auditoría que contratara, con el propósito de verificar los supuestos incumplimientos de CEC, una vez ocurrida la terminación del contrato, tal como pudo constatarlo el experto técnico, como viene de verse.

a) El Anexo Técnico y los objetivos del Plan de Inversiones.

En el documento denominado ANEXO No. 1 – ANEXO TÉCNICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN, se tiene como “INVERSIÓN”:

“3. Inversión.

*La inversión anual, corresponde al monto anual propuesto en la forma establecida por el **Gestor** dentro de la oferta económica presentada la cual hace parte del objeto del **Contrato de Gestión**, la cual se encuentra detallada en el anexo del mismo formulario.*

El Gestor deberá realizar las inversiones de conformidad con los montos de inversión y en las cuantías propuestas para cada ítem.

Con el fin de hacer seguimiento de la cuantía y la ejecución de las inversiones por parte de CEDELCA y del Interventor, el Gestor dentro de los cuatro primeros meses del **Contrato de Gestión** deberá preparar el plan de inversiones detallado para el primer quinquenio del Contrato de Gestión el cual debe ser presentado a CEDELCA y al interventor para su seguimiento.

El plan de inversión detallado no podrá en ningún caso ser inferior en la cuantía total anual al valor propuesto por el Gestor en su oferta económica. **Cuatro meses antes de la finalización** de los siguientes quinquenios el **Gestor** deberá preparar y presentar los planes de inversión detallados para el seguimiento por parte del Interventor y CEDELCA. Por cada mes de retraso y en caso de que el Gestor no presente los planes de inversión detallados dentro de los plazos previstos, el Gestor pagará el desincentivo de conformidad con lo establecido en el Contrato de Gestión en sus cláusulas 17 y 24.

El interventor verificará el desarrollo de las inversiones propuestas por el **Gestor** y que estas se encuentren de acuerdo con su Propuesta Económica en los montos y cuantías allí previstas. El **Gestor** podrá proponer cambios en la distribución interna de los planes de inversión quinquenales, lo cual deberá ser comunicado al Interventor y a CEDELCA así:

- a) El **Gestor** podrá proponer la variación de las inversiones en uno o en diferentes ítems descritos en la Oferta Económica cuando en años anteriores ya haya realizado inversiones en algunos de los rubros previstos en el anexo de la Oferta Económica y sustente a CEDELCA y al Interventor que, por razones técnicas y de eficiencia económica, no se requiere más inversión para algún ítem o ítems en especial. El Gestor elaborará para CEDELCA y el interventor, un documento donde se indiquen las razones por las cuales no se requiere más inversión en ese o esos ítem(s), junto con un plan de sustitución de la inversión el cual deberá dar prelación a inversiones en expansión, reducción y control de pérdidas, calidad y confiabilidad del servicio.

La información suministrada será analizada por el interventor quien deberá presentar un informe de viabilidad a CEDELCA. La Empresa a través de su Junta Directiva, previa autorización del Comité del Convenio de Desempeño, aprobará la modificación presentada por el Gestor.

- b) En caso de Fuerza Mayor de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Gestión, previo visto bueno por parte de CEDELCA y el Interventor se

podrán destinar recursos de inversión para atender necesidades de inversión que se requieran.

- c) Bajo ningún concepto el **Gestor** podrá proponer disminución de los montos anuales de inversión previstos, ni podrá dar traslado de recursos de un periodo a otro. **En caso que el Gestor no realice el monto de inversión propuesto para cada periodo anual de acuerdo con su Oferta Económica, CEDELCA a través de su junta directiva y previa aprobación del comité de seguimiento podrá dar aplicación a la cláusula de terminación anticipada del contrato por causas atribuibles al Gestor.**

Las inversiones que se realicen durante la vigencia del **Contrato de Gestión** no podrán superar el costo máximo previsto por la CREG en la resolución 082 de 2002 o las resoluciones que la modifiquen o sustituyan en el futuro, todo esto ajustado a precios de la fecha de la inversión. El interventor del contrato revisará que las inversiones planteadas por el **Gestor** para cada periodo anual se ajusten con valores iguales o inferiores a los previstos por la CREG. En caso que alguna de las inversiones supere los valores de CREG el Gestor deberá sustentar la razón del costo de la inversión y será potestad de la Junta directiva de CEDELCA previo concepto del interventor, de aceptar o rechazar el valor, caso en el cual al **Gestor** se le aceptará la inversión realizada ajustada a los precios de la CREG sin derecho de réplica por parte del **Gestor**.

3.1. Inversión mínima aceptable

Los montos de inversión bajo ningún motivo podrán ser inferiores a los propuestos por el Gestor dentro de su oferta, la cual hace parte integrante del Contrato de Gestión.

Los montos de inversión para efecto del desarrollo del Contrato de Gestión y para la elaboración de la propuesta Económica del Gestor, deberán presentarse de manera anual y discriminada según el formato de Oferta Económica, sin embargo la sumatoria quinquenal de los montos de inversión propuestos por el Oferente no podrá ser inferior a las siguientes cuantías:

	Monto
Año 1 - Año 5	106.700.000
Año 6 - Año 10	41.100.000
Año 11- Año 15	32.900.000
Año 16- Año 20	24.400.000

* Miles Pesos Diciembre 31 de 2007

De los documentos contractuales en cita, y particularmente del contenido del denominado ANEXO TÉCNICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN, observa el Tribunal que el monto de las inversiones que debía consignarse en el Plan detallado de las mismas, debía necesariamente corresponder, por exigencia del Contrato, a las sumas y plazos propuestos por el Gestor en su oferta económica¹³⁵. Dicho de otro modo, el establecimiento de las inversiones a realizarse en la ejecución del Contrato, fue un elemento que se dejó, según las condiciones de la Invitación Pública No. 001 CEDELCA 2008 al criterio del Gestor. Pero una vez formulada la oferta, seleccionado por Cedelca ese ofrecimiento como determinante de la adjudicación, el mismo se integraba al Contrato y a su contenido debían sujetarse las partes en la adopción, evaluación y ejecución de las inversiones a cargo del Gestor.

Es por ello, que resultan comprensibles para el Tribunal los estrictos requerimientos que en materia de ajuste a la propuesta del Gestor en materia de inversiones, se plasman en el ANEXO TÉCNICO, de modo tal y con tal exigencia,

¹³⁵ En el curso probatorio del proceso, se acreditó que el 27 de agosto de 2008 CEC, bajo la modalidad de una promesa de sociedad futura, a saber, "Promesa de Sociedad Futura Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P." y con sujeción a lo establecido en el Pliego de Condiciones, presentó oferta dentro del Concurso Público No.001-CEDELCA-2008. El valor de dicha oferta se resume en el siguiente cuadro:

FECHA	INVERSIÓN (Pesos a 31 de diciembre de 2007)
Año No 1	44.199.284.422
Año No 2	53.546.489.996
Año No 3	47.868.065.736
Año No 4	43.473.365.718
Año No 5	35.516.294.127
Año No 6	20.145.034.758
Año No 7	15.256.061.028
Año No 8	19.010.967.450
Año No 9	15.885.012.259
Año No 10	16.218.424.506
Año No 11	13.850.900.000
Año No 12	13.850.900.000
Año No 13	13.850.900.000
Año No 14	13.850.900.000
Año No 15	13.850.900.000
Año No 16	10.272.400.000
Año No 17	10.272.400.000
Año No 18	10.272.400.000
Año No 19	10.272.400.000
Año No 20	10.272.400.000
	431.735.500.000

que las variaciones que se presentaran sobre las proyecciones allí definidas, debían contar necesariamente con el aval y aprobación de la junta directiva de la contratante, bajo el entendido que cualquier modificación de lo allí convenido, solo encontraría justificación en la ocurrencia de circunstancias excepcionales.

Consideraciones del Tribunal sobre el cumplimiento de la obligación del Gestor relacionada con el Plan de Inversiones y la ejecución efectiva de las mismas.

La segunda causa expresada por **CEDELCA** para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato de gestión se refiere al denominado Plan de Inversiones Detallado –PID–. Sobre el particular, indicó la contratante en su comunicación de doce (12) de agosto de 2009 que, “... CEC entregó a CEDELCA y a la Interventoría lo que denominó Plan de Inversiones Detallado para el primer quinquenio, dentro del término previsto contractualmente. Frente a dicho documento, la Interventoría mediante comunicaciones 0041-09, 0065-09, 0071-09, 0082-09, realizó observaciones al Plan de Inversiones Detallado. Finalmente, la Interventoría mediante comunicación 0074-09 informó que daba por no recibido el Plan de Inversiones Detallado del Quinquenio 2009 – 2013 (...)”¹³⁶ –se subraya–.

Según se ve, el sustento esgrimido por **CEDELCA** para adoptar la decisión de terminación por este preciso aspecto consistió en que la firma interventora había considerado tener por no recibido el Plan de Inversiones Detallado –en adelante **PID**–. Para estudiar esta precisa causal de terminación aducida por la entidad pública contratante, es preciso entender que el **PID** fue contemplado en el Anexo Técnico como un instrumento para hacer seguimiento a la ejecución de los montos o cuantías de inversión propuestos por **CEC** en su oferta de contrato, estableciéndose, a su vez, la obligación para el gestor de preparar y presentar un **PID** inicial dentro de los cuatro primeros meses de ejecución contractual, correspondiente al primer quinquenio del contrato de gestión. Tratándose de los demás quinquenios, también debía prepararse y presentarse un **PID** con una anticipación de cuatro meses al comienzo del respectivo periodo.

El perito técnico, doctor **EDUARDO AFANADOR**, definió el **PID** como la indicación de “... *un conjunto de proyectos destinados a diferentes frentes como reposición de activos, expansión de cobertura del servicio, mejoramiento de la calidad, y disminución de indicadores de pérdidas. Para el caso particular del primer año, se estableció un rubro especial denominado ‘Compromisos primer año’. En el campo de la formulación de proyectos, estos consisten en la organización y asignación de recursos físicos, técnicos, humanos, tecnológicos y financieros, en el tiempo, para la obtención de determinados objetivos y metas bien definidos. Todo ello, bajo una dirección y asignación de responsabilidades clara*”.

¹³⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2 – folio 254.

Se trataba, entonces, de un elemento eminentemente técnico y financiero cuyo objeto no era otro que permitir el seguimiento y la verificación en lo atinente a la ejecución de las inversiones por parte del gestor durante el transcurso del contrato. En este sentido, el Anexo Técnico señaló respecto del PID lo siguiente:

"El Gestor deberá realizar las inversiones de conformidad con los montos [y] las cuantías propuestas para cada ítem.

"Con el fin de hacer seguimiento de la cuantía y la ejecución de las inversiones por parte de CEDELCA y del Interventor, el Gestor dentro de los cuatro primeros meses del Contrato de Gestión deberá preparar el plan de inversiones detallado para el primer quinquenio del Contrato de Gestión el cual debe ser presentado a CEDELCA y al interventor para su seguimiento.

*"El plan de inversiones detallado no podrá en ningún caso ser inferior en la cuantía total anual al valor propuesto por el Gestor en su oferta económica. Cuatro meses antes de la finalización de los siguientes quinquenios el Gestor deberá preparar y presentar los planes de inversión detallados para el seguimiento por parte del Interventor y de CEDELCA. **Por cada mes de retraso y en caso de que el Gestor no presente los planes de inversión detallados dentro de los plazos previstos, el Gestor pagará el desincentivo de conformidad con lo establecido en el Contrato de Gestión en sus cláusulas 17 y 24.***

"El Interventor verificará el desarrollo de las inversiones propuestas por el Gestor y que estas se encuentren de acuerdo con su Propuesta Económica en los montos y cuantías allí previstas (...)."137

Teniendo en cuenta que el contrato de gestión celebrado entre CEDELCA y CEC se encontraba apenas en el primer año de ejecución, se advierte, entonces, que según el aparte citado del Anexo Técnico, CEC tenía la obligación contractual de preparar y presentar un PID para el quinquenio inicial del contrato, el cual debía entregarse a CEDELCA y a la firma interventora dentro de los primeros cuatro (4) meses luego de iniciado el plazo de ejecución.

Así las cosas, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el Acta de Inicio del contrato de gestión¹³⁸, suscrita por las partes el primero (1º) de diciembre de 2008, los cuatro meses a que se refería el Anexo Técnico como plazo perentorio para la entrega del PID correspondiente al primer quinquenio, vencían el día primero (1º) de abril de 2009¹³⁹.

¹³⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folio 187.

¹³⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 – folios 205 a 210.

¹³⁹ De acuerdo con el numeral 3º del artículo 896 del Código de Comercio, "Cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año; si éste no tiene tal fecha, expirará en el último día del

Ahora bien, al revisar lo estipulado en la cláusula 17 del contrato, puede observarse que allí se regulan con precisión las condiciones referidas a la presentación del **PID**, indicándose al respecto que de darse el caso en que el Gestor no presente el plan del quinquenio correspondiente, dicha circunstancia debía ser informada por el interventor a la entidad contratante, a fin de resolver con fundamento en dicho informe si hay o no lugar a la imposición de un desincentivo por mes de atraso.

Seguidamente, indica la cláusula que en el evento en que persista el referido incumplimiento consistente en la no presentación del **PID**, por el término de tres (3) meses, podrá **CEDELCA** dar por terminado el contrato de gestión, previa autorización de su Junta Directiva y del Comité de Seguimiento. Concretamente, la estipulación contractual bajo análisis establece lo siguiente:

"Cláusula 17.- Desincentivos para el Gestor

"17.2. Por incumplimiento con respecto a la presentación de los planes de inversión detallados para cada quinquenio:

"(i) Si dentro de las fechas estipuladas en el Anexo Técnico, el Gestor no presenta los planes de Inversión detallados para cada quinquenio para el seguimiento por parte del Interventor y de CEDELCA, el Interventor deberá informar a CEDELCA con copia al Gestor del Incumplimiento probado de conformidad con lo dispuesto en el literal c. de la Cláusula 24 del presente Contrato.

"Con base en el informe mencionado en el numeral precedente CEDELCA procederá a imponer un desincentivo de \$150.000.000 por mes de atraso.

"En todo caso si el Gestor incumple con la obligación de presentar los planes de Inversión por más de tres meses a partir de la fecha de vencimiento inicial, CEDELCA podrá dar por terminado el presente Contrato, previa aprobación de la Junta Directiva de CEDELCA y del Comité de Seguimiento."

Al dar lectura al aparte contractual citado, se observa con claridad que el supuesto allí contemplado como justa causa de terminación consistía en la NO presentación del **PID** por parte del contratista gestor en el plazo estipulado para ello en el Anexo Técnico, circunstancia que debe resaltarse en atención a que, teniendo en cuenta que fue así como se concibió y pactó expresamente dicha causal por los contratantes, no es dable efectuar frente a la misma una interpretación extensiva y

respectivo mes o año. El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el día siguiente. El día de vencimiento será hábil hasta las seis de la tarde".

mucho menos ampliada que dé lugar a invocar en este sentido la configuración de eventos que específicamente no fueron considerados como justas causas de terminación.

Valga aclarar que la cláusula bajo análisis en ningún momento condicionó la configuración de la causal de terminación a la aprobación o visto bueno del PID por parte de la firma interventora o de la misma entidad contratante, habida cuenta que –se reitera– el único evento estipulado como tal era la NO presentación de dicho documento, esto sin perjuicio de que el PID presentado por el gestor fuera objeto de estudio en cuanto a su contenido y alcance e, incluso, que se efectuaran frente al mismo los comentarios u observaciones que CEDELCA o la Interventoría consideraran pertinentes, y aún más allá, considera el Tribunal que frente al PID presentado, podían formularse reproches por deficiencia o imputaciones de incumplimiento, situaciones que el mismo contrato previó y reguló su tratamiento.

Bajo esta perspectiva, el Tribunal constata que reposa en el expediente la comunicación remitida por CEC a la firma interventora el 31 de marzo de 2009, identificada con radicado No. 20091000049461¹⁴⁰, mediante la cual hizo entrega del documento denominado Plan de Inversiones correspondiente al periodo 2009 – 2013, hecho que fue verificado por el perito técnico, doctor **EDUARDO AFANADOR**, quien al respecto concluyó en su dictamen que, “[d]e acuerdo con la comunicación 20091000049461 remitida por CEC a la Interventoría, CEC entregó el 31 de marzo de 2009 el PLAN DE INVERSIONES”.¹⁴¹

Frente a dicha comunicación, la firma interventora envió a CEC la comunicación 2009-620-005723-2 de tres (3) de junio de 2009, mediante la cual se pronunció respecto del PID que se había entregado previamente. Respecto de este pronunciamiento de la Interventoría, vale destacar que en el mismo se dejó expresa constancia en cuanto a que, la denominada “primera versión” del PID, podía ser ejecutada por parte del contratista gestor, no obstante las observaciones o comentarios que en la misma oportunidad se hicieron frente al documento presentado por CEC. Concretamente, concluyó la Interventoría en esa oportunidad que, “[a]tentamente solicitamos que se revisen por parte de CEC los comentarios que realiza la Interventoría, reiterando nuevamente que en ningún momento estas observaciones limitan a CEC para la ejecución del plan de inversión”¹⁴² -se subraya-.

No obstante lo anterior, aduciendo la falta de entrega de la información solicitada en la comunicación precedente, el quince (15) de julio de 2009, la Interventoría emite una nueva carta dirigida a CEC en la cual efectúa unas consideraciones relacionadas con el PID y concluye que con sustento en tales acotaciones, se

¹⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 141.

¹⁴¹ Pag. 106 Dictamen Pericial Técnico

¹⁴² Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 409.

daba como no recibido el Plan de Inversiones Detallado entregado para el primer quinquenio del contrato¹⁴³.

En respuesta a dicho comunicado, CEC envía a la Interventoría la misiva No. 20098000110091 de veintitrés (23) de julio de 2009¹⁴⁴, mediante la cual daba respuesta a los comentarios efectuados sobre la primera versión del PID, anexando, igualmente, un documento contentivo de una nueva versión ajustada del PID, circunstancia que fue verificada por el perito técnico en el marco del presente trámite arbitral, quien indicó al respecto que, “[d]e acuerdo con la comunicación 20098000110091 remitida por CEC a la Interventoría del Contrato de Gestión, CEC entregó el 23 de julio de 2009 el plan de inversiones ajustado, en respuesta a las solicitudes de la Interventoría contenidas en el oficio 0041-09” -se subraya-.

Posteriormente, a través de comunicación de seis (6) de agosto de 2009, con radicado No. 2009-620-007929-2¹⁴⁵, la Interventoría hizo un recuento de lo acontecido a la fecha con el PID entregado por CEC, indicando en este sentido que, “... el 31 de marzo de 2009, mediante comunicación No. 20091000049461 hizo entrega del plan de inversiones detallado, PID, correspondiente al primer quinquenio, el 4 de mayo CEC S.A. E.S.P. mediante comunicación No. 20098000069631 presentó una segunda versión del plan de inversiones, ésta versión ya contempla la evaluación financiera de los proyectos y la desagregación de los planes de reducción de pérdidas de energía y el día 23 de julio de 2009, mediante comunicación 2009800011091 presentó una tercera versión del plan de inversiones” -se subraya-.

Sin embargo, pese a la claridad de lo señalado en el aparte citado, en el cual se deja expresa constancia de la presentación de distintas versiones del PID y se destaca el cumplimiento de algunos requerimientos hechos frente a los mismos, la firma interventora concluye nuevamente que se tenía por no recibido el PID, aceptando a renglón seguido una reunión propuesta por el contratista gestor para discutir y adoptar decisiones y compromisos concernientes al alcance del PID.

Fue así como, el día once (11) de agosto de 2009, se realizó una reunión denominada “**TALLER PLAN DE INVERSIONES INTERVENTORÍA – CEC**”, a la cual asistió tanto personal de CEC, como de la Interventoría. Según el Acta levantada en el marco de dicha reunión¹⁴⁶, en la misma se tocaron temas relacionados con las inversiones del contrato y, concretamente, con el PID. De manera expresa, la Interventoría dejó constancia en cuanto al PID que, “... las presentaciones realizadas por el Gestor respecto a los proyectos de inversión en Infraestructura y Pérdidas tienen un amplio grado de detalle y demuestran un alto

¹⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 410 y 411.

¹⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 412 a 416.

¹⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 443 a 452.

¹⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 454 a 458.

grado de profesionalismo y conocimiento por parte de los responsables de cada uno de los proyectos. (...) Una vez recibidos todos los documentos que soportan el plan de inversiones, la Interventoría analizará y emitirá un concepto de si el Plan de Inversiones contiene el detalle suficiente de tal forma que le permita realizar el seguimiento de las cuantías y la ejecución de las inversiones según los establecido en el contrato de Gestión" -se subraya-.¹⁴⁷

No obstante lo anterior, pese al claro compromiso asumido por la firma interventora en la mencionada reunión llevada a cabo el once (11) de agosto de 2009, en la cual señaló que revisaría la documentación presentada por **CEC** a efectos de decidir sobre el **PID**, la entidad contratante, mediante la conocida comunicación de doce (12) de agosto de 2009, decidió repentinamente declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato de gestión, aduciendo precisamente como una de las causales de terminación, el hecho de tener como no recibido el **PID** presentado por **CEC**.

Se hace mención a esta especial circunstancia al ser demostrativa de un comportamiento contradictorio, incoherente y desarticulado entre **CEDELCA** y la firma interventora, pues no se entiende como, luego de manifestar ante **CEC** que el **PID** presentado desde su primera versión podía ejecutarse pese a las observaciones planteadas frente al mismo e, igualmente, que en todo caso se revisarían los documentos y la información que **CEC** allegara para responder las solicitudes referidas al **PID**, se decida intempestivamente dar por terminada anticipada y unilateralmente la relación contractual, sin dar espacio para cumplir el compromiso expresamente asumido por la Interventoría en materia del **PID**.

Sin perder de vista esta acotación, el Tribunal advierte que el trece (13) de agosto de 2009, **CEC** presenta una última versión del **PID**, atendiendo los requerimientos efectuados por la Interventoría en la recordada reunión del once (11) de agosto de 2009. Sobre el particular, concluyó el perito **AFANADOR** en su dictamen pericial técnico que, "[d]e acuerdo con la comunicación 20098000120791 remitida por **CEC** a la Interventoría, **CEC** entregó el 13 de agosto de 2009 el plan de inversiones ajustado, en atención a las nuevas observaciones que hizo la Interventoría en el Taller Plan de Inversiones Interventoría – **CEC**, realizado el 11 de agosto de 2009" -se subraya-.

Entendiendo lo acontecido en relación con la presentación del **PID** por parte de **CEC**, así como los pronunciamientos hechos frente al mismo por la firma interventora y por la entidad pública contratante, el Tribunal considera pertinente recordar en este punto que la cláusula 17.2 del contrato de gestión estipuló como justa causa de terminación el evento consistente en la NO entrega del **PID** por parte del contratista gestor, circunstancia que claramente y conforme a lo expuesto hasta aquí, no se configuró y, por tanto, no podía aducirse como un

¹⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 455

incumplimiento que diera lugar a la extinción de la relación contractual, sin perjuicio de lo que sobre su contenido pudiera predicarse para entonces.

En efecto, está probado en el expediente que previo al vencimiento del plazo contemplado contractualmente para la presentación del **PID** correspondiente al primer quinquenio, **CEC** hizo entrega del mismo a la firma interventora, quien, incluso, señaló para ese momento que si bien el respectivo documento merecía algunas observaciones y comentarios, podía ser ejecutado por parte del contratista gestor. Adicionalmente, se tiene claridad en cuanto a la presentación de dos nuevas versiones del **PID** por parte de **CEC**, mediante las cuales fueron atendidas las solicitudes de la Interventoría frente al contenido del mismo.¹⁴⁸

Esta sola acotación permite concluir que la causal de terminación del contrato contemplada en la cláusula 17.2 no se configuró, habida cuenta que dicha estipulación contractual era clara en señalar que el supuesto de terminación allí regulado correspondía únicamente al caso en que **CEC** no hiciera entrega del **PID**, lo cual, según quedó visto, no ocurrió en el marco de ejecución del contrato de gestión, pues está demostrado que **CEC** no solo hizo entrega oportuna de una primera versión del **PID** que a juicio de la Interventoría era ejecutable, sino que, además, presentó dos versiones adicionales del mismo con el ánimo de atender las observaciones y comentarios hechos al respecto por la firma interventora.

Ahora bien, siendo suficiente el anterior argumento para concluir que el evento bajo análisis aducido por **CEDELCA** como sustento para terminar el contrato, no puede ser considerado de manera alguna como una justa causa para declarar la extinción de la relación contractual, es preciso advertir que en todo caso, las discusiones generadas en relación con el contenido y alcance del **PID** presentado por **CEC** tuvieron lugar ante la ausencia de criterios o parámetros claros que previamente hubieran permitido valorar y tomar una decisión cierta y definitiva en cuanto al **PID** como guía para hacer el seguimiento de las inversiones del contrato.

Así lo encontró demostrado el perito **AFANADOR** al rendir su dictamen pericial técnico, quien de manera puntual indicó en los siguientes términos que los documentos contractuales no describían ni contemplaban los requisitos detallados del **PID**:

“En los documentos contractuales no estaba descrito el contenido detallado y los requisitos que debía contener el plan de inversiones,

¹⁴⁸ Comunicación CEC. Radicado No. 20091000049461 del 31 de marzo de 2009 - Entrega Plan 31 de Marzo - Folio 141 C. Pruebas 3; Comunicación CEC S.A. E.S.P. Radicado No. 20098000069631 del 4 de mayo de 2009 - Entrega Plan Abril - Folio 188 C. Pruebas 3; Comunicación CEC S.A. E.S.P. Radicado No. 20098000110091 del 23 de julio de 2009 - Folio 308 C. Pruebas 3; Entrega Plan de Inversiones Julio de 2009 - Folio 313; Comunicación CEC. Radicado No. 20098000120791 del 13 de agosto de 2009 - Entrega Plan Agosto - Folio 333 C. Pruebas 333; Oficio Interventoría No. 0041-09 de 2 de junio de 2009 - Folio 403 C. Pruebas 3; Oficio Interventoría No. 0074-09 del 15 de julio de 2009 - Folio 410 C. Pruebas 3; Comunicación CEC. Radicado No. 20098000110091 del 23 de julio de 2009 - Folio 412 C. Pruebas 3; Oficio Interventoría No. 00-090 del 29 de julio de 2009 - Folio 417 C. Pruebas 3; Oficio Interventoría No. 093-09 del 6 de agosto de 2009 - Folio 443 C. Pruebas 3 y Comunicación CEC. Radicado No. 20098000118601 - Folio 453 C. Pruebas 3.

incluido dentro de este el Plan de Reducción de Pérdidas, a presentar por el gestor, salvo que dicho Plan debía contener un conjunto de proyectos para efectos de reposición de activos, expansión de cobertura, mejoramiento de calidad del servicio y disminución de los indicadores de pérdidas de la Empresa, inversión que no podría en ningún caso ser inferior en la cuantía total anual al valor propuesto por el Gestor en su Oferta Económica. En la Oferta Económica se encuentran especificados los valores de inversión para cada año y para concepto de inversión exigido en los Términos de Referencia, incluido el de reducción de pérdidas.”¹⁴⁹

Así las cosas, la firma interventora y la contratante misma no contaban con un sustento válido y suficiente que les permitiera considerar que el **PID** presentado por **CEC** no era de recibo, pues ni siquiera existían parámetros o condiciones prefijadas con fundamento en las cuales pudieran evaluarlo y tomar una decisión respecto a la viabilidad del mismo. Esta precisa circunstancia había sido advertida, incluso, por la firma **C.I. BUSSINESS ASSOCIATION** en el marco del estudio técnico y financiero que en su momento fue realizado por encargo de **CEDELCA**, en el cual se dejó expresa constancia sobre la necesidad de lograr un acuerdo representado en un **MANUAL DE ENTENDIMIENTO** que permitiera definir y valorar los criterios que habrían de cumplirse por parte del gestor para presentar un **PID** acorde a las necesidades del contrato.

Expresamente, el referido estudio indicó sobre este particular lo siguiente:

“Las partes llevan seis (6) meses tratando de llegar a un plan de inversiones detallado y no lo han logrado, debido a que ha faltado lo más importante: Elaborar, aprobar e implementar un MANUAL DE ENTENDIMIENTO, que les permita definir: ¿Qué entienden las partes por un plan de inversiones detallado?, ¿cómo se va a presentar el plan de mantenimiento preventivo y correctivo? y ¿qué metodología se va a utilizar para prepararlo?. Resueltos los aspectos de forma, se debió buscar resolver los aspectos de fondo: ¿Qué se va a hacer?, ¿cómo se va a hacer?, ¿dónde se va a hacer?, ¿cuándo se va a hacer?, ¿cuánto va a costar? y ¿cómo se va a financiar?”¹⁵⁰ -Destaca el Tribunal-

Este preciso asunto merece especial atención por parte del Tribunal, como quiera que el mismo demuestra que la decisión de terminar anticipadamente el contrato adoptada por **CEDELCA** en su momento fue del todo apresurada y desproporcionada, pues antes de esforzarse en tratar de preservar y ejecutar el objeto contractual pactado con **CEC**, mediante la proposición de un diálogo encaminado a definir las condiciones y el alcance que pretendía atribuirse al **PID**, a través de un instrumento idóneo y pertinente para ello –como se planteó en el

¹⁴⁹ Dictamen Pericial Técnico Pag- 116 y 117

¹⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 8 – folio 311.

estudio citado—, decidió simplemente dar por terminada anticipadamente la relación contractual, perdiendo de vista incluso que, el segundo evento aducido como sustento de dicha decisión, ni siquiera constituía justa causa que la habilitara para declarar la extinción del negocio jurídico.

No se observa en el expediente una prueba que dé cuenta de una posible intención de **CEDELCA** encaminada a resolver los cuestionamientos surgidos con ocasión de la presentación del **PID** por parte de **CEDELCA**. Tanto es así, que el debate sostenido entre **CEC** y la firma interventora relacionado con el contenido y alcance del **PID** se volvió inagotable y justo cuando se advirtió un eventual o posible acuerdo en este sentido, con ocasión de la reunión llevada a cabo el día once (11) de agosto de 2009, aparece sorpresivamente la decisión de terminación anticipada tomada por **CEDELCA**, dando al traste con cualquier evolución alcanzada en cuanto al **PID**.

Es reprochable contractual y jurídicamente la conducta asumida frente a este preciso aspecto por parte de la entidad contratante, quien no solo perdió de vista la insuficiente información y falta de claridad en cuanto a las condiciones o parámetros que debían ser planteados en el **PID** presentado por **CEC**, sino que, además, no adelantó gestión alguna con el propósito de salvar las dudas existentes en este sentido y permitir de esta forma la correcta y normal ejecución del objeto contractual.

Prueba de lo anterior es que ni siquiera **CEDELCA** ejerció su potestad sancionatoria y conminatoria representada en la imposición de desincentivos al gestor, posibilidad latente y procedente para instar al contratista al cumplimiento de la obligación supuestamente desatendida. Ciertamente, si a juicio de la firma interventora y de la entidad contratante no podía tenerse como recibido el **PID** presentado por **CEC**, cabe el interrogante de por qué no se impusieron ante dicha circunstancia los desincentivos a que se refería la cláusula 17.2 del contrato, antes de pensar en tomar una decisión resolutoria frente a la relación contractual. Lo anterior deja en evidencia que **CEDELCA** eligió la opción de extinguir el negocio jurídico sin considerar que la misma siempre debió tenerse como *ultima ratio*.

Ahora bien, establecido como está que el Gestor presentó, en las oportunidades previstas contractualmente, un documento contentivo, en su criterio, del Plan de Inversiones Detallado, con el fin de dar cumplimiento a su precisa obligación al respecto, no escapa al Tribunal la evidencia probatoria frente a las falencias y deficiencias que en punto al contenido del **PID** acreditada en el proceso.

Pero, también observa el Tribunal que frente a las señaladas falencias, **CEDELCA**, en su autonomía y en su momento con buen juicio, en criterio del Tribunal, en vez de utilizar sus potestades sancionatorias y/o conminatorias a fin de requerir de su contratista el cumplimiento de la obligación, en los términos y alcances definidos por el interventor del contrato —que no frente a requerimientos

precisos del contrato, que echa de menos el Tribunal, como ya se vio-, optó por exigir ajustes y correcciones en un marco válido y legítimo de conducta contractual, creando con ello la certidumbre en el contratista – gestor de la continuidad del contrato y de la adecuación del Plan de Inversiones a las determinaciones que finalmente fueron objeto de consenso entre las partes, posteriormente socializado con aceptación y conformidad de los involucrados, como en seguida lo analiza el Tribunal, según lo confirma el perito Eduardo Afanador en su dictamen¹⁵¹:

“28. Sírvase verificar si el 11 de agosto de 2009 se llevó a cabo un taller sobre el Plan de Inversiones, al que asistieron, representantes de CEC y de la Interventoría.

Fundamentos de la Respuesta

- Acta. Taller Plan de Inversiones Interventoría – CEC. Agosto 11 de 2009. Ver Anexo CEC 28.

El documento “ACTA TALLER PLAN DE INVERSIONES INTERVENTORÍA – C.E.C Agosto 11 de 2009 de 2:30 a 11:45PM – Sala de Juntas 4to. Piso Edificio Negret” señala lo siguiente:

“El objetivo de esta reunión es atender la comunicación CEC 20098000118601 donde se solicita a la Interventoría la realización de un taller que permita detallar los requerimientos del comunicado APPLUS 0093-09 de 6/Ago/09.

ASISTENTES Y EXPOSITORES

EXPANSIÓN Y REPOSICIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELECTRICA

Juan Manuel Preciado – Gerente de Distribución

Diego Fernando Cuartas – Director de Obras

Giovanni González – Director de Mantenimiento General

Diego Correa – Director Comercial

PLAN DE PÉRDIDAS

Juan Carlos Santander – Director Plan de Pérdidas

Hernán Moncada – Asesor externo, Plan de Pérdidas

Charlie Hurtado – Plan de Optimización

Juana Sánchez – Directora de Atención al Cliente

PLANEACIÓN Y REGULACIÓN

Ricardo Sánchez Alba – Gerente de Planeación y Regulación

Andrés Felipe Cruz R. – Gestión de Proyectos de Inversión

INTERVENTORIA

¹⁵¹ Págs. 110 a 111 del Dictamen.

José Julio Campos – APPLUS Inversiones
Victoria Paz – APPLUS Inversiones
Gonzalo Gallego – APPLUS Inversiones

ASPECTOS TRATADOS – Expansión y Reposición de Infraestructura Eléctrica

...

ASPECTOS TRATADOS – Plan de Pérdidas

...

Implantación de los Sistemas de Gestión

...

Inversión en Canales de Relación

...

COMPROMISOS DEL PRIMER AÑO

...

GENERALIDADES

...

Al final aparecen las firmas de dos representantes de la Interventoría y dos representantes del Gestor.

Respuesta

De acuerdo con acta firmada por representantes de la Interventoría y de CEC, el 11 de agosto de 2009 se llevó a cabo un taller sobre el Plan de Inversiones, al que asistieron, representantes de CEC y de la Interventoría.

29. Sírvase determinar si CEC entregó el 13 de agosto de 2009 el plan de inversiones ajustado, en atención a las nuevas observaciones que hizo la Interventoría en el Taller Plan de Inversiones Interventoría – CEC, realizado el 11 de agosto de 2009 en el Edificio Negret. Para el efecto tenga en cuenta la comunicación 20098000120791 remitida por CEC a la Interventoría, la cual se adjunta a este cuestionario.

Fundamentos de la Respuesta

- Comunicación 20098000120791 remitida por CEC a la Interventoría con fecha agosto 13 de 2009. la cual dice lo siguiente:

“Según las aclaraciones a que dio lugar el taller de seguimiento al Plan de Inversiones, adjuntamos el Plan de Inversiones Detallado y debidamente soportado, con las carpetas de cada proyecto al igual que un CD que contiene las memorias para el cálculo del cumplimiento de los indicadores, cronogramas, actas, comprobantes de pago, al igual con información adicional la cual les permitirá realizar el seguimiento a profundidad de cada uno de los temas.

Los archivos anexos están relacionados en cuadro “Plan de Inversión – Anexos electrónicos y Plan de Inversión – Anexos Físicos” anexo a este comunicado”

En el expediente se encuentran fotocopias de fichas de proyectos de inversión y del documento “Plan de Inversión Detallado” con fecha agosto 13 de 2009. En el CD suministrado por CEC al perito se incluyen estos documentos y adicionalmente el archivo en Excel “Unidades Constructivas PID”, Estos archivos se incluyen en el CD que acompaña el presente dictamen.

Respuesta

De acuerdo con la comunicación 20098000120791 remitida por CEC a la Interventoría, CEC entregó el 13 de agosto de 2009 el plan de inversiones ajustado, en atención a las nuevas observaciones que hizo la Interventoría en el Taller Plan de Inversiones Interventoría – CEC, realizado el 11 de agosto de 2009.”

De esta manera, mal puede el Tribunal declarar el incumplimiento del contrato por parte del Gestor como la “justa causa” invocada por Cedelca para la terminación del Contrato de Gestión, toda vez que, como quedó evidenciado en el proceso, dicho incumplimiento fue purgado por la conducta de la misma contratante, que, presentadas las circunstancias constitutivas del mismo, propició la continuidad del Contrato y alentó y conminó al contratista a corregir e implementar lo que finalmente tuvieron como el Plan de Inversiones que habría de gobernar el desarrollo del contrato, de no haber ocurrido su terminación anticipada.

Así, encuentra el Tribunal de conformidad con la prueba arrojada al trámite, que si bien el Gestor incurrió en cumplimiento defectuoso de la obligación de presentar el Plan De Inversiones Detallado, también es cierto que a la luz del mismo acervo probatorio, ese hecho que pudo ser tenido por Cedelca como causal de sanción al contratista e incluso de declaración de terminación anticipada del contrato en el momento de su configuración, no fue, a la final, la causa eficiente de la decisión que en su momento tomara la entidad contratante, por cuanto ella misma, desestimó la utilización de los instrumentos pactados en el contrato a tal efecto, optando por vías distintas a la sancionatoria, con el fin de dar continuidad al proyecto.

Reprocha el Tribunal en este punto, la conducta desplegada por la interventoría del contrato, aspecto que si bien no constituye materia de decisión, si fue determinante en el devenir contractual y en la génesis y desarrollo del conflicto que resultó en la terminación del contrato.

En efecto, destaca el Tribunal en todo caso que, pese a las distintas circunstancias e inconsistencias evidenciadas en lo referido al **PID** presentado por **CEC** en el marco del Contrato de Gestión, está probado en el proceso que la versión entregada el trece (13) de julio de 2009, atendía las condiciones mínimas que al respecto podían deducirse de lo estipulado en el clausulado contractual frente a este preciso asunto.

Así se colige de lo dicho por el perito **AFANADOR** en su dictamen pericial técnico, en el cual se concluyó que la última versión del **PID** entregada por **CEC**, estaba ajustada a los requerimientos hechos por la Interventoría, destacando al respecto que en la misma se incluía un Plan de Recuperación de Pérdidas y que las inversiones identificadas y relacionadas en el **PID** eran, incluso, superiores a las contempladas en la propuesta económica presentada inicialmente por el contratista gestor. En palabras del Auxiliar de la Justicia se tiene lo siguiente:

“De acuerdo con la información suministrada, el plan de inversiones y sus anexos ajustado según requerimientos de la Interventoría que entregó CEC el 13 de agosto de 2009, tiene como base, en las inversiones de activos, los valores regulados de las Unidades Constructivas de Distribución aprobados por la CREG que aplican para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2008 y el 30 de septiembre de 2009. (...) Revisada la información suministrada por CEC que reposa en el expediente, dentro de los planes de inversiones entregadas por CEC se incluía un plan de recuperación de pérdidas.”

“(...)”

“De acuerdo con el texto del Anexo Técnico del Contrato de Gestión, el perito entiende que durante el primer año de ejecución del contrato, el Gestor no podía modificar el monto asignado a los ítems específicos de inversión previstos en la oferta económica por debajo del monto ofertado para cada ítem.

“(...)”

“De acuerdo con el PID entregado por CEC el 13 de agosto de 2009, el monto de inversiones detallado es superior al monto de inversiones

previsto en el Plan de inversiones presentado por CEC en la oferta económica para el primer año del Contrato de Gestión.¹⁵²

Destacando que la versión del **PID** a que se hace mención fue entregada antes de la comunicación emitida por **CEDELCA** el nueve (9) de septiembre de 2013, mediante la cual se decidió definitivamente dar por terminada la relación contractual, es menester considerar al respecto que bajo los limitados requisitos que de manera precaria podían deducirse de los documentos contractuales, puede concluirse que **CEC** cumplió con sus obligaciones referidas a esta precisa materia, 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 podía 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**.

En estos términos, 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*.

Tercera causal de terminación: “Incumplimiento de la obligación de suministrar información a la Interventoría”

La tercera y última causal aducida por **CEDELCA** como sustento para declarar la terminación anticipada de la relación contractual, corresponde al supuesto incumplimiento en que incurrió el contratista gestor al no suministrar cierta información solicitada por la firma interventora durante el tiempo en que estuvo en ejecución el contrato de gestión. Concretamente, recordando que el análisis de la referida causal debe circunscribirse a lo expresamente señalado por **CEDELCA** en su comunicación de doce (12) de agosto de 2009, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción que le asiste al contratista gestor, es preciso relacionar a continuación el argumento que expresamente esgrimió la entidad contratante frente al supuesto incumplimiento en la entrega de información a la firma interventora, respecto de lo cual se indicó lo siguiente:

“El Interventor requirió información a CEC sobre el cumplimiento de pagos a las empresas Tellerredes, UTEN, la Obra Ltda. y Eléctricas de Medellín, mediante comunicación 0042-09, y el segundo requerimiento en el mismo sentido en comunicación 051-09.

¹⁵² Dictamen Percial Técnico Pag. 115 y 126 - Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Percial Técnico Pag. 85

"Surtido el procedimiento previsto contractualmente, la Interventoría informó a CEDELCA mediante comunicación 0062-09 sobre el incumplimiento en el suministro de la información referente al cumplimiento de pagos a terceros. Igualmente indicó que no se conoce justificación alguna para que el Gestor no haya entregado la información e indica que realizó un segundo requerimiento de la información.

"La Interventoría solicitó información a CEC sobre el Plan de Inversiones Detallado para el primer quinquenio, mediante comunicación 041-09, otorgando al Gestor un plazo de treinta días para (sic), en los términos del literal b) de la cláusula 24 del Contrato de Gestión.

"Sobre la información indicada anteriormente, el Interventor informó a CEDELCA que transcurrido el término otorgado, el Gestor presentó un documento que no se ajusta a los requerimientos mínimos establecidos en el anexo técnico del contrato de gestión y manifestó que el incumplimiento en la entrega de la información imposibilita el seguimiento del Plan de Inversiones.

"De otra parte, la Interventoría también requirió información de parte de CEC sobre el pago de energía a las empresas AREMARIS y XM por los vencimientos correspondientes al mes de junio mediante comunicaciones 044/09 y el segundo requerimiento, en el mismo sentido, en comunicación 049/09.

"Surtido el procedimiento previsto contractualmente, la Interventoría informó a CEDELCA mediante comunicación 063-09 sobre el incumplimiento de la obligación por parte del gestor, consistente en el suministro de información relacionada con los pagos de energía, impidiendo con ello el cumplimiento de las obligaciones del Interventor. Añadió también que este incumplimiento podrá poner en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica por parte del operador, lo cual obliga a CEDELCA a tomar las medidas legales y contractuales a fin de preservar dicha prestación de los servicios de distribución y comercialización.

"Por otra parte, mediante comunicación 040 se solicitó a CEC por parte de la Interventoría suministrar información sobre el cumplimiento de pagos a CEDELCA por concepto de cartera facturada y recaudada. El segundo requerimiento en tal sentido lo realizó mediante comunicación 045-09.

“Al no haberse suministrado la información, la Interventoría mediante comunicación 064-09 informó a CEDELCA que el Gestor no había suministrado la información, agotando con ello el trámite a su cargo.”¹⁵³

Como puede advertirse de la lectura del aparte citado, fueron cuatro (4) los eventos que de manera concreta sirvieron de sustento a **CEDELCA** para aducir que **CEC** no cumplió con su obligación de entregar a la firma interventora la información solicitada en relación con el contrato. En efecto, según la contratante, **CEC** no hizo entrega de la información relacionada con estos precisos aspectos: (i) pagos a terceros, comunicaciones 0042-09 y 0051-09; (ii) Plan de Inversiones Detallado –**PID**–, comunicación 041-09; (iii) pago de energía, comunicaciones 044-09 y 049-09 y (iv) pagos a **CEDELCA** por concepto de cartera facturada y recaudada, comunicación 040-09 y 045-09.

Clarificado el alcance de la causa esgrimida por **CEDELCA** en materia de entrega de información a la Interventoría, es imperioso entender sobre este particular lo indicado en la cláusula 4.9 del contrato de gestión, en la cual se establece de manera expresa la obligación que le asistía al contratista gestor en el sentido de entregar a la firma interventora la información que estuviere relacionada con la ejecución del proyecto, contemplándose, igualmente, las consecuencias que tendrían lugar en el evento en que **CEC** no atendiera este preciso deber contractual.

La referida cláusula 4.9 regulaba este particular aspecto en los siguientes términos:

“4.9 Obligaciones de información. El Gestor deberá rendir los informes a que a hace referencia el Contrato de Interventoría.

“4.9.1 El Gestor, deberá cumplir con las obligaciones de información que tiene para con los entes gubernamentales de vigilancia y control, tales como la SSPD y la CREG, entre otros, incluyendo aquellas que se deriven del recibo de los recursos causados por la ley 178 de 1959.

“4.9.2 El Gestor deberá enviar copia de los informes a los que está obligado a la Interventoría y a la Superintendencia de Servicios Públicos, Delegada de Energía y Gas.

“4.9.3 El Gestor deberá suministrar tanto al Interventor como a la Empresa toda la información, escrita o en medio magnético, que de acuerdo con el presente Contrato, sus anexos y demás documentos que hagan parte integral del mismo, deba ser suministrada para el cumplimiento del objeto de la interventoría.

¹⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 2 – folios 256 y 257.

"En caso de que sin ninguna justificación la información no sea entregada, el interventor deberá dejar constancia escrita de lo mismo a través de una comunicación dirigida a la Empresa y deberá hacer un segundo requerimiento al Gestor. Si nuevamente la información no es entregada deberá comunicar nuevamente a la Empresa, quien a través de su Junta Directiva y previa aprobación del Comité de Seguimiento del Convenio de Desempeño podrán declarar el incumplimiento del Contrato."¹⁵⁴

Según lo pactado en esta cláusula, era clarísima la obligación del contratista gestor consistente en atender los requerimientos efectuados por la Interventoría para la entrega de información atinente al contrato, estipulándose, a su vez, que en el evento en que no se hiciera entrega de la misma sin justificación alguna, habría lugar a efectuar una segunda solicitud, pero si en esta nueva oportunidad tampoco se entregaba la información, **CEDELCA** podría declarar el "incumplimiento" del contrato, previa aprobación de la Junta Directiva y del Comité de Seguimiento del Convenio de Desempeño.

Por su parte, entendiendo que la referida estipulación contractual debe concordarse con lo dispuesto por la cláusula 20.1 en cuanto a la posibilidad de decretar la terminación anticipada y unilateral del contrato por la no entrega de información a la Interventoría, es imperioso considerar al respecto que en este sentido pactaron las partes que habría justa causa de terminación, "[c]uando el Gestor no entregue la información de que trata el numeral 4.9.3 de este Contrato".

Bajo este panorama contractual y sin perder de vista la remisión hecha expresamente por la referida cláusula 20.1, debe analizarse si en efecto se configuraron o no los cuatro (4) eventos en que **CEC** supuestamente no atendió su obligación de entregar información a la Interventoría, para lo cual se estudiarán las respectivas comunicaciones cruzadas para tal efecto entre las partes y la interventoría.

En primer lugar, tratándose de los requerimientos relacionados con los pagos a terceros, el Tribunal puede advertir de la lectura de las comunicaciones identificadas con radicado No. 0042-09¹⁵⁵ y 0051-09¹⁵⁶, de once (11) y veinticuatro (24) de junio de 2009, respectivamente, que a través de las mismas se solicitó al contratista gestor que informara las medidas adoptadas para cumplir con los pagos adeudados a los terceros. Para tal efecto, se envió una comunicación inicial, la cual, al no ser atendida por **CEC**, obligó a que tuviera que remitirse una nueva misiva requiriendo el cumplimiento de la respectiva orden, antes del treinta (30) de junio de 2009.

¹⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 115 y 116.

¹⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 615 y 616.

¹⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 655 y 656.

Ahora bien, en cuanto a la actuación adelantada por **CEC** con ocasión a esta precisa solicitud, reposa en el expediente la comunicación remitida a la interventoría el 31 de julio de 2009, con radicado No. 20093000115851¹⁵⁷, en la cual el contratista gestor hace mención de las comunicaciones 042-09 y 051-09, referidas a los pagos a terceros, respecto de las cuales manifestó expresamente que, "... procedemos a remitir constancias de la Fiduciaria de los pagos realizados a UTEN y la OBRA".

Este panorama deja en evidencia que efectivamente el contratista - gestor no cumplió en tiempo con su obligación de entregar la información solicitada por la firma interventora, pues solo hasta el treintauno (31) de julio de 2009, **CEC** se refirió concretamente sobre el particular y remitió a la Interventoría las constancias de los pagos efectuados a los terceros.

Así las cosas, sin perder de vista que **CEC** hizo entrega extemporánea de la información pedida por la Interventoría, es imperioso reprochar su comportamiento, pues claramente se advierte que pasó un largo tiempo desde que se efectuó el correspondiente requerimiento, hasta que el mismo fue atendido por parte del contratista - gestor. Sin duda, la función de la interventoría es importante para el normal y debido desarrollo de cualquier proyecto, de ahí la trascendencia que implica la oportuna entrega de la información o documentación que sea necesaria para la correcta supervisión del contrato, aspecto que según se evidencia no fue tenido en cuenta por parte del contratista - gestor en el caso concreto, pues si bien es cierto que efectuó la entrega de la información pedida, lo hizo a destiempo y sin proponer una debida justificación.

No obstante lo anterior, debe considerarse frente a este primer evento que el mismo no podía constituir justa causa de terminación, pues claramente la cláusula 20.1 en su literal a) contemplaba como supuesto para su configuración la falta de entrega de información, más no su extemporaneidad y mucho menos que a juicio de la Interventoría o de la entidad contratante la contestación fuera incompleta o deficiente. Cabe resaltar en este sentido que los documentos contractuales no hicieron mención alguna respecto del tiempo o plazo que tenía el contratista gestor para atender los requerimientos de la Interventoría, al punto en que no se fijaron parámetros o criterios para definir en cada caso los términos correspondientes, de manera que el factor temporal de manera alguna podía servir de sustento para el ejercicio de la facultad convención de terminación anticipada y unilateral del contrato.

En segundo término, adujo **CEDELCA** que el contratista - gestor no atendió los requerimientos efectuados sobre el Plan de Inversiones Detallado –PID–. Sin embargo, sobre este particular aspecto vale traer a colación en este punto el

¹⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 4 – folios 56 y 57.

análisis efectuado párrafos atrás en cuanto a lo sucedido con el **PID** presentado por **CEC**, oportunidad en la cual quedó en evidencia que el contratista gestor, no solo entregó en tiempo el referido proyecto, sino que, además, atendiendo las observaciones y comentarios realizados frente al mismo por parte de la Interventoría, presentó varias versiones del mismo a fin de ajustarlo o corregirlo de conformidad con lo solicitado por la Interventoría, circunstancia de la cual dio cuenta el perito **AFANADOR** quien concluyó que la versión del **PID** presentada el trece (13) de agosto de 2009, cumplía con las condiciones mínimas que podían colegirse de los documentos contractuales.

De esta forma, es preciso concluir que tratándose de los requerimientos de información atinentes al **PID**, no se presentó incumplimiento alguno atribuible al contratista gestor, frente a los requerimientos de información formulados por el interventor.

El tercer punto tiene que ver la entrega de información relacionada con los pagos de energía a favor de la sociedad **AREMARIS** y de la **XM**. A este respecto, se lee en las comunicaciones 044-09¹⁵⁸ y 049-09¹⁵⁹, de dieciséis (16) y veinticuatro (24) de junio de 2009, respectivamente, que por conducto de las mismas se requirió al contratista - gestor para que entregara los comprobantes que daban cuenta de los pagos de energía correspondientes al mes de junio de 2009, efectuados a favor de la empresa **AREMARIS** y de la **XM**, para lo cual se fijó como plazo el treinta (30) de junio de 2009, destacando que inicialmente se había concedido un término de tres (3) días que no fue atendido por parte de **CEC**.

Con ocasión de las referidas solicitudes, el quince (15) de julio de 2009, **CEC** remitió a la Interventoría la comunicación con radicado No. 20098000106041¹⁶⁰, mediante la cual anexó los comprobantes de pago de energía realizados mediante transferencia bancaria a las sociedades **AREMARI** y **XM**. En efecto, como adjunto a dicha misiva, el contratista gestor aportó documento electrónico emitido por Bancolombia, en el cual se relacionan varias transferencias realizadas por **CEC**, entre las cuales se destacan las efectuadas a favor de **AREMARI** y **XM** durante el mes de junio de 2009.

Vale reiterar frente a este preciso evento lo señalado antes en cuanto a la extemporaneidad de la entrega de información por parte de **CEC**, pues, si bien se advierte que el contratista - gestor hizo entrega de los respectivos documentos que -a juicio del Tribunal- eran del todo válidos para demostrar la realización de los pagos de la energía, es evidente el incumplimiento en lo que tiene que ver con el factor o parámetro temporal fijado en su momento por la firma interventora, circunstancia que merece un categórico juicio de reproche en atención a que

¹⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folio 628.

¹⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 45 y 46.

¹⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 647 a 653.

claramente dificultaba el ejercicio de la función de supervisión que había sido encomendada por **CEDELCA** a la Interventoría.

Igualmente, hay que considerar sobre este particular que en el presente evento no se configura la causal de terminación anticipada que fue consagrada en la cláusula 20.1 del contrato de gestión, como quiera que está demostrado que **CEC**, pese a la extemporaneidad, sí hizo entrega de la información requerida por la firma interventora en cuanto a la comprobación de los pagos de energía del mes de junio de 2009, lo cual implica que, sin perjuicio del reproche o la reconvención que en su momento podía efectuarse respecto de la conducta del gestor, no había lugar a declarar la terminación de la relación contractual con sustento en esta precisa circunstancia, pues –se reitera– quedó claramente evidenciado que la misma no constituía justa causa de terminación a la luz del contrato.

En cuarto y último lugar, se refirió la entidad contratante a las comunicaciones 040-09¹⁶¹ y 045-09¹⁶² de dos (2) y veinticuatro (24) de junio de 2009, respectivamente, relacionada con el manejo, administración y cobro de la cartera facturada y recaudada a nombre de **CEDELCA**. Valga señalar de entrada frente este asunto en particular, que al hacer una lectura integral de ambas misivas, así como de las comunicaciones precedentes a las que se refieren las mismas, se advierte que éstas dejan ver la existencia de una controversia en lo relacionado con la cuantía o el monto que en su momento debía ser cancelado por parte de **CEC** y a favor de **CEDELCA**, por concepto del cobro de cartera.

En efecto, destacando que la Interventoría deja constancia expresa en dichas comunicaciones sobre la contestación dada por **CEC** a cuatro oficios anteriores mediante los cuales se había solicitado la entrega de información, es evidente que antes de entender por configurado un supuesto incumplimiento por parte del gestor por el no suministro de información, se trataba de una discusión o debate que había surgido entre la Interventoría y **CEC** en cuanto al monto de la cartera que debía recaudarse y entregarse a **CEDELCA**.

No puede, entonces, considerarse esta especial circunstancia como evento constitutivo de incumplimiento contractual, *per se*, y mucho menos, entenderse como evento configurativo de una causal que diera lugar a 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.

Ahora bien, si se considera que en la comunicación 045-09 de veinticuatro (24) de junio de 2009, se solicitó a **CEC** la entrega de información, debe tenerse en cuenta que en ningún momento se expidió una segunda comunicación advirtiendo sobre la eventual falta de respuesta a la anterior y solicitando nuevamente dicha

¹⁶¹ Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 601 y 602.

¹⁶² Cuaderno de Pruebas No. 3 – folios 71 a 73.

información. Se hace esta precisa acotación recordando que la cláusula 4.9.3 estipulaba con claridad que previo a cualquier declaración de incumplimiento o de terminación anticipada del contrato, debía remitirse por parte de la Interventoría una segunda solicitud de información dirigida al gestor, y solo en el caso en que esta última tampoco fuera contestada, podía valorarse eventualmente la posibilidad de sancionar el comportamiento del contratista.

Según lo expuesto, el Tribunal observa que tampoco se configura en este evento un supuesto o causa justa de terminación contractual, pues simplemente se trataba de un aspecto en discusión que si bien podía generar diferencias mediante el señalamiento de variadas posturas disímiles u opuestas, de manera alguna podía habilitar a CEDELCA para declarar la terminación anticipada del contrato.

Ligado a lo anterior, cabe destacar en este punto la conclusión que fue expuesta por la firma C.I. BUSSINES ASOCIATION en su informe de auditoría fechado de agosto de 2009, en el cual se hizo énfasis en las dificultades que se habían presentado con ocasión de la solicitud de información por parte de la Interventoría y del suministro de la misma por el contratista - gestor.

En este sentido, señaló la firma auditora que eran evidentes las diferencias y discusiones referidas a la solicitud y entrega de información, las cuales –en su sentir– pudieron evitarse si CEDELCA hubiere considerado la posibilidad de elaborar y convenir un **MANUAL DE ENTENDIMIENTO OPERATIVO Y CONTRACTUAL**, con el objeto de identificar los distintos procedimientos que habrían de adelantarse en el marco del proyecto y definir las condiciones para la ejecución de varias actividades u obligaciones inherentes al mismo, entre las cuales se encontraba lo concerniente a la comunicación y manejo de la información entre CEC, CEDELCA y la firma interventora.

Concretamente, el informe de auditoría concluyó sobre el particular lo siguiente:

“10. CONCLUSIÓN GENERAL

“Observamos que gran parte de las observaciones y conclusiones a las cuales llegó esta auditoría, se hubieren podido evitar si desde el comienzo las partes (CEDELCA – CEC – INTERVENTORÍA), hubiesen elaborado y aprobado un MANUAL DE ENTENDIMIENTO OPERATIVO Y CONTRACTUAL, cuyo propósito fundamental es traducir los TÉRMINOS GENERALES del contrato en PROCESOS OPERATIVOS DE DETALLE, que faciliten su desarrollo operativo y de control.

“La construcción y aprobación de este manual, permitirá a las partes ponerse de acuerdo en la definición y ejecución de algunos procesos que están generando conflicto. Para precisar, veamos los

siguientes dos casos particulares que requieren de un "otrosí" o de una reglamentación operativa: 1) Que las pólizas se renueven con un mes de anticipación a su vencimiento, 2) presentar un plan de inversiones detallado (si las partes no definen un modelo

"También, es importante que se dedique un capítulo para regular las normas de comunicación entre las partes (CEDELCA – GESTOR – INTERVENTOR), para evitar la ruptura del canal a través de una cantidad de comunicaciones que van y que vienen y que al final no AGREGAN VALOR, sino que lo destruyen. Debe establecerse un orden de comunicación directo, en donde lo realmente importante se escriba y lo cotidiano se busque solucionar de forma verbal. Esto es fácil de alcanzar, pues vale la pena anotar, que para el desarrollo de esta auditoría fuimos puntuales en definir nuestras necesidades, lo cual llevó al Agente Especial de CEDELCA, a dirigir una única comunicación al Gestor, solicitando: 1) Dar acceso total a la información y 2) permitir el acceso directo a los sistemas de información, con perfil exclusivo de consulta. Esto se cumplió y de ahí en adelante no se requirió sino trabajar."¹⁶³ –Se destaca-

De nuevo el Tribunal llama la atención sobre el comportamiento desplegado por CEDELCA frente a los inconvenientes advertidos durante la ejecución contractual, pues queda en evidencia que antes de buscar solución a las circunstancias que dificultaban el desarrollo normal del proyecto -como era el caso de las discusiones en el manejo y la entrega de la información por parte de CEC-, decide extinguir la relación contractual aduciendo para ello, incluso, la ocurrencia de supuestos o eventos que de acuerdo a lo demostrado no constituían justas causas de terminación.

Seguramente otra habría sido la suerte del contrato de gestión si CEDELCA hubiere atendido las recomendaciones efectuadas por la firma auditora contratada para evaluar el estado de ejecución contractual. Sin duda, la elaboración de un Manual de Entendimiento o al menos la apertura de un espacio de debate y discusión que permitiera la definición de unas condiciones o parámetros básicos para el adelanto de los respectivos procedimientos inherentes al proyecto, hubiere arrojado frutos positivos en lo que tenía que ver con el correcto desarrollo del contrato. Pero nada de esto ocurrió, pues la entidad contratante contempló la extinción de la relación contractual como única salida frente a los inconvenientes advertidos durante su ejecución, sin que al respecto mostrara la más mínima intención de procurar por la conservación del negocio jurídico, más aún si se tiene en cuenta de acuerdo con lo observado por el Tribunal, que ninguno de las dificultades que se presentó durante el corto tiempo en que se ejecutó el contrato, impidían de manera definitiva e insalvable la continuación del proyecto.

¹⁶³ Cuaderno de Pruebas No. 8 – folios 336 y 337.

Vale destacar en este sentido lo expuesto por la doctrina en cuanto al principio de conservación del contrato, frente a lo cual se ha dicho de manera diáfana que, “... si los contratos se hacen para que sean cumplidos ha de procurarse, mientras no sobrevengan impedimentos insalvables, alcanzar esa finalidad. El principio llamado de conservación –favor contractus– proporciona una certera pauta cuando se presentan situaciones de duda”¹⁶⁴ -subraya el Tribunal-.

Consideraciones generales frente al procedimiento de terminación aplicado por CEDELCA

Pese a estar demostrado que ninguno de los supuestos aducidos por **CEDELCA** en sus comunicaciones de doce (12) de agosto de 2009 y nueve (9) de septiembre siguiente, fecha ésta última que tendrá el Tribunal como definitiva a los efectos de la terminación efectiva del Contrato de Gestión, constitúan una justa causa que la habilitara para ejercer legalmente la potestad de terminación anticipada y unilateral del contrato, es preciso realizar algunos comentarios referidos al procedimiento adelantado por la entidad contratante al tomar dicha decisión, al propósito de despachar las pretensiones que por violación de los procedimientos contractuales ha formulado la convocante en este proceso.

Se recuerda en este sentido que la cláusula 20.3 del contrato de gestión reguló el procedimiento o trámite que habría de seguirse en el evento en que ocurriera una causa que habilitara a **CEDELCA** para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato. De manera particular, contemplaba la referida cláusula unas etapas sucesivas que iniciaban con la notificación o información al contratista gestor sobre las causas que daban lugar a la terminación del contrato, quien tenía cinco (5) días hábiles para rendir sus descargos y manifestar si aceptaba o no las causales aducidas por la entidad pública contratante.

Luego se debía rendir un concepto por parte del interventor, quien evaluaría y verificaría los argumentos y explicaciones dadas por el gestor. Con fundamento en dicho informe y dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento emitido por el contratista gestor, **CEDELCA** debía comunicar la respectiva decisión en el sentido de abstenerse o declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato.

Entendiendo que en estos términos fue acordado el procedimiento de terminación del contrato, el Tribunal encuentra que el mismo fue cumplido en sus actuaciones y plazos por parte de **CEDELCA**, de **CEC** y de la misma firma interventora, habida cuenta que, en la respectiva oportunidad, se informó sobre la apertura del mismo,

¹⁶⁴ MORELLO, Augusto M.: Indemnización del Daño Contractual, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 265.

se presentaron los descargos, se rindió el concepto y se emitió la respectiva decisión.

No obstante lo anterior, debe considerarse que la decisión unilateral de terminación anticipada del contrato y el procedimiento o trámite mediante el cual se adopta la misma, están cobijadas por garantías supra-contractuales que tienen por objeto el debido y correcto ejercicio de esta potestad convencional. En efecto, es claro que el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción y los principios de buena fe y confianza legítima obligan y deben garantizarse en el marco de este tipo de procedimientos.

Adicionalmente, tratándose de la fuerza vinculante del contrato, es preciso considerar que, “... además del deber de prestación, hay otros que se apoyan en la relación contractual, tales como los deberes de conducta (de cooperación o de protección de los intereses de las partes). Hay, en verdad, una conducta debida en la relación contractual que desborda la simple y singular relación obligacional. Las partes se vinculan en una estrecha comunidad jurídica, y en su base existe una relación de confianza. De ahí que haya un plus respecto del específico deber de prestación. Protegen el ámbito de crédito en aquello que puede derivar en daños, precisamente por o en ocasión de la realización del contrato”¹⁶⁵ -destaca el Tribunal-.

Como puede observarse, son varias e importantes las garantías que rodean el contrato y, concretamente, el procedimiento adelantado para efectos de declarar la extinción anticipada del mismo, de lo cual vale la pena resaltar la trascendencia que se atribuye a la conducta o al comportamiento de las partes, representado en los deberes de cooperación y protección de los intereses mutuos en el marco de la relación jurídica, cuyo sustento está encarnado sin duda en la confianza y la buena fe con que deben actuar los celebrantes, no solo durante la vigencia del contrato mismo, sino, también, al momento de su fenecimiento.

Sobre este particular, el Tribunal trae a colación, y hace suyos los fundamentos de la doctrina contenida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que sobre estos precisos aspectos ha determinado¹⁶⁶:

“Buena fe contractual y abuso del derecho. (...) Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de complotarse, tal como se puede esperar de una persona de buena fe ...”.

Es con fundamento en estas precisas acotaciones que se ha evaluado la conducta o el comportamiento contractual desplegado por CEDELCA durante la ejecución del contrato y, específicamente, en la etapa previa a su terminación, el cual ha

¹⁶⁵ Ibídem, pp. 271.

¹⁶⁶ CSJ, Cas. Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994. M.P.: Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

sido objeto de reparo por parte del Tribunal, luego de advertir que en ningún momento se evidenció una intención de preservación del negocio jurídico y, mucho menos, de cooperación o protección de los intereses del contrato y del contratista - gestor; y serán éstos los fundamentos jurídicos y fácticos de las decisiones que adopte el Tribunal para poner fin a la controversia sometida a su juicio.

En efecto, se ha dicho que la entidad contratante, en vez de plantear en conjunto con los demás actores del contrato las soluciones idóneas que permitieran conjurar los distintos inconvenientes presentados durante la ejecución contractual, encaminó su decisión hacia el fenecimiento prematuro del negocio jurídico, perdiendo de vista, incluso, que el mismo apenas estaba en los primeros meses del plazo, los cuales eran determinantes para la correcta implementación del mismo. Y esta conducta hubiera podido ser reprochable, pero sin consecuencias importantes en la presente litis de cara a las estipulaciones contractuales, si no hubiera sido por la conducta desplegada por la entidad contratante, creadora de expectativas, de confianza legítima en el contratista, que inhibían la posibilidad de sorprenderlo con sanciones tardías y extemporáneas, por hechos que ella misma había desestimado en su momento como determinantes para la imposición de sanciones oportunas, incluida la posibilidad de terminación anticipada del Contrato por justa causa.

Tanto es así, que ni siquiera se atendió la recomendación efectuada por la firma **C.I.BUSSINES ASOCIATION** en el sentido de elaborar y aplicar un Manual de Entendimiento para los casos que generaban discusión ante la falta de criterios o parámetros prefijados que permitieran tener claridad en cuanto al alcance de los respectivos procedimientos operativos, técnicos y financieros. Además, se observa que tampoco se contempló la posibilidad de otorgar al contratista gestor un plazo pertinente con el objeto de conjurar las dificultades que se estaban presentando, posibilidad que estaba contemplada en la misma cláusula 20.3 y que sin duda se erigía como oportunidad idónea para corregir los eventuales errores y dar paso al correcto y debido cumplimiento del contrato, circunstancia que bien podía esperar el Gestor se concretara como resultado de la conducta desplegada por su contratante, que hasta entonces se había abstenido de sancionar al contratista, en ejercicio legítimo de las potestades que al efecto le concedía el Contrato.

En efecto, encuentra demostrado el Tribunal, que **CEDELCA** no contempló la posibilidad de imponer los desincentivos a que se refería el contrato y el Anexo Técnico ante eventuales incumplimientos por parte del gestor, pues si bien es cierto que se trataba de una potestad del todo facultativa, hubiere podido servir como instrumento eficaz para instar a **CEC** al cumplimiento de las obligaciones que a la postre fueron esgrimidas como sustento de la terminación anticipada del Convenio.

Cada una de estas circunstancias deja en evidencia el incumplimiento de los deberes de conducta por parte de la entidad contratante, circunstancia que sin duda afectó la legitimidad del procedimiento de terminación del contrato y consecuentemente la validez de la respectiva decisión, pues, además de estar demostrado que no hubo justa causa que diera lugar a la extinción anticipada y unilateral de la relación contractual, está comprobado que **CEDELCA** tampoco podía declarar la terminación de la manera en que lo hizo.

Atendiendo, entonces, las consideraciones hasta aquí expuestas, el Tribunal accederá a las pretensiones quinta, en su numerales (i), (iv), (v), (vi), (vii), y séptima principales formuladas en el escrito de reforma de la demanda arbitral, al probarse en el proceso que el contrato fue terminado por parte de **CEDELCA** sin justa causa que la habilitara para ello. Consecuentemente, habrá de negarse la pretensión primera de la demanda de reconvención, en la cual se pedía al Tribunal que declarara que la terminación anticipada y unilateral de la relación contractual se había decretado con fundamento en justas causas de terminación que eran atribuibles al gestor.

Así mismo, se accederá a las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la demanda arbitral reformada, tras comprobarse en el proceso que **CEDELCA** terminó en forma indebida el contrato de gestión.

Por último, en cuanto al supuesto incumplimiento alegado por la convocante por no haber conocido el informe elaborado por la firma Consulting International Business Association, el Tribunal advierte que si bien es reprochable la conducta de **CEDELCA** al no poner en conocimiento dicho informe al contratista – gestor, pese a que el mismo estaba relacionado con el contrato, tal comportamiento no constituye un incumplimiento a la luz del clausulado contractual y tampoco tiene la virtualidad de vulnerar el núcleo esencial del derecho de defensa y del debido proceso. Por estas razones, se negará la pretensión quinta principal en lo referido a su numerales (ii) y (x).

La aplicación de la Cláusula Penal.

Por las anteriores consideraciones, encuentra el Tribunal procedente la aplicación de la cláusula penal, bajo el entendimiento que la terminación anticipada del Contrato por parte de **CEDELCA**, no encuentra apoyo ni fundamento en una causa justa que inhiba su aplicación de conformidad con la ley y el contrato.

Sin embargo, dadas las circunstancias que determinaron la terminación del Convenio, y establecidos los efectos de la conducta de las partes, así como los resultados de la valoración probatoria del acervo procesal, es claro para el Tribunal que la aplicación de la cláusula penal pactada en el contrato de gestión, cuyo contenido y alcances ya fue objeto de extenso análisis, debe ser aplicada

por el juez, de conformidad con las autorizaciones legales sobre la materia y las pruebas que obran en el expediente.

En este punto, trae a colación el Tribunal la doctrina especializada que sobre este particular asunto ha establecido¹⁶⁷:

“En nuestro derecho sólo existen casos esporádicos, en que el juez en lugar de anular una estipulación, puede modificarla para ajustarla a lo permitido por la ley o para hacerla concordar con los postulados de la equidad. Este es el caso, por ejemplo de intereses pactados en exceso de los límites autorizados por la ley. Si se trata de operaciones civiles el juez podrá ordenar que se rebajen al tope permitido (arts. 1601, inciso 3 y 2231 del C.C.) y si se trata de operaciones comerciales, habrá de sancionar al acreedor con la pérdida de todos los intereses (arts. 884 del C.de Co.).

“Y en el caso de exceso en el acuerdo sobre cláusula penal, el juez tiene igualmente la facultad para hacer la reducción correspondiente. Si la obligación principal y la pena consisten en el pago de obligaciones determinadas en dinero, el juez, deberá ordenar la reducción de la parte de la pena que supere el duplo de la obligación principal cuando son operaciones civiles (art. 1601, inc. 1 del C.C.) o hacer reducir lo que exceda del monto de la obligación principal cuando sean operaciones mercantiles (art. 867, inc. 2 del C. De Co.).

“Si se trata de obligaciones de valor indeterminado o de obligaciones que se hayan cumplido parcialmente, el juez tiene la autorización legal para reducir la pena equitativamente si la considera excesiva (art. 867, inc. 3 del C. De Co.), para lo cual el legislador civil deja “a la prudencia del juez moderarla (...)” (art. 1601, último inciso del C.C.). En esta última hipótesis lo convenido por las partes es sustituido por el criterio del juez, según su leal saber y entender. En los demás casos, esto es, en los de extralimitación en el pacto de intereses o en la cláusula penal relativa a obligaciones de valor determinado, el juez ordena las reducciones respectivas, pero no impone su criterio, simplemente reabaja lo establecido por la ley.

Para explicar las atribuciones del juez para deducir la procedencia de la aplicación de la pena, acude el Tribunal a la doctrina de jurisprudencial del Consejo de Estado¹⁶⁸, que ha concluido, reiteradamente, que el juez tiene la facultad general o ilimitada en la estimación y valoración que realice a este efecto, y se encuentra facultado para ajustar multas y sanciones según su personal apreciación. Al respecto señaló la Sección 3ª del Consejo de Estado:

¹⁶⁷ SUESCÚN MELO, JORGE. pags. 16 y ss. Tomo II. Estudios de Derecho Civil Comercial y Contemporáneo, Segunda Edición.

¹⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de octubre 21 de 1994.

"(...) resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra (...)."

"(...) pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio."

"(...) En cada caso, el juez ponderará si la cuantía y la modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial y aún en el caso de cumplimiento tardío y defectuoso, o su por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso."

De igual manera en el ámbito arbitral se han dado importantes y alusivos pronunciamientos sobre este tema, y a propósito de su fundamentación, trae a colación el Tribunal, el laudo proferido el 31 de agosto de 2000, en el Tribunal de Arbitramento convocado por la COMPAÑÍA CENTRAL DE SEGUROS S.A. Y COMPAÑÍA CENTRAL DE SEGUROS DE VIDA S.A. contra MAALULA LTDA.:

"El artículo 1596 consagra el principio de la reducción proporcional de la cláusula penal para el supuesto en que la obligación principal haya sido parcialmente cumplida, lo que implica la división de la pena, y la facultad del deudor de pedir la correspondiente rebaja en desarrollo del aludido principio, cuyo fundamento se encuentra en la equidad. En efecto, cuando la pena cumple una función de indemnización de perjuicios por inobservancia de la obligación principal, la norma en comento impide que se pida al mismo tiempo o se acumulen la obligación principal y la pena como lo previene el artículo 1594, de manera que si el deudor cumplió en forma parcial la prestación principal, es apenas natural que se disminuya la pena en la misma medida, ya que de lo contrario habría un enriquecimiento injusto del acreedor equivalente al pago parcial efectuado."

Estas consideraciones fueron recogidas igualmente por el Código de Comercio, como se advierte en la última parte del artículo 867, el cual le otorga al juez la facultad de rebajar equitativamente la pena en la hipótesis de que la obligación principal sea cumplida en parte."

Basados en las mismas consideraciones de equidad, es razonable que el mismo principio de proporcionalidad se aplique a la pena convencional cuando ésta cumple una función de apremio y no de indemnización de perjuicios, pues no se ve cuál podría ser la justificación para exigir el valor íntegro de la cláusula a pesar de que el deudor haya cumplido en parte la obligación principal."

Con todo, la doctrina señala que si se pacta expresamente que la pena se aplicará al incumplimiento total o parcial de la obligación principal, en este evento no cabe la anterior interpretación, de suerte que no procedería la reducción aunque la pena sea divisible.

Las anteriores reglas se refieren a situaciones en las cuales la cláusula penal accede a una única obligación principal. Por el contrario, en el caso que nos ocupa la pena estipulada es accesoria de todas las obligaciones contraídas por las partes en el contrato, pues la cláusula Décima Segunda le otorga al contratante cumplido la facultad de exigirla en el evento de incumplimiento de cualquiera de las prestaciones a cargo del otro.

Por tanto, el Tribunal considera que en observancia del mismo principio de equidad antes señalado, el criterio de proporcionalidad que hay que tener en cuenta para reducir la pena no debe basarse en la medición del cumplimiento parcial del objeto de una obligación única y puntual, sino en el análisis de toda la gama de prestaciones asumidas y cumplidas por Maalula, para hacer la comparación con aquellas que violó (...).

Por todo lo anterior, y con fundamento en el amplio análisis realizado por el Tribunal en relación con el cumplimiento de las partes de las obligaciones asumidas bajo el Contrato de Gestión, la conducta desplegada por ellas ante los cumplimientos defectuosos de algunos de los compromisos adquiridos y la evidencia probatoria que para ambos aspectos enunciados se acreditó en el proceso, el Tribunal dará aplicación a la cláusula penal pactada en la cláusula 13 del Contrato de Gestión, en los siguientes términos:

Cláusula 13.- Cláusula Penal.

2.2) En caso de terminación anticipada del Contrato por razones atribuibles a la Empresa y sin justa causa, y por causa diferente a la del numeral 2.1., la Empresa reconocerá al Gestor como indemnización por todos los perjuicios presentes y futuros que se hayan derivado de la terminación del Contrato, un valor equivalente al 35% de la facturación de los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la fecha de terminación, en el caso en que la terminación se de dentro del primer quinquenio, al 30% en el caso en que se de dentro del segundo quinquenio, al 25% en el caso en que se de dentro del tercer quinquenio y al 18% en el caso en que se de dentro del cuarto quinquenio.

El Tribunal, al efecto de aplicar la cláusula penal, de conformidad con lo atrás expuesto, parte de las siguientes bases:

- a) El dictamen de la Perito Contable y Financiero (Nancy Mantilla), en la página 5, presenta los ingresos obtenidos por CEC durante los meses de diciembre de 2008 y septiembre de 2009, base para el cálculo del 35% mencionado en la cláusula 13, numeral 2.2.
- b) Para la aplicación de la cláusula penal, el Tribunal solo tendrá en cuenta el cálculo correspondiente al 35% mencionado (párrafo primero, del numeral 2.2.) y se abstendrá de reconocer el 5% adicional a este valor de que trata el párrafo 2 del citado numeral, por cuanto no encuentra acreditado en el acervo probatorio compromisos financieros del Gestor destinados a cumplir el programa de inversión previsto en la propuesta económica.

En esos términos, el Tribunal reconocerá a la convocante por concepto de la aplicación de la cláusula penal el valor de **\$40.172.094.508**, calculado así:

Mes	Facturación CEC	Clausula 13 - 2.2	TOTAL
dic-08	3.009.025.343	35%	1.053.158.870
ene-09	10.771.458.746	35%	3.770.010.561
feb-09	11.734.888.208	35%	4.107.210.873
mar-09	11.309.721.484	35%	3.958.402.519
abr-09	12.594.368.135	35%	4.408.028.847
may-09	12.217.792.998	35%	4.276.227.549
jun-09	13.228.792.998	35%	4.630.077.549
jul-09	13.016.669.667	35%	4.555.834.383
ago-09	12.606.431.884	35%	4.412.251.159
sep-09	14.288.263.416	35%	5.000.892.196
Total	114.777.412.879		40.172.094.508

FUENTE FACTURACION: Página 5 dictamen
Nancy Mantilla

Reconocimiento del Tribunal por concepto de aplicación de la cláusula 20.5.

Así las cosas, y con fundamento en lo expuesto, el Tribunal, reconocerá a CEC los valores resultantes de la aplicación de la cláusula penal, como viene de establecerse, sumada a los montos resultantes de la aplicación de la cláusula 20.5 del Contrato de Gestión, correspondiente a los reconocimientos que desde el pacto y por concepto del valor de las inversiones realizadas en la infraestructura de servicios, surgen a favor del contratista como consecuencia de la terminación anticipada del contrato sin justa causa, así:

Por concepto de Inversiones:**"20.5 Reconocimiento al Gestor en caso de terminación anticipada sin Justa Causa por la Empresa :**

En caso de terminación sin Justa Causa del Contrato por la Empresa, y previamente declarada por autoridad judicial, el Gestor tendrá derecho a exigir a la Empresa el reconocimiento de una suma de dinero por concepto de Inversiones en La Infraestructura y Activos de Gestor, valor que se determinará según la fórmula descrita a continuación. Con este pago se entenderá que el Gestor queda completamente resarcido por cualquier concepto relacionado con Inversiones que haya realizado y en genera] por cualquier gasto, costo o erogación en que haya incurrido con ocasión del Contrato de Gestión.

$$Pi = \left[\sum_{t=1}^i (IA) \right] * C * (IPC_i / IPC_t)$$

Donde:

Pi = Pago de las Inversiones en caso de terminación anticipada

i= mes anterior a la fecha de terminación anticipada

t = mes de inicio de la operación

i-t = número total de meses transcurridos desde el inicio del Contrato de Gestión hasta la fecha de terminación anticipada

IPC_i = Es el IPC al mes inmediatamente anterior a la fecha de terminación anticipada.

IPC_t = Es el IPC del 31 de diciembre de 2007.

Fórmula para obtener el valor de IA

IA= será el menor valor entre: (i) La Inversión total para cada año incluida en su oferta económica entre el momento t e i, y (ii) El valor registrado en libros contables en el momento de la terminación anticipada, por Inversiones ejecutadas por el Gestor entre el momento t e i, sin incluir ajustes por inflación, valorizaciones, depreciaciones o amortizaciones, llevado a precios de la oferta mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

IA= lo / IPC factor Donde:

- lo= Inversión total registrada en los libros contables del Gestor para cada año entre el momento t e i.*

- IPC factor = es el IPC del mes de diciembre de cada periodo anual desde el inicio del Contrato de Gestión hasta*

el momento i, dividido por el IPC del mes de diciembre de 2007. Para el año de terminación del contrato se tomará en el numerador el IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha de terminación anticipada.

Parágrafo primero: *en caso que (a terminación sea en un mes diferente de diciembre, para efecto de incorporar la Inversión de la oferta económica se tomará el valor propuesto para dicho año, dividido por .12 y multiplicado por el número de meses transcurridos del año hasta el mes de terminación anticipada.*

Parágrafo segundo: *cuando por cambios en materia tarifaria el Gestor incorpore dentro de la tarifa a cobrar a los usuarios una remuneración correspondiente al plan de reducción de pérdidas, los ingresos que se generen por este concepto deberán ser descontados del IA en cada periodo en el que se causen, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:*

- El ingreso debe ser calculado para todas las tarifas según nivel de tensión y según aplicación comercial, de acuerdo con lo que sea previsto por la CREG en las fórmulas tarifarias.*
- El ingreso se debe ajustar por el recaudo de cartera, teniendo en cuenta en todo caso los topes de recaudo previstos para la medición de indicadores en el Anexo Técnico.*

Fórmula para obtener el valor de C

El valor C será un porcentaje que se aplicará para el año de terminación de acuerdo con el siguiente cuadro

AÑO	C
1	45,6%
2	40,0%
3	35,1%
4	30,6%
5	27,0%
6	9,1%
7	8,0%
8	7,0%
9	6,2%
10	5,4%
11	3,8%
12	3,3%
13	2,9%
14	2,6%
15	2,2%
16	1,5%
17	1,3%
18	1,1%
19	1,0%
20	0,9%

De acuerdo con el Informe de Aclaraciones y Complementaciones al dictamen del Perito Técnico, en la página 129, Tabla 41, plantea tres escenarios para la inversión a 30/9/2009. Para el Tribunal, es procedente acoger el escenario No. 3 propuesto por el experto por cuanto considera que en este escenario se continen las inversiones a reconocer de modo integral, así:

Valor de la Inversión \$10.732.161.880 (Incluido Estimativo de Costos CREG de Instalación de Trafos \$661.495.189 y Valor Facturado Sistema Ingenio \$709.920.000)

$$P_i = \sum_{t=1}^i (I_t) * C * (IPC_i / IPC_t)$$

$$P_i = [10.732.161.880 / (102,12 / 92,87)] * 45,6\% * (102,12 / 92,87)$$

$$P_i = [9.760.045.768] * 45,6\% * (102,12 / 92,87)$$

$P_i = 4.893.865.817$ a pesos de septiembre de 2009

Las sumas a Reconocerse por el Tribunal:

Por concepto de la aplicación de la cláusula 20.5:

P_i actualizado \$5.523.570.055 a pesos de marzo de 2014 (último índice certificado por el DANE).

Por concepto de aplicación de cláusula penal.

El valor a pesos de marzo de 2014 (último índice certificado por el DANE), asciende a la suma de \$45.341.124.295.

ACTUALIZACIONES

Cláusula	Fecha inic	Fecha final	Valor	IPC		FACTOR DE AJUSTE	Capital Actualizado
				INICIAL	FINAL		
13 - 2.2	Sep/09	Abril/14	40.172.094.508	102,12	115,26	1,12867215	45.341.124.295
20.5	Sep/09	Abril/14	4.893.865.817	102,12	115,26	1,12867215	5.523.570.055
TOTAL			45.065.960.325				50.864.694.350

En estos términos, accede el Tribunal a las pretensiones octava principal de la demanda arbitral reformada, quinta en su numeral (xiii), décima, décima primera, trigésima tercera, trigésima cuarta y no accederá el Tribunal a las pretensiones de la demanda encaminadas a obtener condenas por concepto de intereses remuneratorios y moratorios, por cuanto, tal como lo estipula el contrato, el derecho al reconocimiento surge de la declaración judicial que se contiene en este Laudo, tal como se explicara en capítulo anterior.

Por otra parte -como se dijo antes-, considerando que la parte convocante ha formulado una serie de pretensiones principales y subsidiarias en las cuales se solicita el “reconocimiento y pago” de sumas de dinero adicionales a la cláusula penal pecuniaria regulada en la cláusula 13 del contrato de gestión y al reconocimiento de inversiones a que se refiere la cláusula 20.5 del mismo documento, es preciso advertir al respecto que dada la forma particular y concreta en que las mismas partes acordaron anticipadamente la estimación de los perjuicios generados a raíz de la terminación del contrato, no hay lugar a efectuar reconocimientos económicos adicionales a los declarados por el Tribunal mediante la presente providencia (cláusula penal y reconocimiento de inversiones de la cláusula 20.5).

Basta recordar en este sentido lo estipulado en el numeral 2.2 de la cláusula 13 del contrato de gestión, en el cual se pactó expresamente que la cláusula penal pecuniaria se reconocería “... como indemnización por todos los perjuicios presentes y futuros que hayan derivado de la terminación del Contrato”, reiterándose, incluso, que “[l]as partes acuerdan que la cifra a que se refiere este numeral 2.2 constituye una indemnización/compensación suficiente y adecuada para el Gestor, y que éste no podrá solicitar cifras adicionales a título de indemnización por ninguna circunstancia, independientemente de lo previsto por la cláusula 20.5” -destaca el Tribunal-.

Considerando que la citada estipulación contractual no fue controvertida en su validez y que tampoco se advierte por parte del Tribunal que la misma esté viciada

de nulidad, es menester considerar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil¹⁶⁹, debe darse plena aplicación a la voluntad de las partes de acuerdo a lo manifestado expresamente en dicha cláusula del contrato, dada la fuerza vinculante inherente a la misma.

Ha sido enfática la H. Corte Suprema de Justicia en señalar que el contrato legalmente celebrado es de obligatorio cumplimiento para los respectivos contratantes, habida cuenta que, "[c]on respaldo en el clásico principio de la soberanía contractual, las personas gozan de la facultad para celebrar toda clase de pactos o convenciones, con tal que en sus acuerdos no se desconozcan el conjunto de normas que toquen con el orden público y con las buenas costumbres y, en dicho evento el ordenamiento les imprime fuerza de ley, pues sobre el particular dispone el artículo 1602 del Código Civil que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento, o por causas legales"¹⁷⁰ -se subraya-.

Debe resaltarse igualmente sobre este particular que la estipulación antes citada relacionada con el alcance dado por las partes a la cláusula penal, es del todo respetuosa de lo dispuesto por el artículo 1600 del Código Civil, el cual prescribe de manera diáfana que, "[n]o podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena" -se subraya-.

Se destaca la mencionada norma al observarse que frente al caso concreto los contratantes fueron explícitos en convenir que solo habría lugar al reconocimiento y pago de la cláusula penal pecuniaria, en el evento de la terminación anticipada del contrato por causas imputables o atribuibles a la entidad pública contratante, advirtiéndose que la misma constituiría indemnización y/o compensación suficiente y adecuada para el contratista – gestor, quien se obligó a no solicitar sumas adicionales por concepto de indemnización cualquiera fuera la circunstancia alegada.

La jurisprudencia se ha referido al alcance del mencionado artículo 1600, señalando al respecto que con fundamento en el mismo, el acreedor solo podrá solicitar la cláusula penal o la indemnización ordinaria de perjuicios, pero no ambas en conjunto, pues ello constituiría un doble pago de la obligación. En palabras de la H. Corte Suprema de Justicia se tiene que: "Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez la obligación principal y la pena (C.C., art. 1594); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena

¹⁶⁹ Art. 1602, Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de siete (7) de octubre de 1976, M.P. Alberto Ospina Botero.

convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (C.C., art. 1600)”¹⁷¹.

Así las cosas, es claro que el contratista – gestor no puede pretender ningún reconocimiento o pago adicional a la cláusula penal pecuniaria y al reconocimiento de las inversiones a que se refiere la cláusula 20.5 del contrato de gestión, dada la fuerza vinculante de la cláusula 13 en este sentido y la validez de dicho pacto convencional a la luz de lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil antes citado.

En este orden de ideas, las pretensiones formuladas por la convocante en las cuales se solicita la “*indemnización del daño emergente y el lucro cesante*”, el “*reconocimiento y pago*” y la “*devolución y pago*” referidas a circunstancias o prestaciones distintas a la cláusula penal pecuniaria y al reconocimiento a que se refiere la cláusula 20.5, deben negarse por estricta aplicación de lo estipulado al respecto en la cláusula 13 del contrato de gestión y según lo dispuesto por el referido artículo 1600 del Código Civil.

Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal negará las siguientes pretensiones principales y sus correspondientes subsidiarias formuladas en el escrito de demanda arbitral reformada: QUINTA EN SU NUMERALES (III), (XI) Y (XII) DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA CUARTA, DÉCIMA QUINTA, DÉCIMA SEXTA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA OCTAVA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA PRIMERA, VIGÉSIMA SEGUNDA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA, VIGÉSIMA QUINTA, VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA, VIGÉSIMA OCTAVA, VIGÉSIMA NOVENA, TRIGÉSIMA, TRIGÉSIMA PRIMERA, TRIGÉSIMA SEGUNDA, TRIGÉSIMA QUINTA, TRIGÉSIMA SEXTA, TRIGÉSIMA SÉPTIMA, TRIGÉSIMA OCTAVA, TRIGÉSIMA NOVENA, CUADRAGÉSIMA, CUADRAGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA SEGUNDA, CUADRAGÉSIMA TERCERA, CUADRAGÉSIMA CUARTA, CUADRAGÉSIMA QUINTA, CUADRAGÉSIMA SEXTA, CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA, CUADRAGÉSIMA OCTAVA, CUADRAGÉSIMA NOVENA y QUINCUAGÉSIMA.

SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

En la pretensión **CUADRAGÉSIMA TERCERA** de la demanda arbitral reformada, la parte convocante solicitó al Tribunal que se liquidara el contrato de gestión suscrito entre **CEC** y **CEDELCA**, teniendo en cuenta para ello las condenas y compensaciones que llegaren a decretarse a su favor en el trámite arbitral.

Sea lo primero advertir a este respecto que la liquidación del contrato corresponde a una etapa post-contractual, cuyo objeto consiste en servir de espacio para efectuar el balance general del contrato y definir las declaraciones y los eventuales

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de siete (7) de octubre de 1976, M.P. Alberto Ospina Botero.

reconocimientos a que haya lugar con ocasión de la ejecución del negocio jurídico. La liquidación constituye, entonces, el corte final o definitivo de cuentas de la relación contractual, en el marco de la cual se determina con fundamento en lo acontecido durante el contrato, quién le debe a quién y cuánto¹⁷².

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester considerar que dado el objeto mismo de la liquidación, ésta tendrá ocurrencia solo cuando la correspondiente relación contractual haya terminado o fenecido, pues precisamente se trata de efectuar el balance final o el corte de cuentas definitivo del contrato y para ello será necesario que éste haya cesado en sus efectos jurídicos y negociales, lo cual permitirá hacer una valoración general y certera de lo acontecido durante la etapa de ejecución.

Ahora bien, tratándose del contrato de gestión *sub judice*, el Tribunal observa que las partes contemplaron su liquidación en la cláusula 21 del mismo, acordando en este sentido que para tal efecto, ambas suscribirían “... *un acta de liquidación en la que constaran los acuerdos, conciliaciones y transacciones que lograren, con el objeto de poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*”¹⁷³.

Como puede advertirse de la lectura de la citada cláusula 21, las partes convinieron en efectuar de manera bilateral la liquidación del contrato, la cual tendría lugar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del mismo. No obstante lo anterior, está probado en el proceso que luego de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato de gestión decretada por CEDELCA no se efectuó la liquidación bilateral conforme lo habían pactado las partes, circunstancia que precisamente dio lugar a que la convocante solicitara mediante su demanda arbitral la realización de la liquidación en sede judicial.

Entendiendo en este sentido que la liquidación judicial es aquella que realiza y adopta el juez del contrato en el marco de un proceso judicial o de un trámite arbitral correspondiente¹⁷⁴, es menester destacar que para el caso de autos fueron las mismas partes quienes habilitaron al Tribunal Arbitral para que conociera de las controversias referidas a la liquidación de la relación contractual, entre ellas lo relacionado con la realización de la respectiva liquidación del negocio jurídico. Así lo acordaron los contratantes en el documento modificatorio de la cláusula arbitral suscrito el catorce (14) de abril de 2010, en el cual se pactó de manera expresa que, “... 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 (...)” -se destaca-.

¹⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de cuatro (4) de diciembre de 2006, Exp. 15.239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folio 000149.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de cuatro (4) de diciembre de 2006, Exp. 15.239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Ahora bien, con claridad en cuanto a la competencia del Tribunal en materia de liquidación del contrato, debe resaltarse sobre este particular que a efectos de realizar este corte de cuentas o balance general y definitivo del contrato, es imperioso contar con la información pertinente y necesaria de orden financiero, contable y técnico que permita tener plena certeza respecto de la ejecución del contrato de gestión y lo acontecido durante el tiempo en que estuvo vigente la relación contractual.

En efecto, destacando que la liquidación tiene un importante contenido financiero y contable, el cual debe ser analizado en conjunto con la ejecución técnica del contrato y las diferentes circunstancias que tuvieron lugar durante el plazo contractual, es menester que para tal efecto se suministren durante el trámite los distintos insumos requeridos por el Tribunal para llevar a cabo dicha tarea.

Así las cosas, considerando la trascendencia de esta especial labor y luego de revisar en su integridad los distintos dictámenes periciales practicados durante el proceso, así como las experticias anticipadas aportadas con ocasión del mismo, el Tribunal observa que todos ellos están referidos a la probanza de las distintas pretensiones declarativas y condenatorias formuladas correlativamente por las partes; sin embargo, no se avizora en las mismas la existencia de criterios o parámetros completos y pertinentes que permitan al Tribunal efectuar con certeza la liquidación del contrato de gestión.

En efecto, sin desconocer la diligencia probatoria de las partes en lo que tiene que ver con la demostración de los hechos y las pretensiones alegados por cada una en el marco del presente trámite arbitral, se advierte que no hay certeza en el plenario respecto de la información que se requiere para efectuar la liquidación del contrato, habida cuenta que para estos efectos se necesita plena claridad sobre lo acontecido en el contrato desde el día uno (1) de ejecución y hasta el momento en que se efectuó la retoma de la infraestructura por parte de **CEDELCA**, en lo que tiene que ver con la ejecución presupuestal, financiera y técnica del contrato de gestión. Esta trazabilidad no puede realizarse con las conclusiones expuestas en los dictámenes periciales, los cuales se refieren de manera puntual a los interrogantes formulados por las partes en su oportunidad.

En conclusión, no es posible proceder a liquidar por vía judicial el contrato, toda vez que en el expediente no existen los elementos de juicio ni las bases suficientes que le den certeza al Tribunal sobre el estado de las cuentas del contrato y los saldos concretos efectivamente pagados o adeudados entre las partes.

Bajo este entendimiento, el Tribunal negará la pretensión **CUADRAGESIMA TERCERA** de la demanda arbitral reformada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Al contestar la demanda principal, la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito:

- ***TODO CONTRATO LEGALMENTE CELEBRADO ES LEY PARA LAS PARTE.***

Esta excepción prosperará en los términos expuestos por el el Tribunal a lo largo de este Laudo, teniendo en cuenta que los pactos contractuales constituyen precisamente los fundamentos de las decisiones que se adoptan.

- ***OBLIGACIONES A PLAZO Y MORA.***

La excepción propuesta prosperará en el sentido de que alguna de las obligaciones asumidas por CEC sujetas en su cumplimiento a un plazo determinado fueron cumplidas extemporáneamente, sin que ello, como lo estableció el Tribunal, pudiera erigirse en una justa causa que habilitara a la empresa para decidir unilateralmente la terminación del contrato, por las razones expuestas en este Laudo.

- ***INCUMPLIMIENTO DE CEC S.A. E.S.P. DEL CONTRATO DE GESTIÓN SUSCRITO CON CEDELCA S.A. E.S.P.***

La excepción propuesta no está llamada a prosperar por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia relacionada con el cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones a cargo del Gestor y la conducta de la contratante.

- ***PROCEDENCIA DEL AMPARO POLICIVO.***

En punto a la excepción denominada por la convocada "Procedencia del amparo policivo", observa el Tribunal que acudir al amparo de una autoridad legítimamente constituida es el ejercicio de un derecho cuyo ejercicio garantiza la Carta Política.

En el presente caso, no encuentra el Tribunal que tal derecho constituya en si mismo un medio de defensa oponible o enervante de las pretensiones de una demanda, que es de lo que se trata la oposición a su procedencia por el demandado, acudiendo al expediente de la formulación de excepciones.

Adicionalmente, acudir o no al amparo policivo en los hechos que han ocupado la atención de este Tribunal, era una decisión exclusiva de CEDELCA, quien la adoptara dentro de su propia discrecionalidad y convencimiento. Las causas y

motivaciones que guiaron su actuar escapan a la materia debatida en este trámite, y por lo mismo su juzgamiento es ajeno a la competencia del Tribunal.

- **INEXISTENCIA DEL PERJUICIO.**

Esta excepción no está llamada a prosperar, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, al ocuparse el Tribunal de los reconocimientos a realizarse a CEC derivados de la terminación anticipada del Contrato de Gestión sin justa causa.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

El Tribunal no encontró otros hechos constitutivos de excepción, razón por la cual denegará la denominada "Excepción Genérica".

Y al contestar la reforma de la demanda presentada por la convocante, propuso Cedelca, las siguientes en adición a las ya propuestas:

- **INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA EXISTENCIA DE UN EVENTUAL DAÑO ANTIJURÍDICO.**

La excepción propuesta no está llamada a prosperar, por cuanto es claro para el Tribunal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política y su desarrollo doctrinario por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional (Sentencia C-333¹⁷⁵), la noción de "daño antijurídico" es comprensiva de la responsabilidad integral del Estado.

De esta manera, al decir de la Corte Constitucional, doctrina que hace suya el Tribunal, en materia de responsabilidad contractual, la responsabilidad contractual del Estado, cuyo establecimiento pretendió la convocante en este proceso, participa de la noción de daño antijurídico.

- **EL CONTRATO FUE TERMINADO DANDO ESTRICTO CUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE GESTIÓN.**

Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

¹⁷⁵ Artículo 50º.- De la Responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-333 de 1996, en el entendido de que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, puesto que esa norma constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad contractual del Estado.

- **INCUMPLIMIENTO DE CEC DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR LA INFRAESTRUCTURA Y LOS ACTIVOS DEL GESTOR.**

Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, la excepción propuesta no está llamada a prosperar. El Gestor dio finalmente cumplimiento a la obligación prevista en el contrato de restituir activos e infraestructura, cuyo reconocimiento, en los términos del Contrato realiza el Tribunal en esta providencia.

- **INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

La excepción propuesta está llamada a prosperar.

El Tribunal entiende, por las razones ampliamente expuestas en este Laudo en relación con el régimen jurídico del Contrato de Gestión, que si bien el principio de la equivalencia prestacional que gobierna los contratos bilaterales, conmutativos y onerosos en la contratación entre particulares rige la relación jurídica de las partes del Contrato de Gestión, no es procedente predicar de esta contratación, de modo general, el principio del *equilibrio económico de los contratos estatales*, salvo, que no es el caso, en cuanto hace a la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos en que las mismas se encontraran pactadas, de conformidad con las autorizaciones legales sobre la materia.

- **AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.**

La excepción propuesta no está llamada a prosperar. El Tribunal encuentra que los reconocimientos que se hacen en este Laudo derivan directamente de la conducta contractual de CEDELCA y de la decisión suya de terminar unilateralmente el contrato de gestión, sin que para ello, contara con una justa causa, en los términos expuestos por el Tribunal al analizar las pretensiones de la demanda.

Al contestar la demanda de reconvención presentada por CEDELCA, la convocante propuso las siguientes excepciones de mérito:

"3.1 Nulidad de la decisión de terminar unilateralmente el Contrato de Gestión, por violar el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso"

Desde el inicio del trámite arbitral, el Tribunal declaró que no tenía competencia para conocer de las pretensiones primera principal y primera subsidiaria formuladas por la parte convocante en su demanda arbitral reformada, luego de advertir que la nulidad de actos jurídicos no es un asunto transigible. Es claro, entonces, que tampoco le asiste competencia al Tribunal para pronunciarse frente a la presente excepción.

"3.2 Violación del derecho al debido proceso al no permitir a CEC conocer el contenido del informe tenido en cuenta por CEDELCA al pretender terminar anticipadamente el Contrato de Gestión"

Está demostrado en el plenario que CEDELCA no puso en conocimiento de CEC el informe realizado por la firma CONSULTING BUSSINES ASOCIATION, circunstancia que si bien puede ser objeto de reproche por parte del Tribunal debido a que el contratista – gestor no conoció oportunamente las conclusiones del mismo, esto no implica que se haya incumplido el contrato y tampoco que se haya vulnerado el derecho al debido proceso como lo alega la convocante, razón por la cual no está llamada a prosperar la presente excepción.

"3.3 Inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil"

"3.3.1 Inexistencia de incumplimiento contractual de CEC"

"3.3.2 A CEC no le son imputables los supuestos incumplimientos contractuales"

"3.3.3 Inexistencia de nexo causal entre los supuestos incumplimientos contractuales atribuidos a CEC"

"3.3.4 Inexistencia de daño indemnizable"

El Tribunal encontró probado en el proceso que no había lugar a declarar el incumplimiento contractual por parte de CEC, advirtiendo al respecto que si bien pudo incurrir en algunas falencias o defectos, su gestión se concretó en el cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco del contrato de gestión.

Así las cosas, la presente excepción está llamada a prosperar, como quiera que no se configuran en el presente caso los elementos propios de la responsabilidad contractual y, por ende, no existe daño antijurídico alguno que deba ser imputado a CEC.

"3.4 En la ejecución del Contrato de Gestión no ocurrió hecho alguno imputable a CEC que haya afectado o puesto en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca"

Como se expuso antes, no está probado en el plenario que CEC hubiere incurrido en incumplimiento contractual alguno, de ahí que tampoco pueda considerarse que el contratista – gestor hubiere incurrido en una conducta que haya afectado o puesto en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca.

Por estas razones, la presente excepción se tendrá por demostrada.

"3.5 Excepción de contrato no cumplido"

La presente excepción no está llamada a prosperar en atención a que no se probó en el plenario la existencia de un incumplimiento contractual imputable a

CEDELCA. Cabe recordar en este sentido que las declaraciones y condenas que efectúa el Tribunal mediante el presente Laudo están referidas a la terminación sin justa causa del contrato por parte de la entidad pública contratante, más no a la atribución de responsabilidad contractual con ocasión de un incumplimiento.

"3.6 CEDELCA incumplió el deber de realizar sus mejores esfuerzos

"3.7 CEDELCA, durante la ejecución del Contrato de Gestión, incumplió el principio de la buena fe contractual y los deberes colaterales a éste, como es el caso del deber de colaboración

El Tribunal analizó de fondo el comportamiento contractual asumido por las partes en el marco del contrato de gestión, determinando en este sentido que la conducta asumida por CEDELCA, previo a la terminación anticipada y unilateral del contrato, no fue respetuosa de los principios de buena fe contractual, preservación del negocio jurídico y colaboración contractual, pues antes de considerar el fenecimiento del negocio jurídico como *ultima ratio*, decidió ejercer la facultad convencional de terminación unilateral sin dar lugar al contratista a corregir los eventuales problemas evidenciados durante la ejecución del contrato.

Bajo este entendimiento, las presentes excepciones están llamadas a prosperar.

3.8 CEDELCA incumplió el deber de planeación

No está probado en el proceso el incumplimiento del deber contractual de planeación por parte de CEDELCA, pues si bien el Tribunal encontró como reprochable la conducta de la entidad pública al terminar unilateral y anticipadamente el contrato sin contar con una justa causa que la habilitara para ello, ningún reproche merece el comportamiento desplegado en la etapa previa a la ejecución contractual.

De esta forma, no se tendrá como probada la presente excepción.

"3.10 La Interventoría del Contrato de Gestión incurrió en una conducta parcializada y abusiva al haber recomendado a CEDELCA la terminación anticipada del mismo

"3.11 CEDELCA y la Interventoría incurrieron en una conducta abusiva de la posición dominante contractual

Como se destacó en las consideraciones del presente Laudo Arbitral, la función de la interventoría no es otra que prohiar la correcta y debida ejecución del contrato, para lo cual tienen la facultad de verificar el cumplimiento de las respectivas obligaciones por parte del contratista y manifestar sus observaciones que sean pertinentes. Fue esto precisamente lo que ocurrió en el caso concreto, circunstancia que de manera alguna puede considerarse como una conducta parcializada y abusiva por parte de la interventoría, quien simplemente rindió los

informes relacionados con el contrato y que sirvieron de fundamento a CEDELCA para tomar la decisión que a su juicio consideró pertinente.

Por estas razones, las presentes excepciones no están llamadas a prosperar.

- "3.9 CEDELCA incurrió en una conducta desproporcionada, injustificada e ilegal al pretender terminar unilateral y extemporáneamente el Contrato de Gestión*
- "3.12 CEDELCA no tenía competencia para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato de gestión*
- "3.13 Por cuanto CEC no incurrió en un incumplimiento grave, CEDELCA no estaba legitimada para declarar la terminación anticipada del Contrato de Gestión*
- "3.14 No todos los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Contrato de Gestión daban lugar a que CEDELCA declarase su terminación anticipada*
- "3.15 CEDELCA fundamentó su decisión de pretender terminar el Contrato de Gestión anticipadamente en tres supuestos incumplimientos de CEC, que no son ciertos.*
- "3.16 CEDELCA no le garantizó ni le respetó a CEC el debido proceso durante la fase de la supuesta terminación del Contrato de Gestión*

Como se expuso a profundidad páginas atrás, el Tribunal encontró demostrado que el contrato de gestión se terminó anticipada y unilateralmente por decisión de CEDELCA, sin contar para ello con una justa causa que la habilitara para ejercer dicha potestad convencional, lo cual implica claramente que su actuar fue injustificado e ilegal.

En efecto, considerando que el contrato solo podía terminarse anticipadamente cuando existiera una justa causa, es claro que CEDELCA no estaba facultada para tomar dicha decisión al demostrarse que los supuestos o causas esgrimidos en el acto de terminación no constituían justa causa para declarar el fenecimiento anticipado de la relación contractual.

No sobra recordar en todo caso que si bien se advirtió la existencia de falencias o defectos atribuibles a CEC durante la etapa de ejecución contractual, los mismos no fueron constitutivos de incumplimientos graves y, por ende, no daban lugar al ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato.

Por estas razones, las excepciones bajo análisis están llamadas a prosperar.

- "3.17 Improcedencia del cobro de la cláusula penal por parte de CEDELCA*
- "3.18 Improcedencia de la Cuarta Pretensión Principal formulada por CEDELCA en la Demanda de Reconvención*
- "3.19 Las pretensiones formuladas por CEDELCA no tienen soporte legal*

Al encontrarse demostrado en el plenario que el contrato de gestión fue terminado por CEDELCA sin contar con una justa causa que la habilitara para ello, es preciso señalar que consecuentemente no hay lugar al reconocimiento y pago de la cláusula penal a favor de la entidad contratante, pues no se cumplen en este caso los supuestos contemplados en el numeral 1º de la cláusula 13 del contrato de gestión.

Ahora bien, advirtiéndose que no hay lugar a reconocer la cláusula penal conforme a lo reclamado por la convocada en su demanda de reconvención, mucho menos cabe el reconocimiento de los intereses moratorios que se reclaman en su pretensión cuarta principal.

En estos términos, las presentes excepciones están llamadas a prosperar.

"3.20 Actuación de CEDELCA en contra de sus propios actos:

Aduce CEC en la presente excepción que CEDELCA desconoció sus propios actos, pues pese a que el comportamiento del contratista – gestor había sido objeto de felicitaciones por el cumplimiento del contrato, sorpresivamente se declara la terminación anticipada y unilateral del contrato, defraudándose de esta forma la confianza legítima de CEC.

El Tribunal abordó este preciso aspecto en la parte considerativa del Laudo Arbitral, evidenciando al respecto que efectivamente, pese a que se llevó a cabo una reunión el día once (11) de agosto de 2009, denominada "**TALLER PLAN DE INVERSIONES INTERVENTORÍA – CEC**", en la cual se manifestaron las observaciones correspondientes por parte de la interventoría y se concedió la oportunidad a CEC para corregir dichas inconsistencias, al día siguiente se envió por parte de CEDELCA la primer comunicación referida a la terminación unilateral y anticipada del contrato.

Como puede advertirse, CEDELCA desconoció de esta forma sus propios actos, pues por conducto de la interventoría había otorgado la oportunidad a CEC de corregir los supuestos incumplimientos contractuales, pero sin dar espacio para ello decidió declarar la terminación de la relación contractual.

Por las razones expuestas, la excepción está llamada a prosperar.

"3.21 Cumplimiento por parte de CEC de la obligación contemplada en la Cláusula No. 4.9.3 (suministro de información a la Interventoría) del Contrato de Gestión

"3.22 Cumplimiento por parte de CEC en relación con la presentación del PID

"3.23 Cumplimiento por parte de CEC de la obligación contemplada en la Cláusula No. 15 (renovación de Pólizas Menores)

Las tres excepciones bajo análisis están referidas a las tres causas aducidas por CEDELCA en su momento como sustento de la decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato. Al respecto, es preciso recordar que en el plenario quedó demostrado que dichas causales o supuestos no se configuraron y, por tanto, no constituían justas causas de terminación, al encontrar que CEC cumplió con las mismas pese a la existencia de algunos defectos o inconsistencias por parte del contratista – gestor.

De esta forma, las mencionadas excepciones están llamadas a prosperar.

3.24 No era procedente exigir la devolución de los Activos del Gestor e Infraestructura, hasta tanto el juez del contrato se pronunciase sobre los supuestos incumplimientos alegados por CEDELCA

Como lo indicó el Tribunal páginas atrás, CEC debía devolver los activos y la infraestructura una vez terminara el contrato de gestión, pues así lo estipulaba expresamente el mismo clausulado contractual. De ahí que no se requiriera pronunciamiento previo por parte del juez del contrato para tal efecto.

Bajo este entendimiento, la presente excepción será negada.

- "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)*
- "3.28 Sólo hasta agosto de 2009 fue posible determinar los montos correspondientes a la cartera mayor y menor de 60 días, y a la energía suministrada por CEDELCA durante el periodo de transición*
- "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)*
- "3.34 CEC realizó las inversiones ofertadas, y en todo caso, sólo hasta la culminación del primer año de ejecución del Contrato de Gestión, era posible determinar si se había cumplido o no con las inversiones previstas en la oferta*
- "3.35 CEC cumplió con la obligación de capitalizar la Sociedad Gestora*
- "3.36 CEC cumplió con la obligación contenida en la Cláusula No. 4.9.1 (obligaciones de información) del Contrato de Gestión*
- "3.37 CEC cumplió con las obligaciones de distribución y comercialización de energía eléctrica*

El Tribunal encontró demostrado que CEC cumplió sus obligaciones correspondientes al Contrato de Gestión suscrito con CEDELCA, advirtiendo al

respecto que si bien pudo incurrir en falencias y defectos, finalmente su gestión se concretó en el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Bajo este entendimiento, las referidas excepciones están llamadas a prosperar.

"3.29 CEDELCA no cumplió las obligaciones establecidas a su cargo en las cláusulas No. 5.8 y 5.16 del Contrato de Gestión

"3.30 CEDELCA no cumplió con los compromisos que asumió con la suscripción del acta de inicio de operación, relacionadas con la entrega de la totalidad de la información comercial.

El Tribunal encontró demostrado en el plenario el comportamiento indebido e injusto de CEDELCA en lo que tiene que ver con su decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato de gestión, en atención a que no contaba para ello con una justa causa que lo habilitara según lo pactado en el mismo contrato. Sin embargo, aparte de este preciso aspecto, no se demostró un incumplimiento contractual imputable a CEDELCA.

Por estas razones, las excepciones bajo análisis no tienen mérito de prosperidad.

"3.32 Los valores que se encuentran pendientes a favor de CEDELCA deben ser objeto de compensación en la liquidación del Contrato de Gestión con las sumas que CEDELCA adeuda a CEC, las cuales superan sustancialmente a las primeras

"3.40 Compensación

Teniendo en cuenta que ningún reconocimiento económico se efectúa a favor de CEDELCA en el presente Laudo Arbitral, es menester considerar que no hay lugar a la compensación propuesta por CEC a manera de excepción.

"3.38 La actuación de CEC nunca puso en riesgo la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía

Recordando en este punto que CEC cumplió sus obligaciones correspondientes al Contrato de Gestión suscrito con CEDELCA, es preciso indicar que en ningún momento estuvo en riesgo la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca, lo cual lleva al Tribunal a desestimar la presente excepción.

"3.39 Caducidad y Prescripción

Tanto la demanda arbitral como la demanda de reconvención fueron presentadas oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento, de manera que la presente excepción no tiene mérito de prosperidad.

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 Tribunal 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 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.

EL JURAMENTO ESTIMATORIO: SUS CONSECUENCIAS PROCESALES.

Atendiendo el inusitado monto de las pretensiones de la demanda, así como las sumas objeto de reclamo en la demanda de reconvención, que pudieran resultar excesivas frente a los resultados del análisis realizado por el Tribunal como fundamento de las decisiones que adoptará en este Laudo, considera el Tribunal procedente consignar algunas reflexiones sobre el Juramento Estimatorio, en el que se contienen los montos reclamados por ambos contendientes, con el fin de establecer si del petitum consignado por las partes en sus respectivas demandas se derivan consecuencias procesales en razón de eventual lejanía con los resultados del proceso.

Es importante destacar que antes de la vigencia de la Ley 1395 de 2010, el artículo 211 del CPC ya regulaba lo concerniente a la estimación razonada de la cuantía y, así mismo, establecía la posibilidad de aplicar una “condena o multa” por la sobrestimación de la cuantía de la respectiva demanda. De manera concreta, la norma disponía al respecto lo siguiente:

“El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

“Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación se condenará a quien la hizo pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia.” -Se subraya-

Por su parte, el referido artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 –modificatorio del art. 211 del CPC– dispuso sobre el particular que:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

“Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.” -Se subraya-

Actualmente, está vigente el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, el cual regula lo concerniente a la estimación juramentada de la cuantía en los siguientes términos:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia."

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento."

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz."

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas." -Se subraya-

Como puede advertirse del anterior recuento normativo, la "condena" bajo análisis existe en el ordenamiento jurídico desde la expedición misma del CPC, frente a lo cual cabe destacar que los cambios en su redacción han sido mínimos y solo ha resultado modificado el porcentaje correspondiente al parámetro referido a la diferencia entre lo pretendido y lo efectivamente concedido en la respectiva sentencia.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la mencionada disposición normativa, la Corte Constitucional mediante sentencia reciente indicó con claridad que el propósito del juramento estimatorio de la cuantía "... se mencionó en la ponencia para primer debate en el Senado de la República del Código General del Proceso, en la cual se señaló que Esta institución permite agilizar la justicia y disuade la interposición de demandas "temerarias" y "fabulosas", propósitos que claramente se orientan a los fines de la administración de justicia" (Sentencia C-279 de 2013).

A su vez, en sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional señaló puntualmente respecto de la "condena" a que se refieren las normas del juramento estimatorio que su objeto no es otro que "...desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias".

Lo anterior adquiere marcada relevancia en atención a que la sanción procesal bajo análisis no puede considerarse de manera alguna como objetiva o de aplicación automática, sino que, por el contrario, su aplicación está sujeta o condicionada a la verificación de un comportamiento fraudulento, temerario o falto de diligencia atribuible a la parte demandante, de manera que es necesario

efectuar en cada caso un análisis subjetivo de la conducta procesal desplegada por la misma con el fin de establecer si ésta desatendió o no los postulados inherentes a los principios de buena fe y probidad.

Así lo indicó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del parágrafo del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, oportunidad en la cual enfatizó en la necesidad de estudiar la culpabilidad de la parte demandante que estimó bajo juramento la cuantía, lo cual implica que la sanción o condena a que se refiere dicha norma exige en cada caso el estudio concreto del actuar procesal de las partes. En palabras de la Corte Constitucional (Sentencia C-157 de 2013) se tiene que:

“6.2.1. Es evidente que la norma no hace ninguna distinción respecto de la circunstancia determinante de la sanción, esto es, respecto de que se “nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”. Como lo anota el Ministerio Público, son diversas las causas por las cuales puede ocurrir la falta de demostración de los perjuicios. Dos son los escenarios hipotéticos iniciales que dan cuenta del fenómeno sub examine: (i) los perjuicios no se demostraron porque no existieron; y (ii) los perjuicios no se demostraron, pese a existir, porque no se satisfizo la carga de la prueba.

“6.2.2. En el primer escenario hipotético -que corresponde al ejemplo que se da en el informe ponencia al que se alude atrás-, es evidente que la causa del fenómeno es una conducta temeraria, que puede tener importantes consecuencias en materia de responsabilidad, conforme a varias de las normas legales analizadas.

“6.2.3. En el segundo escenario hipotético, en el cual los perjuicios sí existen, la falta de satisfacción de la carga de la prueba puede deberse a diversas causas. Esta diversidad permite plantear al menos dos nuevos escenarios hipotéticos: (i) los perjuicios no se demostraron porque la parte a la que correspondía la carga de la prueba obró de manera ligera, negligente y descuidada; y (ii) los perjuicios no se demostraron porque, pese a la diligencia de la parte a la que correspondía la carga de la prueba, los medios de prueba existentes y adecuados para demostrarlos, no pudieron ser puestos en conocimiento del juez.

“6.2.4. Ni la norma ni la demanda se ocupan de distinguir entre los anteriores escenarios hipotéticos y, por lo tanto, parecen predicarse de todos ellos. El análisis de la Corte los tendrá en consideración, ya que no se trata de situaciones equiparables o semejantes, en especial desde el punto de vista de la culpabilidad, que es un elemento significativo y crucial al momento de analizar una sanción, como la prevista en la norma demandada.

“(…)

“El primer escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no existieron, se ajusta de manera estricta a la finalidad de la norma, e incluso coincide con el ejemplo que se dio al exponerla en el informe ponencia para primer debate en el Senado de la República.

“El segundo escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no se satisfizo la carga de la prueba, daba lugar a plantear dos sub escenarios hipotéticos: los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo y los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo.

“6.4.3.2. Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable. La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo ello lleva aparejado. Pero merced a su propia culpa, tampoco es irrazonable o desproporcionado que se aplique la sanción prevista en la norma demandada. Y es que someter a otras personas y a la administración de justicia a lo que implica un proceso judicial, para obrar en él de manera descuidada, descomedida y, en suma, culpable, no es una conducta que pueda hallar amparo en el principio de la buena fe, o en los derechos a acceder a la justicia o a un debido proceso.

“6.4.3.3. No obstante, si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración.

“(…)

“Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, **cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.**” -Se destaca-

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-279 de 2013, referida expresamente al inciso cuarto del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, en el cual se regula actualmente la “condena” por la sobrestimación de la cuantía del proceso. Al respecto, si bien debe resaltarse que se declaró la constitucionalidad de la sanción, se hizo énfasis en la necesidad de analizar cada caso concreto a efectos de establecer si la conducta del demandante fue temeraria, fraudulenta y desproporcionada, de manera que solo la efectiva demostración de dicha circunstancia da lugar a la imposición de la sanción, la cual –se repite– no es objetiva ni de aplicación automática.

Dijo la corte en la mencionada providencia que:

“Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas”^[1] en el sistema procesal colombiano. En este marco, la sanción se fundamenta en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia^[2], el cual puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia^[3] que no solamente se condena penalmente, sino también con la imposición de sanciones al interior del propio proceso civil a través del sistema de responsabilidad patrimonial de las partes cuyo punto cardinal es el artículo 80 de acuerdo con el cual “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida”.

“En consecuencia, esta Corporación considera que la sanción contemplada en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso es proporcional, razonable y se funda en el principio de lealtad procesal y en la tutela del bien jurídico de la administración de justicia.” -Se destaca-

La Justicia Arbitral se ha pronunciado también frente a casos puntuales relacionados con la aplicación del artículo 211 del CPC, en los cuales se ha solicitado incluso de manera expresa la imposición de la sanción allí contemplada, mediante la formulación de la objeción a la cuantía por parte del demandado.

En efecto, mediante Laudo Arbitral de nueve (9) de septiembre de 2011, proferido en el marco del trámite arbitral de Productora Tabacalera de Colombia S.A.S. contra la DIMAYOR, se destacó expresamente la imposibilidad de dar aplicación mecánica o automática a la sanción contemplada en el artículo 211 del CPC, aduciéndose al respecto la necesidad de constatar para tal efecto la existencia de un comportamiento reprochable, de mala fe o temerario atribuible al demandante en lo que tiene que ver con la estimación juramentada de la cuantía.

Se indicó en este sentido lo siguiente:

*“Para el Tribunal, deben estar presentes los dos extremos (estimación inicial y regulación judicial) para que proceda la comparación y posteriormente calcular la diferencia para aplicar el 10% si supera el 30% entre lo estimado y lo regulado. **De otra manera, la aplicación mecánica de la regla del 10% llevaría a consecuencias indeseables e injustas para el demandante** cuando, por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil hace en la demanda su estimación razonada del monto con base en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, realizando para ese efecto y luego en el proceso su esfuerzo probatorio y al final no se decreta en su favor el pago de la indemnización porque el juez declara próspera una excepción de fondo, como la inexistencia de vínculo causal o la causa extraña.*

***“A falta de mala fe, temeridad o una conducta procesal reproachable, no es procedente aplicar la fórmula.** Siendo la estimación un “aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera una cosa” que por definición carece de precisión matemática, no puede convertirse en un ejercicio de adivinación o de aplicación rígida de porcentajes cuando se sabe que el proceso judicial entraña un resultado necesariamente incierto. Las normas imperativas buscan la protección del orden público y el interés general y por ello, para las partes son irrenunciables (artículos 15 y 16 CC) y para el juez no susceptibles de ampliación analógica ni de aplicaciones mas allá de lo previsto taxativamente en ellas. Este tipo de disposiciones además de redactarse en voz imperativa (“...deberá estimarlo razonadamente bajo juramento...”), se caracterizan porque establecen requisitos, prohibiciones o sanciones en procura de salvaguardar intereses superiores.*

*“El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil tipifica una conducta que acarrea una sanción pecuniaria a cargo de la parte que incurre en ella, si se satisfacen todos los presupuestos establecidos en la norma, explicados anteriormente. **Este precepto forma parte de lo que genéricamente se denomina “el derecho sancionatorio”, en este caso, de carácter procesal como una manifestación peculiar de la potestad punitiva del Estado (ius puniendi). Como tal, debe interpretarse de manera restrictiva en observancia del principio de legalidad que preside toda la actividad sancionatoria del Estado, plasmada, en este caso, en el ordenamiento jurídico procesal.**”*

Igualmente, en Laudo Arbitral reciente proferido por el Tribunal constituido para dirimir las diferencias entre la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, se advirtió que la sanción a que se refiere el artículo 211 del CPC solo procede cuando se advierte que el

demandante haya actuado con ligereza, fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en lo que tiene que ver con la estimación juramentada de la cuantía.

Señaló de manera expresa el Tribunal mediante en su Laudo de 18 de marzo de 2014, lo siguiente:

“En el caso sometido a su decisión, el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda y mucho menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la parte o su apoderado, y por consiguiente, no hay lugar a consecuencia adversa alguna. (Sentencia C-157 de 2013; y C-279 y C-332 de 2013).” -Se destaca-

Bajo esta perspectiva, entendiendo que no es automática, mecánica u objetiva la aplicación de la sanción a que se refiere el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, modificadorio del artículo 211 del CPC (hoy art. 206 de la Ley 1564 de 2012), es menester considerar que frente a cada evento deberá analizarse el comportamiento de la parte demandante a efectos de establecer si la estimación de la cuantía hecha en la demanda arbitral puede considerarse como temeraria o fraudulenta, a lo cual cabe agregar que es necesario también examinar la diligencia o empeño de la demandante en lo atinente a la probanza de sus alegaciones.

Así las cosas, analizando el caso concreto, puede advertirse por el Tribunal, que si bien el eventual reconocimiento económico que habrá de decretarse a favor de CEC será muy inferior a lo estimado inicialmente por la demandante, es preciso considerar también que no se advierte que su comportamiento en cuanto hace a la estimación de la cuantía hubiere sido temerario o fraudulento. Tampoco puede atribuirse en contra de CEC una eventual falta de diligencia en lo que tiene que ver con el comportamiento probatorio durante el proceso.

Por lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer en el presente caso, la sanción o condena a que se refiere el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010.

COSTAS.

El Tribunal, en consideración a que ha prosperado parcialmente la demanda y teniendo en cuenta la conducta de las partes durante el proceso, se abstendrá de condenar en costas en el presente trámite, con fundamento en lo previsto en el numeral 6to del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

III. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y habilitado por las partes:

RESUELVE

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**, **Ángela 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 **Ángela 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 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 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) 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 Cuarentaiún Millones Ciento Veinticuatro Mil Doscientos Noventa y Cinco**

Pesos M/L (\$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 estrictos términos 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 2º 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA MIER BARROS
Presidente


RODRIGO NOGUERA CALDERÓN
Árbitro


GERMÁN GÓMEZ BURGOS
Árbitro


LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria

INDICE

I. ANTECEDENTES.....	1
1. El Contrato origen de las controversias.	1
2. El Pacto Arbitral.	1
3. El trámite del proceso arbitral.....	3
4. Término de duración del proceso.....	9
5. Apoderados judiciales.	10
6. Ministerio Público	10
7. Pretensiones de la demanda.....	11
8. Hechos de la demanda	23
9. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda.....	24
10. Pretensiones de la demanda de reconvención	24
11. Hechos de la demanda de reconvención	25
12. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda de reconvención	26
13. Cesiones de Derechos Económicos y Ordenes de Embargo y Secuestro incorporadas al expediente	27
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	31
1. Presupuestos Procesales.....	31
1.1. Demanda en forma.....	31
1.2. Capacidad	31
1.3. Partes Procesales	31
1.4. Soinco Proyectos Ltda.....	32
1.5. Competencia	32
2. Tachas de sospecha.	34
2.1. Tachas de sospecha formuladas por CEDELCA.....	34
2.2. Tachas de sospecha formuladas por CEC	34
2.3. Consideraciones del Tribunal frente a las tachas formuladas a los testigos.	36
3. Otras solicitudes presentadas por CEC frente a los testigos	37
3.1. Tacha de falsedad contra la testigo Angela Patricia Muñoz	37
3.2. Solicitud de compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura frente al testimonio del señor Diego Muñoz.....	38
4. Oposición de CEO a la diligencia de exhibición de documentos.....	38

5. Objeciones a los dictámenes periciales	41
5.1. Objeción por error grave formulada por CEDELCA contra el dictamen pericial contable y financiero rendido por la doctora NANCY MANTILLA VALDIVIESO	44
5.1.1. "ERROR EN LA ESTIMACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS POR CEC"	44
5.2. Objeción por error grave formulada por CEC contra el dictamen pericial técnico rendido por el doctor EDUARDO AFANADOR.....	55
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.....	59
Régimen Jurídico del Contrato de Gestión	60
Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios	61
El Contrato de Gestión: La Regulación de la Tipología Contractual.....	69
Normatividad Aplicable	70
CLAUSULAS RELEVANTES DEL CONTRATO DE GESTIÓN: PROCEDENCIA DEL PACTO Y APLICACIÓN DE MULTAS,; PROCEDIBILIDAD DE LOS INCENTIVOS O LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE SU CAUSACIÓN.	77
La autonomía de la voluntad en el derecho privado:	83
La Buena Fe Contractual.....	89
El Abuso del Derecho	93
EL CONTRATO DE GESTIÓN Y LAS ESTIPULACIONES PARTICULARES APLICABLES.	94
TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE GESTIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS INVERSIONES DEL GESTOR.....	98
La "CLÁUSULA PENAL" pactada en el Contrato de Gestión	100
Las Cláusulas de "Reconocimiento de las Inversiones al Gestor"	119
Las Cláusulas 20.5 y 20.6.: su naturaleza y efectos.....	131
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES:.....	138
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS.	140
La Causa del Negocio Jurídico:.....	141
La terminación anticipada del contrato de gestión por decisión unilateral de CEDELCA.....	153
Consideraciones generales frente al procedimiento de terminación aplicado por CEDELCA	209
La aplicación de la Cláusula Penal.....	212

Reconocimiento del Tribunal por concepto de aplicación de la cláusula 20.5.	216
Las sumas a Reconocerse por el Tribunal:	219
SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.	222
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.	225
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE CEDELCA EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.	234
EL JURAMENTO ESTIMATORIO: SUS CONSECUENCIAS PROCESALES.	234
COSTAS.	241
III. PARTE RESOLUTIVA.	242