

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil catorce (2014)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre la **COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. ESP** (en adelante **CEC**), de una parte, y **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. ESP** (en adelante **CEDELCA**), por la otra parte, con ocasión de las controversias derivadas de la terminación del Contrato de Gestión suscrito esas compañías el 7 de octubre de 2008, previo recuento de los Antecedentes y solución de los presupuestos procesales y preliminares del trámite.

I. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Es el Contrato de Gestión suscrito el 7 de octubre de 2008 entre la **COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A.** y **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. ESP**, que obra en el expediente a Folios 1 a 63 y 96 y ss del Cuaderno de Pruebas N° 1.

2. El Pacto Arbitral.

En el Contrato de Gestión las partes pactaron arbitraje en su Cláusula 23, en los siguientes términos:

“Cláusula 23.- Cláusula Compromisoria. Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este Contrato o al momento de su terminación, distintas a aquellas que se resuelvan de acuerdo con la Cláusula anterior, salvo lo allí expresamente pactado, y no se pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. La selección de los árbitros se hará de mutuo acuerdo de las Partes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación escrita del desacuerdo de una de las Partes a la otra.

Las partes escogerán entre los árbitros inscritos en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. En caso de no acuerdo se hará mediante

sorteo de la misma lista, el cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al no acuerdo de las partes. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, las demás normas concordantes con éstas y aquellas que las modifiquen o reemplacen, de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

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

23.4. El tribunal funcionará en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

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

Posteriormente, el 14 de abril de 2010, los apoderados de las partes debidamente facultados según poderes que obran en el expediente (folios 37 y 59 del Cuaderno Principal No.1), de común acuerdo modificaron la cláusula compromisoria, en los siguientes términos:

“MARCELA MONROY TORRES, identificada como aparece al pie de la firma, con domicilio en la ciudad de Bogotá, abogada en ejercicio, en mi condición de apoderada especial de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P.-CEC S.A. E.S.P, y **FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS**, identificado como aparece al pie de la firma, con domicilio en la ciudad de Bogotá, abogado en ejercicio, en mi condición de apoderado especial de CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P – CEDELCA, debidamente facultados por nuestros poderdantes para efectos de la designación de los árbitros del Tribunal que decidirá las diferencias existentes entre CEC y CEDELCA, con ocasión de la demanda que presentará CEC, hemos acordado modificar la cláusula compromisoria del Contrato de Gestión suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P y CEC S.A. E.S.P el 7 de octubre de 2008, Cláusula 23, a la cual se le incluirán los siguientes párrafos transitorios:

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

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

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

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

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

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal arbitral: El día 2 de marzo de 2010 la apoderada de CEC presentó solicitud de convocatoria para el nombramiento de árbitros del Tribunal Arbitral para dirimir las controversias surgidas entre CEC y CEDELCA.

3.2. Designación de los árbitros: En aplicación de lo acordado por las partes según la cláusula compromisoria los árbitros designados fueron los doctores, **PATRICIA MIER BARROS, RODRIGO NOGUERA CALDERÓN y GERMÁN GÓMEZ BURGOS**, quienes aceptaron la designación dentro del término legal.

3.3. Instalación: Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los Árbitros y a las partes, el Tribunal se instaló el 10 de mayo de 2010 en sesión realizada en dicho Centro, (Acta N° 1, folios 138 Cuaderno Principal No. 1). En ella se designó como Presidente a la doctora **PATRICIA MIER BARROS** y como Secretaria a la doctora **LAURA BARRIOS MORALES**, quien oportunamente aceptó el cargo y tomó posesión ante la Presidente.

3.4. Admisión de la demanda y notificación: El 13 de septiembre de 2010, **CEC**, por conducto de apoderada especial, presentó demanda arbitral, la cual fue admitida mediante auto de fecha 20 de septiembre siguiente.

3.5. Contestación de la demanda: El 11 de octubre de 2010, el apoderado de **CEDELCA** dio contestación a la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas. Así mismo presentó demanda de reconvención.

El 23 de noviembre de 2010, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado de ella. La demanda de reconvención fue contestada dentro del término legal y mediante auto de fecha 12 de enero de 2011, el Tribunal corrió traslado a las partes de las excepciones presentadas en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda de reconvención. Ambas partes radicaron memorial mediante el cual recorrieron el traslado de las excepciones dentro del término legal.

3.6. Audiencia de conciliación: El 25 de enero de 2011 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria. (Acta No. 6 Folios 443 a 450 Cuaderno Principal No.2).

3.7. Honorarios y gastos del proceso: Fracasada la conciliación, en esa misma audiencia el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, de la Secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, gastos del proceso y otros, las cuales fueron pagadas oportunamente por CEC y CEDELCA.

3.8. Primera audiencia de trámite: El 8 de marzo de 2011, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en cumplimiento a las formalidades previstas por el artículo 148 del Decreto 1818 de 1998 (Acta No. 7 folios 482 a 495 Cuaderno Principal No. 2). La audiencia se suspendió y se reanudó el 12 de abril de 2011 fecha en la cual el Tribunal declaró concluida la primera audiencia de trámite una vez decretadas las pruebas del proceso (Acta No. 9 Folios 643 a 655 Cuaderno Principal No. 2).

3.9. Decreto de pruebas: En audiencia realizada el 12 de abril de 2011 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda reformada, en la contestación de la demanda reformada, en la demanda de reconvención, en la contestación de la demanda de reconvención y en los memoriales mediante los cuales se recorrieron los traslados de excepciones.

3.10. Instrucción del proceso:

3.10.1. La prueba documental:

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante con la solicitud de convocatoria del Tribunal (folios 1 a 95 Cuaderno Pruebas 1), con la demanda (folios 96 y ss Cuaderno Pruebas No. 1, Cuadernos Pruebas Nos. 2, 3, 4 y 5), con la contestación de la demanda de reconvención (folios 408 y ss del Cuaderno Pruebas No. 9), con la reforma de la demanda (Cuaderno de Pruebas Nos. 10 y 11 y folios 1 a 226 del Cuaderno de Pruebas No. 12) y con el memorial mediante el cual recorrió traslado de excepciones (Folios 227 a 248 Cuaderno Pruebas No. 12).

Igualmente, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocada con la demanda de reconvención (Cuadernos de Pruebas Nos. 6, 7, 8 y folios 1 a 407 del Cuaderno de Pruebas No. 9).

3.10.2. Testimonios.

El Tribunal recibió los testimonios decretados así:

Acta	Fecha	Testimonios Recibidos	Observaciones
29	Mayo 29, 2013	Ricardo Sánchez	La parte convocada tachó al testigo por sospechoso.
30	Julio 30, 2013	Evamaría Uribe Lourdes Salamanca	La parte convocante tachó a la testigo Evamaría Uribe por sospechosa.
31	Julio 31, 2013	Ricardo Rodríguez Yee	La parte convocante tachó al testigo por sospechoso.
32	Agosto 13, 2013	Wilmer Forero Angela Patricia Rojas	La apoderada de la convocante formuló tacha de sospecha y de falsedad contra la testigo Angela Patricia Rojas. La testigo aportó documentos los cuales se incorporaron al expediente (Folios 484 y ss. C. Pruebas No. 59).
33	Agosto 21, 2013	Catalina Téllez Diego Muñoz	La apoderada de la convocante tachó de sospechoso al testigo Diego Muñoz. Adicionalmente solicitó al Tribunal considerar compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura por violación a los deberes como abogado. Ambos testigos aportaron documentos los cuales se incorporaron al expediente (1 a 243 C. Pruebas 60 y 566 a 569 C. Principal No. 5). La apoderada de la convocante recorrió el traslado de los documentos aportados por Diego Muñoz (Folios 499 y ss C. Principal No. 5).
34	Septiembre 9, 2013	Juan Fernando Múnera Alex Ortiz	La apoderada de la convocante tachó al testigo Alex Ortiz por sospechoso.
35	Septiembre 10, 2013	Cesar Yuri González María Teresa Cabarico	

37	Octubre 17, 2013	Nixón Forero	El apoderado de la convocada tachó al testigo por sospechoso. El testigo aportó documentos los cuales se incorporaron al expediente (folios 1 a 187 C. Pruebas No. 61). El apoderado de la convocante radicó escrito mediante el cual describió el traslado de los documentos aportados (folios 8 a 15 C. Principal No. 6).
38	Octubre 22, 2013	Sandra Fonseca	

Los apoderados de las partes desistieron de los testimonios de Andrés Sopó, Gustavo Cabal, Alid Armando Mera, Fabián Andrés Morales, Juan Manuel Preciado, Diego Fernando Cepeda, Martha Lucía Cortés, Edgar Ortiz, Francisco Acevedo, Ricardo Reyes, Jorge Augusto Cárdenas, Guillermo Sarmiento, Carlos Andrés Vivas y Germán Eduardo Torres. Los desistimientos fueron aceptados por el Tribunal (Actas Nos. 27, 31, 32, 35, 36, 37 Folios 301, 385, 407, 514, 580 y 584 Cuaderno Principal No. 5).

El Tribunal corrió traslado de las versiones escritas de los testimonios rendidos y las partes no presentaron observaciones al respecto.

3.10.3. Dictámenes periciales.

Por solicitud de ambas partes se decretaron dos dictámenes periciales: uno para ser rendido por un perito financiero contable con conocimiento en la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica, y el otro, para ser rendido por un perito ingeniero con conocimientos en gestión y operación de empresas distribuidoras de energía eléctrica y experto en el mercado de energía. El Tribunal designó a los doctores Nancy Mantilla y Eduardo Afanador respectivamente, quienes se posesionaron el 1 de junio de 2011. La perito financiera entregó el dictamen el 17 de noviembre de 2011 y el perito técnico entregó el dictamen el 27 de septiembre de 2011, en el término fijado por el Tribunal a este efecto. De la misma manera, los señores peritos evacuaron las solicitudes de aclaraciones y complementaciones a sus dictámenes formuladas por las partes, el 13 de noviembre y el 16 de octubre de 2012, respectivamente.

La parte convocante objetó el dictamen técnico por error grave, y la convocada el dictamen financiero-contable, y solicitaron pruebas. Las objeciones formuladas por las partes a los dictámenes periciales serán resueltas por el Tribunal, más adelante en este Laudo.

3.10.4. Inspecciones judiciales con exhibición de documentos

El Tribunal decretó y practicó las siguientes inspecciones judiciales:

Lugar	Fechas	Documentos incorporados al expediente
CEDELCA	Inicio: nov. 1 - 2012 Cierre: mar. 6 - 2013	<ul style="list-style-type: none"> • CEDELCA POPAYÁN envió documentos - C. Pruebas No. 21, 22 y 23 más una Caja • Folios 294 C. Pruebas 20 • Adalid entregó informe. Folios 387 a fin C. Pruebas 37 • CEDELCA aportó documentos seleccionados de los extraídos por ADALID exhibidos por CEDELCA - Folios 148 a fin C. Pruebas 24 y C. Pruebas 25 • CEDELCA envió documentos por correo electrónico marzo 4, 2013 • ADALID aportó correos marzo 6, 2013
Applus Norcontrol	Inicio jun. 1-2011 Cierre: mar. 6 - 2013	<ul style="list-style-type: none"> • En la inspección se incorporaron documentos - Folios 740 a 792 C. Pruebas 12 • ADALID entregó Disco Duro con informe - Folios 201 y ss y 304 y ss C. Principal 4 • La convocada aportó documentos seleccionados de los exhibidos por Applus - C. Pruebas 26 y 27 • La convocante aportó documentos seleccionados de los exhibidos por Applus - C. Pruebas 28 a 36 • ADADLID aportó informe y correo feb. 28 y marzo 13 de 2013.
C.I. Business	Inicio jun. 1-2011 Cierre: marzo 6 - 2013	<ul style="list-style-type: none"> • En la inspección se incorporaron documentos - Folios 792 a 886 C. Pruebas 12 • C.I.B envió documentos – Folios 375 y 595 C. Pruebas 15 • ADALID entregó informe - Folios 206 a 386 C. Pruebas 37 • CEDELCA aportó documentos seleccionados de los exhibidos por C.I. Business Folios 148 a fin C. Pruebas 24 y C. Pruebas 25
SSPD	Inicio jun. 1-2011 Cierre: marzo 6 - 2013	<ul style="list-style-type: none"> • ADALID entregó informe - Folios 1 a 203 C. Pruebas 37 • La convocada incorporó documentos seleccionados de los exhibidos- Folios 1 a 139 C. Pruebas 24
CEO	Inicio: nov. 1 - 2012 Cierre: mar. 6 - 2013	<ul style="list-style-type: none"> • CEO presentó oposición a la exhibición y envió algunos documentos –Folio 887 C. Pruebas 12; Folio 204 C. Pruebas 37, Folio 256 C. Pruebas 41

3.10.5. Exhibición de documentos

El Tribunal decretó la práctica de tres diligencias de exhibición de documentos en poder de CEO, el Ministerio de Minas y Energía y la Fiduciaria de Bancolombia. CEO envió algunos documentos (Folio 887 C. Pruebas 12; Folio 204 C. Pruebas 37, Folio 256 C. Pruebas 41) y se opuso a la exhibición de los demás documentos (oposición que será resuelta más adelante en este Laudo). La Fiduciaria Bancolombia envió documentos los cuales se incorporaron al expediente a folios 596 y ss del Cuaderno de Pruebas No. 15. Por último, la parte convocante desistió

de la exhibición por parte del Ministerio de Minas y Energía (Acta 38), desistimiento que fue aceptado por el Tribunal.

3.10.6. Oficios

El Tribunal ordenó los siguientes Oficios:

Oficios dirigidos a	Respuestas
Compañía de Seguros Colseguros S.A.	Folio 732 C. Pruebas 12 y 724 C. Pruebas 20
Alcaldía de Popayán	Folio 77 C. Pruebas 14
Juzgados 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º Civiles Municipales de Popayán	Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán - Folio 249 C. Pruebas 12 y 1 C. Pruebas 20 Juzgado Segundo Civil Municipal - Folios 652 C. Pruebas 12 Juzgado Tercero Civil Municipal - Folios 277 y ss C. Pruebas 61 Juzgado Cuarto Civil Municipal - Folios 1 a 481 C. Pruebas 63 Juzgado Quinto Civil Municipal - Folio 373 C. Pruebas 15
Juzgados 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º Civiles del Circuito de Popayán	Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán - Folio 336 C. Pruebas 12 Juzgado Segundo Civil del Circuito - Folio 64 C. Pruebas 14 Juzgado Tercero Civil del Circuito - C. Pruebas 13 y Folios 1 a 63 C. Pruebas 14 Juzgado Cuarto Civil del Circuito Popayán- Folio 649 C. Pruebas 12 Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán - Folio 338 C. Pruebas 12 Juzgado Sexto Civil del Circuito - C. Pruebas 62
Juzgado 1º Laboral del Circuito de Popayán	Folio 255 C. Pruebas 12
Juzgados 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º Administrativos del Circuito de Popayán	Juzgado Primero Administrativo de Popayán - Folio 344 C. Pruebas 12 Juzgado Tercero Administrativo de Popayán - Folio 75 C. Pruebas 14 Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán - Folio 342 C. Pruebas 12 Juzgado Quinto Administrativo de Popayán - Folio 340 C. Pruebas 12 Juzgado Sexto Administrativo de Popayán - Folio 104 C. Pruebas 14 y 1 a 372 C. Pruebas 15
CREG	Folio 346 C. Pruebas 12
Ministerio de Minas	Folio 653 y ss C. Pruebas 12
BANCO EFG BANK REP OFFICE	Folio 650 C. Pruebas 12 y 74 C. Pruebas 14

La parte convocante desistió del oficio al Juzgado Segundo Administrativo de Popayán (Acta 39), y el Tribunal aceptó el desistimiento.

3.11. Alegatos de Conclusión

Recaudado así el acervo probatorio, en sesión de fecha 9 de diciembre de 2013, se llevó a cabo audiencia de alegaciones en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un escrito de los mismos, que forman parte del expediente (Acta N° 39). El Ministerio Público solicitó traslado especial, el cual fue concedido por el Tribunal y en consecuencia entregó su concepto el 20 de enero de 2014. El Tribunal en este Laudo, se referirá, en el análisis de cada uno de los temas involucrados en la controversia sometida a su conocimiento, a las argumentaciones expuestas por las partes y el Ministerio Público en las distintas etapas del trámite y particularmente en esta oportunidad procesal.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se finalizó el 12 de abril de 2011, con lo cual, el término del proceso iría inicialmente hasta el 12 de octubre de 2011. Sin embargo, consta en el expediente que las partes suscribieron un documento mediante el cual acordaron prorrogar por seis (6) meses contados a partir del día anterior al vencimiento del término del Tribunal de Arbitramento, el término del proceso arbitral (Folio 665 y 666 C. Principal No. 4).

Así mismo, consta en el expediente que por solicitud de ambas partes, el Tribunal decretó la suspensión de términos del proceso, así:

Acta/ Auto	Suspensión incluidas ambas fechas	Número de Días
Acta No. 9	Del 13 de abril al 1 de mayo de 2011	19
Acta No. 10	Del 3 al 31 de mayo de 2011	29
Auto 21 de junio de 2011	Del 22 de junio al 10 de julio de 2011	19
Auto 14 de julio 2011	Del 15 de julio al 18 de agosto de 2011	35
Acta No. 15	Del 3 al 20 de septiembre de 2011	18
Auto oct. 11 de 2011	Del 13 al 31 de octubre de 2011	19
Acta 16	Del 2 al 17 de noviembre de 2011	16

Auto 1 de dic. 2011	Del 2 de diciembre de 2011 al 29 de enero de 2012	59
Acta 17	Del 7 al 29 de febrero de 2012	23
Acta 18	Del 6 de marzo al 15 de abril de 2012	41
Auto abril 25 de 2012	Del 26 de abril al 21 de mayo de 2012	26
Acta 19	Del 26 de junio al 3 de julio de 2012	8
Acta 20	Del 5 de julio al 12 de septiembre de 2012	70
Auto oct. 5 de 2012	Del 9 al 31 de octubre de 2012	23
Auto nov. 1 de 2012	Del 2 al 30 de noviembre de 2012	29
Auto Dic. 3 de 2012	Del 4 al 5 de diciembre de 2012	2
Acta 23	Del 7 de diciembre de 2012 al 17 de febrero de 2013	73
Acta 24	Del 21 al 28 de febrero de 2013	8
Auto marzo 8 de 2013	Del 11 de marzo al 14 de abril de 2013	35
Acta 26	Del 17 de abril al 13 de mayo de 2013	27
Acta 27	Del 15 al 26 de mayo de 2013	12
Acta 29	Del 30 de mayo al 29 de julio de 2013	61
Acta 31	Del 1 al 13 de agosto de 2013	13
Acta 31	Del 14 al 19 de agosto de 2013	6
Auto ag. 23 de 2013	Del 24 de agosto al 8 de septiembre de 2013	16
Acta 35	Del 11 de septiembre al 15 de octubre de 2013	35
Acta 38	Del 23 de octubre al 12 de noviembre	21
Acta 39	Del 13 de diciembre de 2013 al 3 de abril de 2014	111
TOTAL		854

De acuerdo a lo anterior, en virtud de la prórroga del término del proceso y las suspensiones decretadas por el Tribunal a solicitud de las partes, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir este laudo arbitral dado que el término del proceso vencería el próximo 1 de septiembre de 2014.

5. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante por la doctora **MARCELA MONROY TORRES** y la parte convocada por el doctor **FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

6. Ministerio Público

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 262 de 2000, se le informó al Ministerio Público sobre este proceso quien delegó al doctor Oscar Ibáñez Parra en calidad de Procurador 127 Judicial Administrativo. El doctor Ibáñez fue reemplazado por la doctora María del Pilar Sáchica Méndez, según consta en oficio enviado por la Procuraduría y que obra a folio 485 del Cuaderno Principal

No. 4. Posteriormente, el doctor Hector Guzmán Luján, Procurador 129 Judicial Administrativo informó al Tribunal que el caso había sido asignado a su despacho (Folios 727 C. Principal No.4). Finalmente, mediante correo electrónico el Ministerio Público informó al Tribunal que sería la doctora Claudia Elisa Garzón Soler, Procuradora 3 Judicial Administrativa, quien estaría a cargo del presente Tribunal. A la fecha del laudo Claudia Elisa Garzón Soler es la agente del Ministerio Público encargada del presente trámite arbitral.

7. Pretensiones de la demanda

La apoderada de CEC en el escrito mediante el cual reformó la demanda, a folios 496 a 511 del Cuaderno Principal No. 2, formuló las siguientes pretensiones:

“DECLARATIVAS

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

SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad absoluta de la decisión de CEDELCA de dar por terminado el Contrato de Gestión de forma anticipada por objeto y/o causa ilícita, por violación del derecho fundamental al debido proceso, y se ordene las restituciones y/o indemnizaciones a que haya lugar.

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

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

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

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

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

La obligación de obrar de buena fe en la ejecución del Contrato de Gestión.

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

La obligación de suministrar adecuada y correcta información a CEC.

La obligación de aplicar y respetar el principio de proporcionalidad.

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

Las obligaciones a su cargo de conformidad con lo establecido en el Contrato de Gestión y conforme a lo que se pruebe en este proceso.

QUINTA: Que se declare que CEDELCA incumplió sus obligaciones derivadas del Contrato de Gestión, en especial por haber incurrido en las siguientes conductas:

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

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

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

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

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

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

Haber desconocido el principio de proporcionalidad.

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

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

No haberle entregado a CEC la información solicitada por ésta.

No haberle pagado a CEC los valores adeudados a ésta por concepto de, entre otros: "Subsidios y Contribuciones", "Cartera de Comercialización", "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", "Anticipos convenios de energía" (o "Prepagos contratos bilaterales de energía"), "Depósitos entregados para servicios", "Cruce de cuentas con agentes del mercado por cargos de distribución", "Inventarios", "Gastos pagados por anticipado", la remuneración por la utilización de líneas Principal – Río Mayo y Zaque- Catambuco por parte de terceros, y la "remuneración por uso de la infraestructura eléctrica para la prestación de otros servicios", y cualquier otro valor que resulte probado en el presente proceso.

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

Haberle causado un daño antijurídico a CEC.

No haberle dado cabal cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales

Haber abusado de su posición dominante en el contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA está obligada a: (i) Reconocerle y pagarle a CEC por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", junto con sus

correspondientes intereses de mora, las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que no pudo recaudar CEC y que fue posteriormente recaudada por CEDELCA o el nuevo gestor; y (i) Cederle a CEC los créditos correspondientes a las sumas facturadas por CEDELCA por concepto del servicio de energía y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC que CEC no pudo recaudar con ocasión de la terminación anticipada del Contrato, junto con sus correspondientes intereses de mora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. CONDENATORIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TRIGÉSIMA QUINTA: Que se condene a CEDELCA a pagar a favor de CEC la indemnización integral de los perjuicios causados a esta última como consecuencia de la

demora en la cesión de la Fiducia de Subsidios, incluido el daño emergente y el lucro cesante.

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

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

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

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

TRIGÉSIMA OCTAVA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos facturados y cobrados por CEDELCA que le pertenecen a CEC", las sumas facturadas por CEDELCA o el nuevo gestor por concepto del servicio de energía prestado a usuarios regulados y no regulados y demás ingresos relacionados con la gestión de CEC, cuya facturación y recaudo no pudo ser realizado por CEC, en tanto CEDELCA

retomó la operación el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

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

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

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

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

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

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

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC, por concepto de "Inventarios", el valor de los activos de propiedad de CEC que no corresponden a los "Activos del Gestor" e "Infraestructura", de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 1: "Definiciones" del

Contrato de Gestión, que se encuentran en poder de CEDELCA por razón de la toma de posesión de los mismos a través de la diligencia de desalojo que se llevó a cabo el 4 de octubre de 2009, junto con sus correspondientes intereses de mora, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

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

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

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

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

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

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

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

A pagarle a CEC, por concepto de "Ingresos que no se pudieron facturar y cobrar", junto con sus correspondientes intereses de mora: (i) las sumas que CEDELCA o quien opere o gestione la infraestructura de CEDELCA, haya recibido y reciba en un futuro de terceros correspondientes a la remuneración por la utilización de la infraestructura del servicio público de energía eléctrica por parte de terceros, incluida la remuneración por el uso de

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

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

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

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

QUINCUAGÉSIMA: Que se condene a CEDELCA a pagarle a CEC las sumas que CEC adeuda a proveedores, contratistas y/o empleados en desarrollo del Contrato de Gestión, así como las sumas en que esta haya incurrido por concepto de gastos por medidas cautelares y gastos procesales derivados de los procesos judiciales que cursan en contra de CEC, junto con sus correspondientes intereses moratorios y cualquier otro sobrecosto financiero en que haya incurrido.

C. ACTUALIZACIÓN E INTERESES

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

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

moratorios a la máxima tasa legal a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.

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

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

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

D. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN

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

E. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

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

8. Hechos de la demanda

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 158 y ss del Cuaderno Principal N° 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

9. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda

El apoderado de **CEDELCA**, en la contestación de la demanda y de la reforma de la demanda, a folios 500 y ss del Caderno Principal No. 1 y 577 y ss del Cuaderno Principal No. 2, formula las siguientes excepciones de mérito:

" A. TODO CONTRATO LEGALMENTE CELEBRADO ES LEY PARA LAS PARTE

B.OBLIGACIONES A PLAZO Y MORA

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

D.PROCEDENCIA DEL AMPARO POLICIVO

E.INEXISTENCIA DEL PERJUICIO

F. EXCEPCIÓN GENÉRICA"

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

B. EL CONTRATO FUE TERMINADO DANDO ESTRICTO CUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE GESTIÓN.

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

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

F. AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.

G. EXCEPCIÓN GENÉRICA"

10. Pretensiones de la demanda de reconvención

El apoderado de **CEDELCA** en la demanda de reconvención, a folios 368 y ss del Cuaderno Principal No. 1, formuló las siguientes pretensiones:

"PRINCIPALES

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

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

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

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

- SUBSIDIARIAS

En subsidio de las pretensiones principales, solicito:

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

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

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

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

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

11. Hechos de la demanda de reconvención

El apoderado de **CEDELCA** fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda de reconvención, a folios 369 y ss del Cuaderno Principal N° 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

12. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda de reconvención

La apoderada de CEC en la contestación de la demanda de reconvención, a folios 146 a 166 del Cuaderno Principal N° 2, formula 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*
- 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*
- 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*
- 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*
- 3.5 *Excepción de contrato no cumplido*
- 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*
- 3.8 *CEDELCA incumplió el deber de planeación*
- 3.9 *CEDELCA incurrió en una conducta desproporcionada, injustificada e ilegal al pretender terminar unilateral y extemporáneamente el Contrato de Gestión*
- 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*
- 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*
- 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*
- 3.20 *Actuación de CEDELCA en contra de sus propios actos:*

- 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)*
- 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*
- 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*
- 3.29 *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.*
- 3.31 *CEC dio cumplimiento a la Cláusula No. 7.1 (subsidios y contribuciones de solidaridad) del Contrato de Gestión*
- 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*
- 3.33 *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*
- 3.38 *La actuación de CEC nunca puso en riesgo la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía*
- 3.39 *Caducidad y Prescripción*
- 3.40 *Compensación*
- 3.41 *Excepción Genérica"*

13. Cesiones de Derechos Económicos y Ordenes de Embargo y Secuestro incorporadas al expediente

1. Contrato de Cesión de Derechos económicos suscrito el 16 de diciembre de 2010 de **CEC** a favor de **SOINCO** hasta por **\$2.440.619.603**. Recibido el 21 de diciembre de 2010 (Folio 201 C. Principal No.2).

2. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 3 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo hasta por **\$912.079.748** – Proceso Ejecutivo de **José Ferney Pérez** contra **CEC**. Recibido el 11 de enero de 2011 (Folio 440 C. Principal No. 2)
3. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 3 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo hasta por **\$845.645.456** – Proceso Ejecutivo de **UTEN** contra **CEC**. Recibido el 2 de febrero de 2011 (Folio 456 C. Principal No. 2).
4. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 2 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo. **No especifica cuantía** – Proceso Ejecutivo de **Industrias Electromecánicas Magnetron S.A.** contra **CEC**. Recibido el 9 de febrero de 2011 (Folio 458 C. Principal No. 2).
5. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 1 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo hasta por **\$165.000.000**– Proceso Ejecutivo de **Estudios Socioeconómicos E.U.** contra **CEC**. Recibido el 11 de marzo de 2011 (Folio 573 C. Principal No. 2).
6. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 1 Civil Municipal de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo hasta por **\$26.000.000**– Proceso Ejecutivo de **Wilson Chamorro** contra **CEC**. Recibido el 30 de agosto de 2011 (Folio 542 C. Principal No. 3).
7. Orden de Embargo– Juzgado 5 Civil Municipal de Popayán
No especifica cuantía– Proceso Ejecutivo Mixto de **Sociedad Makrosor Ltda.** contra **CEC**. Recibido el 21 de septiembre de 2011 (Folio 561 C. Principal No. 3).
8. Contrato de Cesión de Derechos Económicos suscrito el 30 de septiembre de 2011 de CEC a favor de **Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A.** hasta por **\$15.000.000.000**. Recibido el 24 de noviembre de 2011 (Folios 198 C. Principal No. 4).
9. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 2 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo. **No especifica cuantía**– Proceso Ejecutivo de **Industrias Electromecánicas Magnetron S.A.** contra **CEC**. Recibido el 27 de enero de 2012 (Folio 302 C. Principal No. 4).
10. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 6 Civil del Circuito de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo hasta por **\$1.420.000.000**– Proceso Ejecutivo de **Unión Temporal de Catastro** contra **CEC**. Recibido el 6 de febrero de 2012 (Folio 299 C. Principal No. 4).

11. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **María del Socorro Ariza Gómez** hasta por **\$115.000.000**. Recibido el 16 de noviembre de 2012 (Folio 62 C. Principal No. 5).
12. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Edith Beatriz Perlaza** hasta por **\$40.290.317**. Recibido el 20 de mayo de 2013 (Folio 330 C. Principal No. 5).
13. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Diana Lucía Arcila** hasta por **\$42.569.137**. Recibido el 20 de mayo de 2013 (Folio 335 C. Principal No. 5).
14. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Nelson Alberto Mendez** hasta por **\$155.370.280**. Recibido el 6 de junio de 2013 (Folio 364 C. Principal No. 5).
15. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Carlos Hernán Villa** hasta por **\$20.000.000**. Recibido el 5 de agosto de 2013 (Folio 399 C. Principal No. 5).
16. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Inverplus Ltda.** hasta por **\$104.482.227**. Recibido el 15 de agosto 2013 (Folio 409 C. Principal No. 5).
17. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Liliana Baena Agudelo** hasta por **\$5.097.294**. Recibido el 29 de agosto de 2013 (Folio 460 C. Principal No. 5).
18. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Juan Pablo Borrero** hasta por **\$15.000.000**. Recibido el 29 de agosto de 2013 (Folio 463 C. Principal No. 5).
19. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Aurelio Sapuyes** hasta por **\$20.829.147**. Recibido el 29 de agosto de 2013 (Folio 466 C. Principal No. 5).
20. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Adriana Mercado Jordan** hasta por **\$12.000.000**. Recibido el 29 de agosto de 2013 (Folio 469 C. Principal No. 5).
21. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Yolanda Posada** hasta por **\$27.770.834**. Recibido el 11 de septiembre de 2013 (Folio 515 C. Principal No. 5).
22. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Adriana Vargas Duque** hasta por **\$24.233.796**. Recibido el 11 de septiembre de 2013 (Folio 518 C. Principal No. 5).
23. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Overoles y Botas la 68 Ltda.** hasta por **\$20.703.000**. Recibido el 11 de septiembre de 2013 (Folio 521 C. Principal No. 5).

24. Orden de Embargo – Secretaría de Hacienda de Popayán - Proceso de cobro contra **SOINCO** hasta por **\$20.000.000** – Resolución 108 de septiembre de 2013. Recibido Septiembre 16 de 2013 (Folio 558 C. Principal No. 5).
25. Orden de Embargo – Secretaría de Hacienda de Popayán - Proceso de cobro contra **CEC** hasta por **\$1.300.000.000** – Resolución 109 de septiembre de 2013. Recibido Septiembre 23 de 2013 (Folio 562 C. Principal No. 5).
26. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Pablo Andrés Gálvez** hasta por **\$ 43.078.765**. Recibido el 17 de octubre de 2013 (Folio 1 C. Principal No. 6).
27. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **A&P Andina de Ingeniería y Proyectos Ltda.** hasta por **\$53.405.913**. Recibido el 17 de octubre de 2013 (Folio 4 C. Principal No. 6).
28. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Cesar Eduardo Palau Durán** hasta por **\$32.500.00**. Recibido el 1 de noviembre de 2014 (Folio 22 C. Principal No. 6).
29. Orden de Embargo y Secuestro – Juzgado 6 Civil Municipal de Popayán
De los dineros que le lleguen a corresponder a CEC en el Laudo, limitada la medida en \$324.600.000– Proceso Ejecutivo de **Servagro Ltda.** contra **CEC**. Recibido el 15 de noviembre de 2013 (Folio 27 C. Principal No. 6).
30. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Diconel SAS** hasta por **\$584.986.598**. Recibido el 31 de enero de 2014 (Folio 67 C. Principal No. 9).
31. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Juan Carlos Espinel López** hasta por **\$126.790.188**. Recibido el 3 de marzo de 2014 (Folio 70 C. Principal No. 9).
32. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Augusto José Dueñas Tobón** hasta por **\$87.500.000** Recibido el 3 de marzo de 2014 (Folio 73 C. Principal No. 9).
33. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Roberto Nader Mora** hasta por **\$61.500.000**. Recibido el 31 de enero de 2014 (Folio 76 C. Principal No. 9).
34. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Norma Consuelo Ospina Prieto** hasta por **\$136.021.759**. Recibido el 5 de marzo de 2014 (Folio 79 C. Principal No. 9).
35. Cesión de Derechos Económicos de **SOINCO** a **Compañía Mundial de Seguros S.A.** hasta por **\$203.926.384**. Recibido el 31 de marzo de 2014 (Folio 82 C. Principal No. 9).

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos Procesales

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

1.1. Demanda en forma

Tanto la demanda como la demanda de reconversión cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las admitió y sometió al trámite de ley.

1.2. Capacidad

Tanto la convocante como la convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto, de la documentación estudiada, no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción, sin perjuicio y con excepción de lo decidido por el Tribunal en relación con la pretensión de nulidad formulada por la parte convocante *ab initio*, en las pretensiones primera principal y primera subsidiaria de la demanda. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

1.3. Partes Procesales

1.3.1. COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A ESP - CEC es una sociedad comercial, constituida como empresa prestadora de servicios públicos según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 437 a 439 del Cuaderno Principal No. 2) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante escritura pública N° 1980 del 2 de octubre de 2008 de la Notaría 3 de Popayán, la cual fue reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través del señor **CARLOS HERNANDO LEE AGUIRRE**, en su calidad de Representante Legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

1.3.2. CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A ESP - CEDELCA, es una sociedad anónima por acciones mixta, constituida como empresa prestadora de servicios públicos según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 2 a 8 del Cuaderno de Pruebas No. 1) está domiciliada en Popayán, fue constituida mediante escritura pública N° 744 del 31 de marzo de 1955 de la Notaría 5 de Bogotá, la cual fue reformada en varias oportunidades. Compareció al proceso a través de la señora **MARIA TERESA CABARICO ALMARIO**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial. El 15 de diciembre de 2010, por decisión de la Junta Directiva, el señor **MANUEL MARÍA MOSQUERA FENADEZ DE SOTO** reemplazó a la señora **CABARICO** en su calidad de Representante Legal.

1.4. Soinco Proyectos Ltda.

Teniendo en cuenta que CEDELCA, presentó demanda de reconvención contra CEC y SOINCO PROYECTOS LTDA., el Tribunal mediante auto de fecha 19 de octubre de 2010, ordenó citar a la sociedad SOINCO PROYECTOS LTDA. quien se notificó personalmente de dicho auto (acta notificación personal obra a folio 529 del Cuaderno Principal No. 1) y dentro del término legal manifestó adherirse al pacto arbitral (folio 534 del Cuaderno Principal No. 1) y contestó la demanda.

El Tribunal, mediante auto de fecha 25 de enero de 2011 decretó los gastos y honorarios del proceso y en aplicación del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989 fijó la contribución que le correspondía a SOINCO, bajo la advertencia de que si el tercero no consignaba dentro del término oportuno, el proceso continuaría y se decidiría sin su intervención, tal como lo dispone el art. 30A del Decreto 2279 de 1989.

Una vez decretados los gastos y honorarios del proceso, SOINCO no consignó dentro del término legal, así como tampoco lo hicieron CEC ni CEDELCA por ésta, razón por la cual el Tribunal, dispuso continuar con el proceso y decidir sin la intervención de SOINCO (auto de fecha 8 de marzo de 2011).

1.5. Competencia

En providencia de fecha 8 de marzo de 2011, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias de que da cuenta la demanda de **CEC** contra **CEDELCA** y de la demanda de reconvención de **CEDELCA** contra **CEC** derivadas del Contrato de Gestión suscrito el 7 de octubre de 2008, así como las excepciones formuladas a las mismas, con la siguiente salvedad: La competencia del Tribunal se restringe únicamente a las pretensiones formuladas por, y contra las partes que suscribieron el Contrato de Gestión el 7 de octubre de 2008, toda vez que la sociedad SOINCO, no obstante haber adherido a la cláusula compromisoria, no pagó su partida correspondiente a gastos y

honorarios del proceso, así como tampoco lo hicieron por ésta CEDELCA ni CEC (art. 144 del Decreto 1818/98).

Después de pronunciarse sobre su competencia, en esa misma audiencia, la convocante presentó reforma de la demanda, la cual, el Tribunal admitió pero se abstuvo de asumir competencia para resolver en este trámite arbitral frente a las pretensiones primera principal y su subsidiaria, mediante las cuales CEC solicitaba la declaración de nulidad de un acto jurídico. Fueron entonces consideraciones concluyentes del Tribunal sobre su competencia en el Auto respectivo, las siguientes:

“Sobre este particular, el Tribunal considera que la competencia de los Tribunales está circunscrita a decidir sobre las pretensiones esencialmente transigibles. La nulidad de los actos jurídicos carece de esta condición, sin perjuicio del análisis que haga el Tribunal de las conductas de las partes para establecer sus efectos en el desarrollo del contrato, sin que ello implique su calificación.

De otra parte, el art. 87 del C.C.A. reformado por el art. 32 de la Ley 446 de 1998, restringe los pedimentos que puedan solicitar las partes procesales en ejercicio de la acción contractual, a las declaraciones de existencia o nulidad del mismo, a la solicitud de condenas o restituciones a su revisión, y en general a la declaración de incumplimiento y la consiguiente condena en perjuicios.

Por lo anterior, el Tribunal no podrá aprehender conocimiento sobre la nulidad de los actos de las partes que suscribieron el contrato, no sólo por la connotación de intransigible que tendría dicha pretensión, sino adicionalmente porque la vía procesal para requerir un pronunciamiento judicial sobre este tema no es la acción contractual.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal, mediante auto de fecha 12 de abril de 2011 resolvió: “Además de las controversias respecto de las cuales el Tribunal se declaró competente mediante Auto del 8 de marzo de 2011, ya ejecutoriado, declararse competente para conocer también de las nuevas controversias patrimoniales contenidas en la reforma a la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por **CEC**; en su contestación y en la respuesta a las excepciones perentorias interpuestas, sin lugar a adición de los costos legales del arbitramento, por lo expuesto en la parte motiva”.

De conformidad con lo anterior, la competencia del Tribunal se circunscribe a:

- Las pretensiones de la demanda reformada (con exclusión de la Pretensión Primera y su Subsidiaria rechazadas in limine por el Tribunal),
- Las Pretensiones de la demanda de reconvencción, formuladas por, y contra las partes que suscribieron el Contrato de Gestión el 7 de octubre de 2008 (CEC y CEDELCA), y

- Las respectivas excepciones formuladas por las partes.

Lo anterior, en el marco de la cláusula compromisoria del Contrato de Gestión.

2. Tachas de sospecha.

2.1. Tachas de sospecha formuladas por CEDELCA

2.1.1. Contra Ricardo Sánchez Alba.

En audiencia realizada el 29 de mayo de 2013, el apoderado de la convocada formuló tacha de sospecha contra el señor Ricardo Sánchez y solicitó al Tribunal revisar el testimonio rendido con especial atención, teniendo en cuenta los vínculos del testigo con CEC y con asuntos relacionados directamente con el Tribunal. Una vez formulada la tacha, el apoderado de CEDELCA se abstuvo de formularle preguntas al testigo.

La apoderada de la convocante solicitó al Tribunal rechazar la tacha argumentando que la relación del testigo con CEC no es fundamento suficiente para la tacha y que el testigo manifestó bajo la gravedad de juramento, no tener interés alguno en las resultas del proceso.

2.1.2. Contra Nixon Forero

En audiencia realizada el 17 de octubre de 2013, el apoderado de CEDELCA formuló tacha de sospecha contra el testigo Nixon Forero por considerar que este tiene un interés en el proceso por ser apoderado general de CEC.

La apoderada de CEC manifestó que el testigo adujo bajo la gravedad de juramento no tener interés en las resultas del proceso, por lo que la tacha no debe prosperar.

2.2. Tachas de sospecha formuladas por CEC

2.2.1. Contra Evamaria Uribe

La apoderada de CEC formuló tacha de sospecha contra la testigo Evamaria Uribe en la audiencia llevada a cabo el 30 de julio de 2013, con fundamento en el interés que tiene la testigo en el resultado del proceso del cual pueden derivarse responsabilidades en contra de ella.

El apoderado de CEDELCA manifestó no tener reparo en cuanto a que el Tribunal evalúe la tacha en el laudo, pero advirtió que según los argumentos de la

apoderada de CEC todo declarante sería sospechoso en la medida en que de su declaración puede derivarse responsabilidad.

2.2.2. Contra Ricardo Rodríguez Yee

El 31 de julio de 2013 la apoderada de CEC tachó de sospechoso al testigo Ricardo Rodríguez Yee con base en que según la apoderada, el testigo tiene interés en el proceso en la medida en que el resultado de éste puede generarle responsabilidades.

El apoderado de CEDELCA calificó de improcedente la tacha y manifestó que en su opinión es una eventualidad absolutamente remota el que del Laudo se generen responsabilidades al testigo.

2.2.3. Contra Angela Patricia Rojas

En audiencia realizada el 13 de agosto de 2013, la apoderada de la convocante formuló tacha de sospecha contra la señora Angela Patricia Rojas, con base en los mismos argumentos con los cuales tachó a los testigos Ricardo Rodríguez y Evamaría Uribe, es decir, tener interés en el proceso en la medida en que el resultado de éste les puede generar responsabilidades de diferentes tipos.

El apoderado de CEC manifestó no tener reparo alguno en que el Tribunal estudie la tacha de sospecha, advirtiéndole que la misma es improcedente.

2.2.4. Contra Diego Muñoz

La apoderada de CEC formuló tacha de sospecha contra el testigo Diego Muñoz en la audiencia llevada a cabo el 21 de agosto de 2013 por considerar que existe un conflicto de interés toda vez que el testigo trabajó con las dos empresas enfrentadas en el proceso.

El apoderado de CEDELCA solicitó al Tribunal rechazar la tacha por improcedente dado que no se adujo ninguna de las causales de ley.

2.2.5. Contra Alex Ortiz

En audiencia realizada el 9 de septiembre de 2013 la apoderada de CEC formuló tacha de sospecha contra el señor Alex Ortiz teniendo en cuenta la relación de dependencia con los intereses de la parte demanda. Así mismo manifestó que era evidente la animadversión manifestada por el testigo contra CEC a lo largo de su declaración.

El apoderado de la convocada rechazó la tacha por improcedente.

2.3. Consideraciones del Tribunal frente a las tachas formuladas a los testigos.

De conformidad con la ley, procede el Tribunal a resolver en el Laudo las tachas formuladas a los testigos que rindieron declaración en el transcurso del trámite.

El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

Así también el inciso final del artículo 218 dispone que:

“El Juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

En primer lugar, vale la pena resaltar que no obstante las tachas formuladas, la práctica de los testimonios se llevó a cabo con la intervención de ambos apoderados y del Tribunal, con excepción del caso del testimonio del señor Ricardo Sánchez a quien el apoderado de CEDELCA una vez formulada la tacha decidió no interrogarlo.

Frente a la tacha formulada contra el testigo Ricardo Sánchez con fundamento en los vínculos del testigo con CEC, el Tribunal considera que el hecho escueto y objetivo de que existan vínculos entre los testigos y una de las partes, no hace *per se* que el testimonio sea sospechoso o imparcial, pues la supuesta imparcialidad o falta de credibilidad deben ser demostradas en el proceso, lo cual no sucedió en el presente caso. Lo mismo aplica para la tacha formulada contra el señor Diego Muñoz quien trabajó tanto para CEC como para CEDELCA.

Por otra parte, vale la pena resaltar que el relato de los testigos que tuvieron relación directa con las partes y con los hechos que generaron la controversia, son de gran utilidad para ilustrar al juez sobre el decurso de los hechos que dieron lugar al conflicto, toda vez que ellos conocieron de cerca e hicieron parte directa de la relación desarrollada entre las partes del proceso.

En cuanto a las tachas formuladas contra los testigos Nixon Forero, Evamaría Uribe, Ricardo Rodríguez Yee, Angela Patricia Rojas y Alex Ortiz por supuesto interés en los resultados del proceso, el Tribunal considera que el interés aducido no quedó probado en el trámite arbitral. Por otra parte, tampoco encuentra el Tribunal que el presente fallo pudiese generar responsabilidades directas contra los declarantes.

Analizadas con especial detenimiento las declaraciones de los testigos tachados de sospechosos, tal como lo ordena la ley, el Tribunal encuentra que dichas declaraciones fueron ajustadas a los hechos objeto del proceso, según el entendimiento que cada uno de los declarantes tuvo de su ocurrencia y efectos. Los hechos objeto de la declaración fueron corroborados mediante la práctica de otras pruebas en el trámite, y por lo mismo ninguna duda cabe al Tribunal en cuanto a que los deponentes declararon sobre circunstancias que, o bien les constaban por algún medio o bien fueron participantes en las mismas.

No encuentra el Tribunal prueba alguna de que se haya afectado la credibilidad o imparcialidad de los declarantes por razón de los vínculos con las partes o de supuestos intereses en los resultados del proceso, como lo indica la apoderada de la convocante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no encuentra que las tachas por sospecha contra los señores Ricardo Sánchez, Evamaría Uribe, Ricardo Rodríguez Yee, Angela Patricia Rojas, Diego Muñoz, Alex Ortiz y Nixon Forero deban prosperar y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

3. Otras solicitudes presentadas por CEC frente a los testigos

3.1. Tacha de falsedad contra la testigo Angela Patricia Muñoz

La apoderada de la convocante formuló tacha de falsedad contra la testigo Angela Patricia Rojas en la audiencia realizada el 13 de agosto de 2013 por considerar que la testigo faltó a la verdad en la declaración rendida.

La procedencia y el trámite de las tachas de falsedad están detalladamente reguladas en la ley (arts. 289 a 293 C.P.C.) y del análisis de dichas normas el Tribunal observa que la procedencia de la tacha por falsedad, la establece y regula el legislador para los documentos públicos o privadas que pretendan aducirse como prueba en un proceso; no así para los testimonios rendidos en el trámite que, de conformidad con nuestro ordenamiento procesal, podrán ser objeto de reproche de falsedad en el marco de la responsabilidad penal en que incurre quien falta a la verdad en las declaraciones rendidas ante un Tribunal de Justicia.

Por ello, para el Tribunal, la objeción de la apoderada de la convocante va dirigida a establecer que la testigo faltó a la verdad bajo la gravedad de juramento. Frente a este supuesto, de una parte, no encuentra el tribunal prueba alguna en el plenario que le permita establecer un falso testimonio, razón por la cual se abstendrá de declararlo, tal como lo instruyen la Constitución y la Ley.

En cualquier caso, y con el fin de salvaguardar los derechos de las partes procesales, y la credibilidad de la prueba arrimada a un trámite judicial, como lo es el trámite arbitral, el Tribunal insta a la convocante para que, de contar con las

pruebas que verifiquen la existencia de falsedad en el testimonio que bajo la gravedad del juramento rindiera ante el Tribunal la señora ANGELA PATRICIA ROJAS, así lo denuncie como lo indica la ley frente a la autoridad competente, en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

3.2. Solicitud de compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura frente al testimonio del señor Diego Muñoz

La apoderada de la convocante, en audiencia realizada el 21 de agosto de 2013 solicitó al Tribunal compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura en cuanto considera que el señor Diego Muñoz violó sus deberes como abogado.

Encuentra el Tribunal impertinente la solicitud presentada por CEC, en primer lugar dado que el señor Muñoz fue interrogado en calidad de testigo que conoció los hechos que generaron las controversias entre las partes del proceso y no como abogado, y, por lo mismo, mal pudo faltar a sus deberes profesionales, en su condición de declarante en un proceso en el que depuso sobre su entendimiento de los hechos sobre los cuales fue interrogado por las partes.

De igual manera, el Tribunal insta a la convocante para que, de contar con las pruebas que verifiquen la existencia de faltas a las normas que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado y que impliquen que el señor Muñoz violó los deberes profesionales como abogado de CEC, así lo denuncie como lo indica la ley frente a la autoridad competente, en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

4. Oposición de CEO a la diligencia de exhibición de documentos

El 12 de abril de 2011, el Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos a la contabilidad de CEO. Así mismo decretó la práctica de exhibición por parte de CEO de los siguientes documentos: (i) Contrato de Gestión suscrito entre CEO y CEDELCA, (ii) El plan de inversiones detallado presentado por CEO a CEDELCA en desarrollo del Contrato de Gestión suscrito entre esas dos empresas, (iii) la correspondencia cruzada con: (a) la interventoría designada por CEDELCA para la vigilancia del nuevo Contrato de Gestión; (b) Cedelca; y (c) la SSPD, en relación con la ejecución del nuevo Contrato de Gestión.

El 18 de mayo de 2011, CEO radicó escrito mediante el cual manifestó su oposición frente a la exhibición de la totalidad de su contabilidad, con fundamento en el art. 64 del C.Co. y el inc. 2 del art. 285 del C.P.C.

El 31 de mayo de 2011, CEO envió carta mediante la cual adjuntó copia del Contrato de Gestión celebrado con CEDELCA, el 28 de junio de 2010, así como 4 cartas enviadas al grupo interventor de Cedelca.

El 19 de agosto de 2011, el Tribunal resolvió que la inspección judicial que se llevaría a cabo en CEO, se limitaría a la contabilidad referente a los periodos contables relacionados con el contrato de Gestión suscrito entre CEC y CEDELCA así como los ingresos derivados del periodo en el que CEC actuó como gestor.

El 1 de noviembre de 2011, el Tribunal practicó diligencia de inspección judicial en las instalaciones de CEO, según consta en el Acta No.16. En dicha diligencia CEO aportó documento de fecha 24 de octubre de 2011, el cual da cuenta de la cartera de CEC que recauda CEO. Por otra parte, reiteró la oposición a la exhibición de documentos. Con respecto al Plan de Inversión cuya exhibición solicitó la convocante, el representante de CEO manifestó en la diligencia que se trata de información comercial protegida por la reserva y confidencialidad por contener el programa de la compañía relativo a sus negocios en materia de energía eléctrica en los próximos 4 años y que de conocerse las inversiones de la compañía podrían derivar perjuicios para ésta. Así mismo, sostuvo que el Plan de Inversiones de CEO en el marco del contrato de gestión que esa compañía tiene suscrito con Cedelca y que no guarda relación con el presente proceso arbitral.

En cuanto a la contabilidad, cuya exhibición igualmente solicitó la convocada, CEO aclara que dado que la sociedad se constituyó el 24 de junio de 2010, para los periodos contables relacionados con el contrato de Gestión suscrito entre CEC y CEDELCA no existía contabilidad.

El 29 de febrero de 2012, CEO envió CD con la siguiente información: Acuerdo de pagos vigentes, Cartera CEC (incluye servicios prestados y no facturados), cobros coactivos CEC e Información Comercial.

El 3 de octubre de 2012, CEO envió documento mediante el cual actualizó la información enviada con el oficio del 24 de octubre de 2011, así como documentos relacionados con la cartera. En cuanto al Plan de Inversión reiteró que no lo adjunta por las razones expuestas en la diligencia de exhibición.

El artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *"(...) Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Los terceros no están obligados a exhibir los documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio"*.

Observa el Tribunal que de los documentos solicitados en exhibición a CEO esta empresa no exhibió los documentos relacionados con su contabilidad, ni el Plan

de Inversiones elaborado por esa compañía en desarrollo del Contrato de Gestión que tiene suscrito con Cedelca.

Con respecto a la contabilidad, el Tribunal, en concordancia con el art. 64 del C.Co., mediante auto de fecha 19 de agosto de 2011, limitó la exhibición a la contabilidad referente a los periodos contables relacionados con el contrato de Gestión suscrito entre CEC y CEDELCA así como los ingresos derivados del periodo en el que CEC actuó como gestor, y tal como lo demostrara el representante de CEO en la respectiva diligencia, es claro para el Tribunal que CEO no podía exhibir contabilidad para los periodos establecidos en el decreto de la exhibición, dado que la compañía se constituyó en junio de 2010; es decir, que para los periodos relacionados con el contrato de Gestión suscrito entre CEC y CEDELCA no existía CEO y en consecuencia, obviamente, tampoco su contabilidad.

En lo que respecta a la exhibición del Plan de Inversiones elaborado por CEO para Cedelca en la ejecución del contrato de gestión que tienen suscrito, acoge el Tribunal los argumentos de CEO en cuanto a que dicho Plan no guarda relación con el presente trámite. Considera el Tribunal que el Plan de Inversión presentado por CEC es independiente y relacionado particularmente con el Contrato de Gestión que es objeto de este proceso, y, por lo mismo, ninguna relación guarda – ni debe guardar-, a los efectos de la viabilidad probatoria de su incorporación al presente trámite, con el Plan de Inversiones presentado por CEO. Y ello es así, puesto que cada plan de inversión responde a diferentes relaciones contractuales, reguladas por contratos independientes.

En efecto, para el Tribunal cada uno de los contratos de gestión suscritos por Cedelca, traídos a colación en este capítulo, uno con CEC y otro con CEO, contiene de modo autónomo y específico, su propia regulación, especificidades y características del Plan de Inversión exigido al Gestor. Por ello, mal puede el Tribunal, fundamentar sus conclusiones en el estudio de las pretensiones de las partes y de los hechos que les sirven de causa, en pruebas, documentos o circunstancias producidas u ocurridas en el desarrollo de un contrato distinto al que dio lugar a este proceso.

Por lo demás, encuentra el Tribunal que la relación CEDELCA – CEC es diferente, diversa e independiente de la relación CEDELCA – CEO y que la competencia del Tribunal se circunscribe únicamente a la relación CEC – CEDELCA.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal encuentra causa justificada a la oposición presentada por CEO a la exhibición de su contabilidad, así como del Plan de Inversión que elaborara en desarrollo del Contrato de Gestión que tiene suscrito con Cedelca, y por consiguiente no accederá a las solicitudes formuladas por la apoderada de la convocante encaminadas a obtener de este Tribunal la

imposición de multas o sanciones por una omisión que a juicio del Tribunal, por lo ya expuesto, resulta improcedente.

Adicionalmente, y sin perjuicio de lo anterior, encuentra pertinente el Tribunal advertir que CEDELCA envió copia del plan de inversiones de CEO por lo que dicho documento obra en el expediente.

5. Objeciones a los dictámenes periciales

Previo a los pronunciamientos de fondo sobre la controversia planteada por las partes, el Tribunal decidirá las objeciones que por error grave formuló la parte convocada en contra del dictamen pericial contable y financiero rendido por la doctora **NANCY MANTILLA VALDIVIESO**, así como las objeciones propuestas por la parte convocante en contra del dictamen pericial técnico suscrito por el doctor **EDUARDO AFANADOR** –ambas experticias practicadas en el marco del presente trámite arbitral–, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones.

Atendiendo los términos de los artículos 233 y 237 del C. de P. C., es característico del dictamen pericial que la verificación de los hechos que a través suyo se pretenda demostrar tenga un contenido científico, técnico o artístico, lo cual exige para su práctica la disposición de especiales conocimientos sobre una materia determinada¹. De esta forma, corresponde al perito, personalmente², realizar los análisis y procedimientos investigativos que considere necesarios a efectos de dar respuesta a los interrogantes planteados en el proceso³ y así, de considerarse la “*conducencia y pertinencia*” de sus conclusiones, servir de fundamento para la resolución de la controversia, previa valoración por parte del Juez del material probatorio en su conjunto⁴ bajo los postulados de la “*sana crítica*” -artículo 187, C. de P. C.-.

¹ “[S]e trata de actividad de personas especialmente calificadas por su experiencia o sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos, o, simplemente, para su apreciación e interpretación.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, Diké, Medellín, 1993, pp. 288)

² “En ella [la pericia] se emplea también una persona como instrumento productor de la convicción del Juez. Pero en vez de ser esta persona una de las partes, como en la confesión, es un tercero, y en vez de ser un tercero que conoce o aprecia los datos de modo extraprocesal, es un tercero que los percibe o enjuicia en virtud de un encargo procesal que recibe al efecto.

“Perito es, por lo tanto, la persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación.” (GUASP, Jaime: Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid – España, 1968, pp. 381)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 26 de mayo de 2005, Exp. 27.998, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴ Al respecto, la Sección Tercera ha expuesto: “Si concebimos la conducencia como la capacidad legal que tiene una prueba para demostrar cierto hecho, la encontramos en el examen que pueda realizar el juez entre la ley y el uso de ese medio probatorio sin ninguna dificultad legal que anule el valor probatorio que se procura.

“En cuanto a la pertinencia de la prueba, es de mucha importancia la definición de su objeto al momento de su solicitud, ya que éste requisito constituye el único juicio válido para que el juez considere la procedencia o no del medio probatorio, en atención al artículo 178 del C.P.C., el cual determina que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez

El objeto de la prueba pericial implica o conlleva dos aspectos o condiciones: en primer término, la verificación, percepción e identificación de las circunstancias que requieren del conocimiento especializado del perito en materia científica, técnica o artística, escenarios generalmente ajenos a la sabiduría del fallador, para que, con base en ello, -segunda función- se emita el dictamen pericial que expondrá las conclusiones de su estudio investigativo frente al caso concreto, cuyo objeto se dirige a otorgarle al Juez la claridad y convicción necesarias para resolver la controversia⁵. Se trata entonces de una labor que se compone de una actividad *perceptiva* en principio y *declarativa* al final, pero cimentada siempre en los especiales conocimientos del perito, como tercero ajeno a los resultados del proceso, características que, precisamente, permiten distinguir la peritación de otros medios probatorios.

Ahora, tratándose de la impugnación del dictamen pericial, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico se encargó de establecer diversas alternativas con el objeto de controvertir la prueba pericial. En efecto, el artículo 238 del C. de P. C. dispuso la posibilidad para que, rendido el dictamen, se solicite al perito su aclaración, complementación o adición, erigiéndose ésta como la oportunidad propicia para que, previa orden del juez, el auxiliar de la justicia enmiende o corrija las eventuales inconsistencias o yerros en que pudo incurrir al rendir la experticia.

Así mismo, el precepto establece la posibilidad para que el dictamen pericial sea objetado por error grave, entendiendo por éste, aquél que “... se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él otro sería el resultado del dictamen”⁶.

En efecto, la prosperidad de las objeciones por error grave implica, en primer término, que en su formulación se establezca con precisión el error en que incurrió el perito, pues lo alegado por el objetante circunscribe el estudio que realizará el Juzgador al respecto y, en segundo lugar, considerando el “error” como aquella discordancia con la realidad, como una contrariedad con la verdad⁷, se tiene que éste debe calificarse de “grave”, esto es, de tal magnitud y contradicción con la realidad de los hechos objeto del dictamen y que tenga la entidad suficiente para modificar las conclusiones expuestas por el perito, tal como lo dispone el mismo artículo 238 del C. de P. C., que en su numeral 4º

rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

“Así mismo la utilidad de la prueba se manifiesta en el servicio que preste para la convicción de un hecho que aún no se encuentra demostrado con otro medio probatorio.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 7 de febrero de 2007, Exp. 30.138, C.P. Enrique Gil Botero)

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Ob. Cit. pp. 287 y ss.

⁶ PARRA QUIJANO, JAIRÓ: Manual de Derecho Probatorio, Décima Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2006. Página 638.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de mayo de 1991, Exp. 3577, C.P. Julio César Uribe Acosta.

establece que habrá error grave cuando la reflexión, cálculo u operación que llegue a considerarse equivocada, *“... haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”*. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁸ señaló:

*“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”*⁹ pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, *“...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”* -Negrilla fuera del texto-

Por lo tanto, no es cualquier error o equivocación lo que puede llevar a desestimar un dictamen pericial; sino que, por el contrario, deberá tratarse de un yerro de tal entidad o trascendencia que de constatarse su existencia sea menester la realización de un nuevo peritaje. En resumen, la gravedad del error implica que los efectos de tal equivocación alcancen una entidad especial, suficiente para modificar las conclusiones expuestas en el peritaje, al punto que, de no haberse dado tal yerro, el sentido y las determinaciones del dictamen hubieran diferido ostensiblemente de las presentadas al proceso, pues *“[g]rave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho”*¹⁰.

A contrario sensu, los desacuerdos en las apreciaciones técnicas o divergencias de opinión entre dos o más expertos, no constituyen *per se* un error grave¹¹, como

⁸ Corte Suprema de Justicia, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁹ Cita del original: “Gaceta Judicial, T LII, pág.306.”

¹⁰ ROCHA, Antonio. Citado en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de mayo de 1991, Exp. 3577, C.P. Julio César Uribe Acosta.

¹¹ Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. CODAD, folio 48.

En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de mayo de 1995, Exp. 10.129, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Esta Providencia expone al respecto: *“Por lo demás, también en torno de esta experticia cabe señalar que es al juzgador a quien le corresponde calificar el comportamiento de las partes contratantes, así como el cumplimiento de cada una de sus obligaciones, con base desde luego en la información técnica suministrada por los peritos, la que puede no ser coincidente, sin que ello conduzca indefectiblemente a descalificar una peritación por error grave, entendido éste como aquella equivocación que de no haberse presentado, otro hubiera sido el resultado o el sentido del respectivo dictamen. En realidad, si bien no existen coincidencias exactas entre las apreciaciones técnicas contenidas en las distintas experticias practicadas en este proceso, no encuentra la Sala, de otra parte, contradicciones mayores, suficientemente significativas que permitan darle cabida a la prosperidad de la objeción que por error grave formulara la parte demandante.”*

tampoco lo serán las diferencias en cuanto a las metodologías empleadas, aspectos que hacen parte de la labor judicial de valoración y ponderación del material probatorio, pues entonces el Juez tendrá autonomía para estudiar el dictamen pericial y luego del examen conjunto con las demás pruebas, acogerlo o no acogerlo, sustentando, en todo caso, las razones de su proceder.

De otro lado, se tiene que el simple desacuerdo de las partes respecto al sentido de las conclusiones expuestas en el peritaje, tampoco constituye, por sí sólo, un error grave¹², por ende habrá que distinguir en cada caso los eventos en que el objetante, debido a sus intereses procesales, se opone al dictamen pericial en razón a que las determinaciones allí propuestas no le son convenientes, supuestos en los que será impróspera la objeción, al no estructurarse las condiciones propias del error grave.

Por lo anterior -valga la iteración-, en cabeza de la parte objetante radica la carga procesal de i) precisar el error grave encontrado en el dictamen pericial; ii) aportar o solicitar las pruebas que considere necesarias para demostrarlo y iii) acreditar que el yerro o equívoco fue determinante para la adopción de las conclusiones a que llegó el perito o que de ellas ha emanado el error denunciado.

Efectuadas las anteriores precisiones de orden teórico, el Tribunal procede a resolver cada una de las objeciones por error grave planteadas en contra del dictamen pericial contable y financiero rendido por la doctora **NANCY MANTILLA VALDIVIESO** y en contra de la experticia técnica elaborada por el doctor **EDUARDO AFANADOR**.

5.1. Objeción por error grave formulada por CEDELCA contra el dictamen pericial contable y financiero rendido por la doctora NANCY MANTILLA VALDIVIESO

A través de memorial presentado el veinte (20) de febrero de 2013, el apoderado judicial de la parte convocada objetó por error grave la experticia rendida en el proceso por la doctora **NANCY MANTILLA VALDIVIESO**, aduciendo al respecto los motivos que a continuación se analizan:

5.1.1. “ERROR EN LA ESTIMACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS POR CEC”

Controvierte la objetante en este punto la conclusión expuesta por la perito respecto de la cuantificación de las inversiones realizadas por **CEC** en el marco del contrato de gestión, señalando al respecto que, si bien se concluyó en el

¹² Laudo arbitral de 25 de mayo de 2007, Tribunal de Arbitramento de FERSOFT INFORMÁTICA contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA -BBVA-.

dictamen que las inversiones registradas contablemente ascendían a la suma de \$28.183.083.779, también era cierto que de acuerdo con lo señalado por la misma perito, existían diferencias significativas entre dicho monto y lo que se había registrado por parte de CEC en el Sistema Único de Información –SUI–, en cuya cuenta de inversiones solo se había reportado para junio 30 de 2009 la suma de \$1.765.446.158.

Adicionalmente, indica el objetante que según lo concluido por la perito, “... CEC no incluyó en la declaración de renta del año gravable 2009 el valor de las Inversiones que por \$28.183.083.779 muestra en sus Estados Financieros a septiembre 30 de 2009”.

Con fundamento en las mencionadas “inconsistencias”, aduce la parte convocada que la perito incurrió en un error grave al no tener en cuenta dichas circunstancias para efectos de realizar los cálculos concernientes a las inversiones del gestor, limitándose únicamente a proferir una conclusión sustentada en los estados financieros de CEC.

A fin de resolver la presente causal de objeción es pertinente considerar de entrada el alcance de los interrogantes planteados a la perito respecto de la cuantificación de las inversiones. En este sentido, el Tribunal observa que la parte convocante solicitó a la doctora MANTILLA que determinara “... de acuerdo con las cifras causadas en la contabilidad de CEC, a cuánto ascendió la inversión realizada por CEC a septiembre 30 de 2009”. Por su parte, el apoderado judicial de la convocada solicitó que se estableciera “... el valor de las inversiones realizadas por CEC durante el plazo de ejecución del Contrato de Gestión, de conformidad con la contabilidad de dicha empresa a 9 de septiembre de 2009”.

Según se advierte, ambas partes coincidieron en solicitar a la perito que de conformidad con lo registrado en la contabilidad del gestor, procediera a cuantificar las inversiones realizadas con ocasión del contrato, frente a lo cual se emitió por parte de la Auxiliar de Justicia una respuesta común a los dos interrogantes en los siguientes términos: “De acuerdo con la información contable de CEC con corte a septiembre 30 de 2009, el valor que se encuentra registrado a esa fecha en la cuenta de Inversiones es de [\$28.183.083.779]”.

Esta primera acotación es importante debido a que permite evidenciar que la conclusión expuesta por la perito respecto de las inversiones realizadas por el gestor, es consecuente con lo preguntado por ambas partes, quienes de manera diáfana solicitaron que se cuantificaran las inversiones realizadas por CEC, con fundamento en lo registrado en su contabilidad. Ningún reproche merece, entonces, la respuesta dada en este sentido por la perito, pues la misma se limitó a contestar lo expresamente preguntado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las “inversiones” realizadas por CEC constituye parámetro esencial para liquidar el eventual reconocimiento a que haya lugar de conformidad con lo estipulado por las partes en la cláusula 20.5 del contrato de gestión, es preciso considerar que en sede de aclaraciones y complementaciones, el apoderado judicial de la convocada requirió a la perito para que revisara las inversiones reportadas por CEC en el Sistema Único de Información –SUI–, con corte a 30 de junio de 2009, a fin de establecer si dicha suma coincidía o no con aquella registrada en la contabilidad del gestor para esa misma fecha.

De otra parte, la convocada pidió que se indicara si la declaración de renta de CEC correspondiente al año 2009, reflejaba las inversiones que estaban registradas en sus estados financieros, solicitando con base en esta nueva información que se aclarara el dictamen “... en el sentido de ajustar todos los cálculos en los que haya tenido en cuenta el valor de las inversiones ejecutadas por el gestor al momento de terminación del contrato. En particular, se solicita a la perito aclarar la respuesta ... en relación con la cuantificación del reconocimiento previsto en la Cláusula 20.5 del Contrato de Gestión”.

La perito dio respuesta a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la convocada, señalando al respecto que, primero, tratándose de las inversiones reportadas por CEC en el SUI, para el 30 de junio de 2009, “... se presentan diferencias significativas en las cuentas de inversiones. Al SUI se reportaron por este concepto \$1.765.446.158,00 y lo registrado contablemente es \$15.272.282.290,00 lo que significa que a junio 30 de 2009 no se había hecho la capitalización de gastos causados a esa fecha”.

Y segundo, en cuanto a la declaración de renta del año 2009, encontró que “... CEC no incluyó en la declaración de renta del año gravable 2009, el valor de las inversiones que por \$28.183.083.779,00 muestra en sus Estados Financieros a septiembre 30 de 2009”.

No obstante lo anterior –una vez respondidos los mencionados interrogantes–, la perito determinó que a su juicio no había lugar a realizar ajuste alguno respecto de los cálculos correspondientes a la liquidación del reconocimiento estipulado en la cláusula 20.5, habida cuenta que, “... de acuerdo con los Estados Financieros del Gestor, las Inversiones al momento de terminación del contrato, esto es con corte al 30 de septiembre de 2009, tenían el valor indicado de \$28.183.083.779,22. En este sentido entonces, no es procedente ajustar los cálculos”.

Esta respuesta es la que da lugar a que la objetante alegue la presente causal de error grave, pues considera que la perito incurrió en un equivoco al no realizar los “ajustes” a la liquidación correspondiente a la cláusula 20.5, con base a lo concluido frente al valor registrado por CEC en el SUI y a la conclusión señalada respecto de lo reportado en la declaración de renta de 2009.

Sin embargo, es preciso destacar en este sentido las razones aducidas por la Auxiliar de la Justicia para insistir en el cálculo de la mencionada liquidación con sustento en lo reportado por CEC en su contabilidad y/o en sus estados financieros. Sobre este particular, la perito indicó de manera diáfana en su experticia que la fórmula contemplada en la cláusula 20.5 alude directamente a los Estados Financieros como criterio para realizar la liquidación, de ahí que -en su sentir- no sea procedente efectuar los “ajustes” según lo pedido por la convocada, como quiera que dicha fórmula en ningún momento alude al registro de inversiones en SUI y mucho menos al contenido de la declaración de renta correspondiente.

Adicionalmente, indicó al respecto que, *“... no es competencia de la Perito Financiera ... conceptuar si los costos y gastos incurridos por concepto de Inversiones eran o no por esos conceptos y cuantías, si cumplían con el plan detallado de Inversiones a que hace referencia el pliego de condiciones y el contrato con sus anexos, si las inversiones realmente fueron hechas y su para su establecimiento y capitalización de gastos se cumplieron las normas técnicas y demás disposiciones prescritas por la Comisión de Regulación de energía y Gas – CREG. Este análisis llevaría a consideraciones jurídicas, que por su naturaleza corresponden exclusivamente al Tribunal de Arbitramento y escapan a la competencia del Perito Financiero”*.

Como puede advertirse, la perito señaló con claridad las razones que a su juicio impedían realizar los “ajustes” solicitados por la convocada, de un lado, porque la fórmula contenida en la cláusula 20.5 alude a los Estados Financieros como parámetro para realizar los cálculos correspondientes, sin considerarse para ello la información reportada en el SUI y tampoco lo reportado en la declaración de renta correspondiente y, de otro, porque de llegarse a tener en cuenta conceptos o criterios distintos a los Estados Financieros para realizar la referida liquidación, acarrearía –según ella– juicios de orden jurídico que desbordan su competencia.

Aunado a lo anterior, al dar una lectura integral al dictamen pericial, puede observarse que tampoco era posible realizar los referidos “ajustes” que solicitaba la convocada, primero, en atención a que el análisis y las respectivas conclusiones no podían restringirse a la información reportada por CEC en el SUI a 30 de junio de 2009 –como lo pidió la convocada–, pues el contrato terminó meses después durante los cuales el gestor pudo realizar distintas actividades relacionadas con el objeto del mismo; segundo, debido a que *“... el reporte al SUI es semestral, por tanto no es posible hacer el análisis con corte a septiembre 30 de 2009”*; y tercero, en consideración a lo dicho por la perito quien señaló que la información registrada en el SUI, así como lo reportado por CEC en su declaración de renta del año 2009, no modificaban los Estados Financieros del gestor, de manera que el cálculo de la liquidación correspondiente a la cláusula 20.5 no resultaba alterado por esta especial circunstancia, pues, *“... de acuerdo con los Estados Financieros*

del Gestor, las Inversiones al momento de terminación del contrato, esto es con corte al 30 de septiembre de 2009, tenían el valor indicado de \$28.183.083.779,22, y por ello, al no modificarse dicho valor, no se altera el cálculo descrito”.

Estas consideraciones permiten al Tribunal concluir que en el presente caso no se configura el supuesto error grave alegado por la objetante, pues claramente se observa que la perito no incurrió en una omisión deliberada e infundada que merezca un juicio de reproche. En efecto, puede advertirse de las respuestas dadas por la Auxiliar de la Justicia que su análisis se restringió a revisar los cálculos correspondientes a la liquidación contenida en la cláusula 20.5, dejando claro en cada momento las razones en que se sustentaba para concluir que eran los Estados Financieros de **CEC** el parámetro o criterio determinante para realizar dicha liquidación.

No sobra recordar en todo caso que la perito se encargó, también, de indicar las razones que le sirvieron de sustento para concluir que desde el punto de vista contable y financiero no era posible realizar cálculos o “ajustes” con fundamento en los parámetros indicados por la convocada (reportes al SUI y declaración de renta), pues aunado a la lasitud de los mismos, sus resultados no implicaban la modificación de los Estados Financieros de **CEC**.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará la presente causal de objeción.

5.1.2. “ERROR EN EL CÁLCULO DEL RECONOCIMIENTO PREVISTO EN LA CLÁUSULA 20.5”

Nuevamente la objetante se refiere a la liquidación del reconocimiento contemplado en la cláusula 20.5 del contrato de gestión, señalando al respecto que la perito incurre en error grave al realizar los cálculos correspondientes a dicha cláusula, habida cuenta que, “... *no podía incluir dentro del concepto ‘valor registrado en libros contables en el momento de la terminación anticipada, por inversiones ejecutadas por el Gestor’ la suma correspondiente a las capitalizaciones (\$14.565.256.463,00) pues, si en gracia de discusión dichas sumas pudieran ser consideradas como inversiones, las mismas no estaban registradas contablemente de esa manera a la terminación del contrato de gestión*”.

Según lo expuesto por la objetante, la perito incurrió en error grave al insistir en que las inversiones realizadas por **CEC** a 30 de septiembre de 2009 ascendían a la suma de \$28.183.083.779, perdiendo de vista que —en su sentir— no podía tenerse en cuenta la suma de \$14.565.256.463 correspondiente a “capitalizaciones”, en razón a que esta operación fue realizada y registrada con posterioridad a la terminación de la relación contractual.

Cabe destacar a este respecto lo señalado en el dictamen pericial contable y financiero, en el cual, se concluyó frente a las inversiones de **CEC** que el valor de las mismas, "... durante el plazo de ejecución del Contrato de Gestión registrada en sus libros contables a septiembre 30 de 2009, certificados por su Representante Legal y por el Contador de la Empresa, al igual que dictaminados por el Revisor Fiscal es como ya se dijo de \$28.183.083.779,00 cifra que se mantiene registrada en las mismas cuentas contables de los Estados Financieros".

Como puede advertirse, la referida conclusión emitida por la perito tiene un sustento objetivo, pues se fundamenta en la contabilidad misma del gestor, la cual está debidamente certificada y dictaminada por el Revisor Fiscal, de manera que el hecho de emitir una respuesta con fundamento en los estados financieros de **CEC** no puede considerarse como un error a la luz de lo dispuesto por el artículo 238 del C. de P.C., más aún cuando se trata precisamente de una experticia contable y financiera, cuyo insumo esencial son sin duda los libros contables del gestor.

Ahora bien, tratándose de las denominadas "capitalizaciones" o "capitalización de gastos", que a juicio de la objetante no podían ser tenidas en cuenta por la perito al haberse realizado con posterioridad a la terminación anticipada del contrato, es menester advertir que si bien es cierto que dicha capitalización se llevó a cabo apenas hasta el 13 de abril de 2010, debe considerarse también que desde el punto de vista estrictamente contable, la capitalización se refería precisamente a los gastos causados durante los meses en que estuvo en ejecución el contrato de gestión, esto es, a los gastos fechados entre diciembre de 2008 y septiembre de 2009 que no habían sido registrados en su momento por **CEC**.

Así lo explicó de manera clara la perito contable al indicar respecto de la capitalización de gastos lo siguiente:

"Los registros contables que soportan la capitalización de gastos de nómina, mantenimiento y generales tienen fecha de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2009, conteniendo movimientos para estas cuentas de enero a septiembre de 2009, tal como se evidencia en los comprobantes contables y en el listado, 'Registro de documentos contables por comprobante'. Lo que significa que los estados financieros mensuales que CEC debía tener para cada uno de esos meses, tuvieron que ser modificados debido a la capitalización de gastos." -Se subraya-

Esta disquisición realizada por la perito ofrece claridad en cuanto al alcance y entendimiento contable que debe darse a la "capitalización de gastos", pues si bien es cierto que en el caso concreto la capitalización se llevó a cabo un tiempo después de haberse terminado el contrato de gestión, es pertinente advertir que contablemente habrá que entender que los gastos a que se refiere la respectiva capitalización tuvieron lugar durante el tiempo en que se ejecutó el contrato, esto

es, antes del 30 de septiembre de 2009, solo que los mismos estaban pendientes de ser registrados en los libros del comerciante, registro que legalmente puede efectuarse mediante el procedimiento de la capitalización.

Bajo este entendimiento, queda en evidencia que contablemente existe un sustento objetivo para entender que si bien la capitalización fue posterior a la terminación del contrato, los respectivos gastos que fueron objeto de dicha operación contable se efectuaron y causaron antes del 30 de septiembre de 2009, de ahí que no pueda considerarse como un error, *per se*, el hecho que la perito hubiere concluido que las inversiones realizadas por CEC ascendían a la suma total de \$28.183.083.779, la cual incluye lo correspondiente a los gastos que fueron capitalizados.

Ahora, independiente que no se encuentre configurado el error grave alegado, es pertinente advertir que este Tribunal de Justicia estudiará y definirá el alcance del concepto de “*inversión*” a efectos de resolver la controversia que ha sido sometida a su decisión, para lo cual habrán de efectuarse los análisis jurídicos que sean pertinentes con este objeto, aspecto que –valga la aclaración– no correspondía realizar a la perito.

En los anteriores términos, la presente causal de objeción será negada.

5.1.3. “ERROR EN EL CÁLCULO DE LOS INTERESES MORATORIOS Y DEL COSTO DE OPORTUNIDAD”

Señala la objetante en este numeral que la perito incurre en error grave por dos circunstancias, a saber: primero, debido a que calculó los intereses de mora de manera compuesta, esto es, intereses sobre intereses y, segundo, en consideración a que liquidó los intereses de mora y el costo de oportunidad en periodos para los cuales no era exigible aún la respectiva obligación, de manera que no había lugar a efectuar ningún cálculo en este sentido y mucho menos a proponer un reconocimiento específico a manera de sanción.

Tratándose del primer aspecto que es objeto de reparo por la convocada, referido a la manera en que se liquidaron los intereses de mora, es pertinente considerar que sobre este particular se pronunció la perito al responder los interrogantes 4b y 11b formulados por la convocada, mediante los cuales se solicitó la liquidación de intereses moratorios calculados sobre el valor de la cláusula penal y sobre el reconocimiento de inversiones a que alude la cláusula 20.5, respectivamente.

La perito procedió a realizar los cálculos solicitados por la convocante, ofreciendo una respuesta inicial en el dictamen pericial y efectuando la actualización correspondiente en sede de las aclaraciones y complementaciones. Sin embargo, con ocasión del dictamen pericial de objeciones que fue rendido en el proceso por

la doctora **GLORIA ZADY CORREA PALACIO**, quedó en evidencia que tratándose de la liquidación de los intereses moratorios, la doctora **MANTILLA VALDIVIESO** efectivamente aplicó la fórmula correspondiente al interés compuesto, lo cual llevó a que se presentara una diferencia respecto de la suma que se obtuvo luego de realizar los cálculos a través de la metodología del interés simple.

Efectivamente, la perito **CORREA PALACIO** concluyó sobre este particular que, *"[c]omo se puede apreciar existe la diferencia de \$1.744.494.674, con referencia a los intereses calculados en el dictamen, y están reflejados en la diferencia entre interés simple el interés compuesto"*.

No hay duda en cuanto a la diferencia que resulta de aplicar la fórmula de interés compuesto utilizada por la doctora **MANTILLA VALDIVIESO** y el método del interés simple con fundamento en el cual la perito **CORREA PALACIO** calculó los intereses moratorios. No obstante, si bien es cierto que la perito **MANTILLA VALDIVIESO** utilizó en su experticia la fórmula del interés compuesto, circunstancia que precisamente reprocha la parte convocada mediante la presente causal de objeción, es menester recordar que las diferencias o desacuerdos frente a la metodología utilizada por el perito no pueden servir de sustento para alegar la existencia de un error, más aun cuando se advierte que la perito **MANTILLA VALDIVIESO** efectuó los respectivos análisis y expuso los resultados correspondientes desde el punto de vista contable y financiero, esto es, sin desbordar su competencia mediante la realización de juicios jurídicos en cuanto al método o procedimiento que legalmente fuera procedente.

En este sentido, el Tribunal observa que la perito **MANTILLA VALDIVIESO** aplicó una metodología que desde el punto de vista financiero y contable le permitía calcular los intereses de mora, circunstancia que por sí sola no puede considerarse como un equívoco que dé lugar a objetar su experticia, como quiera que se trata simplemente de la utilización de un método o fórmula particular mediante la cual es posible calcular los intereses de mora. Ahora bien, otra discusión deberá abordarse desde el punto de vista jurídico a efectos de establecer si esta forma de realizar los cálculos es o no legalmente aceptada.

En efecto, pese a existir diferencias en cuanto a la metodología aplicada por la Auxiliar de la Justicia para realizar los cálculos que le fueron solicitados, aspecto que -según se dijo- no es constitutivo de error, corresponderá al Tribunal valorar y ponderar jurídicamente el material probatorio en su conjunto a fin de decidir a la luz de la totalidad de las pruebas si acoge o no el dictamen pericial en lo que tiene que ver con este preciso aspecto, para lo cual habrán de exponerse en todo caso las razones que fundamenten la respectiva decisión.

En el presente numeral la convocada alega una segunda circunstancia constitutiva de error. Se aduce en este sentido que la perito incurre en una supuesta

equivocación al liquidar los intereses de mora y el costo de oportunidad durante periodos en los cuales no era exigible aún la respectiva obligación.

Concretamente, tratándose de los cálculos de la cláusula penal, indica la objetante que la perito liquidó los intereses de mora y el costo de oportunidad desde el momento mismo en que se dio por terminado anticipadamente la relación contractual, perdiendo de vista que la cláusula 13 del contrato de gestión estipula que dicha cláusula solo se pagaría y podría exigirse luego de vencido el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de terminación.

Sin embargo, el Tribunal observa que no es cierto lo aducido por la convocada en este sentido, pues de manera expresa la perito indicó en su experticia que el cálculo de los intereses moratorios y del costo de oportunidad referidos a la cláusula penal se efectuó una vez cumplidos los treinta (30) días hábiles contados a partir de la terminación anticipada del contrato. En palabras de la doctora **MANTILLA VALDIVIESO** se tiene que:

"Los cálculos pertinentes, según lo señalado en el Literal a) anterior y en la respuesta a la pregunta 4 anterior, se establecen a partir del 19 de noviembre de 2009, día posterior a la fecha en la cual se ha debido pagar la Cláusula Penal, pues se toma en cuenta, como ya se señaló, que la fecha de terminación del Contrato de Gestión, que es la fecha en la cual CEDELCA retomó la operación, es el 4 de octubre de 2009, que lleva a que los 30 días hábiles se hubieren cumplido el 18 de noviembre de 2009." -Se subraya-

Como puede advertirse, la liquidación de los intereses de mora y del costo de oportunidad sobre la cláusula penal, se efectuó por parte de la perito luego de pasados treinta (30) días hábiles de terminado el contrato de gestión, de manera que no es cierto lo aducido por la objetante y, por ende, el supuesto error alegado en este sentido no existe.

Ahora bien, tratándose del cálculo de los intereses de mora y del costo de oportunidad frente al reconocimiento a que se refiere la cláusula 20.5, se observa que la perito realizó los cálculos correspondientes a partir del mes cuatro (4) luego de la terminación del contrato de gestión, argumentando al respecto que este correspondía al plazo pactado por las partes para efectuar la liquidación del contrato. Según se ve, la Auxiliar de la Justicia adoptó un parámetro objetivo para efectos de realizar los referidos cálculos, circunstancia que, *per se*, no constituye un equívoco o error a la luz de lo dispuesto por el artículo 238 del C. de P.C., más aun cuando se advierte que será el Tribunal quien establezca en la oportunidad pertinente la fecha a partir de la cual habrá de liquidarse un eventual reconocimiento por concepto de intereses de mora y costo de oportunidad.

Cabe insistir en lo que tiene que ver con la exigibilidad de la obligación, que dicha circunstancia será definida en su momento por el Tribunal, oportunidad para la cual se analizarán las conclusiones expuestas en este sentido por la perito, en conjunto con las demás pruebas del proceso y a la luz de los juicios de orden jurídico a que haya lugar para definir este aspecto en particular.

Así las cosas, considerando las razones expuestas en el presente acápite, el Tribunal negará las causales de objeción formuladas por la convocada en este numeral.

5.1.4. "ERROR AL HACER UNA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO"

Aduce la objetante que la Auxiliar de la Justicia incurrió en un error al efectuar un juicio de orden jurídico que no le correspondía, con base en el cual concluyó que no había lugar a responder una solicitud de aclaración y complementación. Concretamente, se alega que en sede de aclaraciones y complementaciones se solicitó a la perito que calculara la cláusula penal a que se refiere la cláusula 13 del contrato de gestión, teniendo en cuenta para ello únicamente la facturación de los diez (10) meses durante los cuales se ejecutó dicho contrato; sin embargo, la perito determinó que no podía efectuarse el cálculo solicitado por la convocada, debido a que la referida cláusula 13 señalaba expresamente que se trataba de la facturación de los doce (12) meses anteriores a la terminación, sin que pudiera reducirse dicho plazo.

Al respecto, el Tribunal observa que efectivamente la perito señaló en su experticia que se abstenía de contestar la solicitud de la convocada, en atención a que no era posible *"... tomar solo los 10 meses que tuvo el Contrato de Gestión, por cuanto la Cláusula Penal es muy clara en señalar que se deben tomar los 12 meses anteriores"*.

Sobre este particular, es menester advertir que la solicitud de aclaración y complementación que expresa y oportunamente formuló la convocada en este sentido, debió ser respondida por la perito en los estrictos términos en que fue planteada, habida cuenta que la misma fue decretada por el Tribunal y, por ende, tenía que resolverse de conformidad. Es claro, entonces, que esta omisión de la perito merece un juicio de reproche por parte del Tribunal, pues independientemente a su posición o entendimiento en cuanto a lo estipulado en la cláusula 13 del contrato, tenía que darse efectiva respuesta a mencionada la solicitud, la cual no solo fue planteada por la convocada, sino que también fue ordenada por el Tribunal.

No obstante lo anterior, debe considerarse que esta especial circunstancia no es constitutiva de error grave en los términos del artículo 238 del C. de P.C., habida cuenta que ni siquiera hay respuesta por parte de la perito que pueda ser objeto

de valoración a fin de establecer la existencia de una eventual equivocación. Así lo ha señalado incluso la H. Corte Suprema de Justicia, al indicar de manera diáfana que, “... un dictamen deficiente o incompleto, por falta de contestación de todas las preguntas formuladas, de suyo, no comporta un error grave, dando lugar a su complementación o adición, sea a petición de parte, sea de oficio, y en definitiva, a su valoración por el juez, pues, el yerro predicase de la respuesta y no de su omisión”¹³.

Adicionalmente, respecto de la eventual realización de juicios o discernimientos de orden jurídico por parte de la perito, es preciso tener presente que la existencia de los mismos es del todo intrascendente, habida cuenta que es al Tribunal a quien corresponde efectuar dichos análisis u observaciones. En efecto, “... los asuntos estricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de ‘puro derecho’ sobre su alcance o sentido”¹⁴.

De esta forma, pese a que es procedente y pertinente reprochar la omisión de la Auxiliar de la Justicia según se dijo antes, debe concluirse que no hay error grave y, por ende, la presente causal de objeción será negada.

5.1.5. “ERROR EN EL CÁLCULO DEL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE”

En la última causal de objeción, la convocada controvierte los métodos utilizados por la perito para llevar a cabo la liquidación del daño emergente y el lucro cesante. Particularmente, aduce la objetante que: (i) el cálculo del daño emergente se realiza con base en datos históricos, cuando lo correcto es utilizar datos proyectados; (ii) la perito no tiene en cuenta el concepto del valor del dinero en el tiempo para calcular el lucro cesante; y (iii) se incurre en error al contabilizar dos veces el mismo perjuicio, pues –según la convocada– el daño emergente y el lucro cesante cuantifican y compensan el mismo daño, de manera que no hay lugar a distinguirlos.

Vale recordar frente a la presente causal de objeción que tal como se expuso párrafos atrás, las diferencias respecto de la metodología aplicada por el Auxiliar de la Justicia en el respectivo dictamen pericial, no constituyen de manera alguna circunstancia configurativa de error grave. En efecto, destacando los especiales conocimientos del perito, los cuales constituyen la razón misma de su participación en el proceso, debe tenerse en cuenta que no podrá ser objeto de reparo la simple utilización de un respectivo método o de una fórmula en particular para responder los cuestionarios, toda vez que el experto cuenta para ello con libertad para

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2010, Rad. 1999-02191-01.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de ocho (8) de septiembre de 1993, Exp. 3.446.

obtener los resultados correspondientes desde la óptica de su especialidad o campo profesional.

Ahora bien, pese a que este solo argumento es suficiente para negar la presente causal de error, el Tribunal encuentra que tampoco son del todo acertadas las acotaciones hechas por la convocada al formular esta objeción, pues según las conclusiones emitidas por la doctora **CORREA PALACIO** en su dictamen de objeciones, se tiene que: primero, tratándose del cálculo del daño emergente, *“... la metodología aplicada por Valor & Estrategia, avalada por la Dra. Nancy Mantilla, para el cálculo del daño emergente, a través de flujos de caja operacional, financieramente es una metodología aplicable y válida”* -se subraya-.

Segundo, en cuanto al cálculo del lucro cesante y la utilización del concepto del valor del dinero en el tiempo, se indicó en el dictamen de objeciones que, *“... en la metodología aplicada no se incluyó el valor del dinero en el tiempo; pero, cuando se lleva a pesos del mes de junio de 2012, \$57.895.784.525,76, si está tomando en cuenta parcialmente el principio del valor del dinero en el tiempo, porque se está trayendo a pesos del año 2012”* -se subraya-.

Y tercero, la perito **CORREA PALACIO** dejó claro que contrario a lo indicado por la convocada, el daño emergente y el lucro cesante son desde el punto de vista financiero dos perjuicios distintos. Concretamente se dijo sobre este particular que, *“[e]l daño emergente y el lucro cesante si remuneran perjuicios diferentes, el daño emergente corresponde al daño de un bien que existía y que sale del patrimonio con ocasión del daño o perjuicio sufrido. El lucro cesante remunera la ganancia o utilidad que se dejó de percibir con ocasión del daño sufrido, esto es, la utilidad que se esperaba recibir con ocasión de la ejecución de una actividad o servicio”*.

Bajo este entendimiento, será negada la presente causal de objeción formulada por la convocada contra el dictamen pericial contable y financiero.

5.2. Objeción por error grave formulada por CEC contra el dictamen pericial técnico rendido por el doctor EDUARDO AFANADOR

La apoderada judicial de CEC presentó oportunamente un memorial objetando parcialmente por error grave el dictamen pericial técnico rendido en el proceso por el doctor **EDUARDO AFANADOR**. De manera particular, la convocante aduce una precisa causal de objeción en los siguientes términos:

5.2.1. Error al desconocer la decisión de capitalización de gastos adoptada por la Junta Directiva de CEC y aprobada por su Asamblea en pleno

La única causal de objeción formulada por la convocante está referida a las conclusiones expuestas por el perito técnico en materia de inversiones y,

concretamente, a lo relacionado con el alcance y entendimiento dado por el experto a la capitalización de gastos llevada a cabo por parte de **CEC**. En este sentido, la objetante manifiesta que el dictamen adolece de error grave por dos razones específicas, a saber:

De un lado, se aduce que el perito desconoció en sus análisis y conclusiones la autonomía empresarial de **CEC**, pues no tuvo en cuenta que en ejercicio de sus legítimas facultades, el gestor realizó una capitalización y se encargó de establecer en el marco de la misma, cuáles de los gastos se imputarían a la cuenta de “inversiones” y cuáles debían considerarse como gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AOM).

Y de otra parte, la convocante repara el método aplicado por el perito para establecer cuáles de los gastos correspondían efectivamente a “inversiones” y cuáles eran gastos de AOM, pues –a su juicio–, el doctor **AFANADOR** utilizó para ello criterios subjetivos y del todo contrarios a la normatividad vigente en la materia, cuya aplicación significó el desconocimiento de importantes rubros de inversión que efectivamente realizó **CEC**, los cuales fueron considerados equivocadamente por el experto como gastos de AOM.

Sobre el particular se indica en el escrito de objeción que, “... resulta a todas luces evidente que la CREG no establece qué es AOM y qué es inversión, de lo que se desprende que el supuesto “criterio” utilizado por el perito Afanador en sus análisis no pasa de ser una consideración subjetiva que lo hace incurrir en un error grave al hacer afirmaciones sin el sustento debido. (...) Se concluye entonces que el perito incurre en error grave que afecta gravemente las conclusiones a las que éste llega en el Dictamen Pericial, al hacer su análisis de las sumas de gastos capitalizables imputables a inversión bajo la errada premisa de que existen porcentajes fijos de lo destinado a AOM y a Inversión, desconociendo por completo la autonomía que tiene la empresa prestadora de servicios públicos en este aspecto. Es así como con sus consideraciones el perito incluso desconoce las características de un contrato de gestión” -se subraya-.

Entendiendo la causal de objeción formulada en estos términos por la parte convocante, el Tribunal encuentra que a través de la misma se controvierten las conclusiones expuestas por el perito en materia de inversiones, señalándose al respecto la desavenencia en cuanto al método utilizado por el auxiliar de la justicia para discriminar las distintas erogaciones hechas por parte de **CEC** en el marco del contrato de gestión, entre “inversiones” y gastos de AOM. Para la objetante –valga la reiteración–, el experto utilizó criterios subjetivos y arbitrarios que implicaron la exclusión de inversiones efectivamente realizadas por el gestor, lo que a la postre significó el desconocimiento de la autonomía empresarial de **CEC**, pues el doctor **AFANADOR** le restó pleno valor a la capitalización de gastos que se realizó con el fin de imputar las erogaciones ejecutadas durante el contrato a la cuenta de “inversiones”.

Es evidente que el reproche que hace la convocante frente al dictamen pericial técnico está dirigido a controvertir los resultados atinentes a la cuantificación de las “inversiones”, respecto de lo cual manifiesta que el auxiliar de la justicia supuestamente se equivocó al no incluir erogaciones económicas que también constituían “inversiones” y, por ende, no podían considerarse como gastos de AOM en los términos en que lo hizo el experto técnico.

Bajo esta perspectiva, el Tribunal encuentra que los motivos argüidos por la objetante en la presente causal no pueden considerarse de manera alguna como constitutivos de error grave, habida cuenta que simplemente apuntan a poner en tela de juicio la confiabilidad del dictamen mismo y, concretamente, de la conclusión a la que arribó el perito al discriminar y cuantificar las “inversiones” ejecutadas por el gestor en el marco del contrato. En efecto, se advierte que el sustento de la objeción corresponde a la simple discordancia de criterios o parámetros manifestados por la convocante y por el perito para definir las erogaciones que corresponden a “inversiones” en el marco del contrato de gestión, lo cual, per se, no constituye una equivocación y, por ende, no puede considerarse como un error grave a la luz de lo dispuesto por el artículo 238 del C. de P.C.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado con claridad que motivos como los que aduce la objetante en el presente caso, “... *no comportan la comisión de errores de la intensidad atrás advertida, **pues los argumentos en que se edificaron no están dirigidos a establecer que hubo equivocación en cuanto al objeto examinado o que él o la realidad se desfiguraron, sino que sugieren que las conclusiones incorporadas en el respectivo dictamen son endeble, por carecer de suficiente sustento, y que, por lo mismo, no pueden ser tenidas en cuenta para la definición del litigio***”¹⁵ -destaca el Tribunal-.

Como puede advertirse, la simple discordancia o desacuerdo frente a las conclusiones expuestas en el dictamen pericial o a los métodos o fórmulas utilizadas por el experto para llegar a las mismas, no constituye un equívoco y mucho menos puede considerarse como un error grave, como quiera que, “... *los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, **la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por ser susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción***”¹⁶.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará la causal de objeción grave formulada por la convocante en contra del dictamen pericial técnico.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de agosto de 2011, Rad. 1992-01525-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2012, Rad. 1999-02191-01, M.P. William Namén Vargas.

No obstante lo anterior, pese a que está evidenciado que los argumentos o motivos expuestos por la convocante para sustentar su objeción no engendran error grave por tratarse simplemente de desacuerdos o discordancias frente a las conclusiones expuestas en el dictamen y a la metodología o los criterios aplicados por el experto, es preciso advertir que de acuerdo con las conclusiones expuestas en el dictamen de objeciones rendido en el proceso por el doctor **ABRAHAM KORMAN K.**, es limitada la libertad empresarial a que se refiere la objetante para definir cuáles son las inversiones y los gastos de AOM, de manera que dicha circunstancia no puede quedar al libre albedrío del empresario, sino que habrán de atenderse distintos criterios al respecto.

Concretamente, señala el perito **KORMAN K.**, que “... *CEC podía imputar los costos, gastos e inversión, con las limitaciones señaladas. Esto es: Los principio de contabilidad, el PUC sectorial, la Ley eléctrica y de servicios públicos, la regulación, el SUI y las normas contables especiales, y el contrato de gestión; por lo que el perito considera que se trata de una autonomía limitada en este marco*” - subraya el Tribunal-.

Lo anterior adquiere importancia en atención a que, si bien es cierto que el empresario tiene autonomía para imputar sus egresos a las cuentas de inversiones o gastos de AOM -como lo aduce la objetante-, no puede perderse de vista que dicha autonomía tiene restricciones, las cuales, precisamente, están contempladas en distintas normas aplicables a los prestadores de servicios públicos, así como en el contrato mismo. De ahí que el perito **KORMAN K.** señale al respecto que el perito **AFANADOR** “... *buscó establecer referencias objetivas para establecer su respuesta*”, habida cuenta que arguyó como sustento de sus respuestas el clausulado contractual, el Plan de Inversiones Detallado –PID– y la regulación proferida por la CREG.

Vale destacar en todo caso que, tratándose de la cuantificación de las “inversiones” efectuadas por **CEC** en el marco del contrato de gestión, reposan en el expediente distintos medios de prueba que se refieren a este preciso aspecto, de manera que será tarea del Tribunal analizar las mismas en conjunto a efectos de tomar las determinaciones correspondientes. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado con claridad que, “... *si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso*”¹⁷.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de septiembre de 2010, Exp. 010301.

En los anteriores términos quedan resueltas las objeciones por error grave propuestas por las partes, reiterando que ninguna de ellas tiene vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.

El Tribunal analizará puntualmente los hechos acaecidos durante el desarrollo del Contrato de Gestión -de cuya terminación anticipada surgió la controversia que tiene enfrentadas a las partes en este Tribunal-, y que los contratantes 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 a este Tribunal.

Este análisis adquiere relevancia, toda vez que del hecho mismo de la terminación anticipada del contrato, declarada por la entidad contratante, surge el conflicto sometido por las partes a la solución judicial.

Más adelante en este Laudo, el Tribunal emprenderá el estudio de todas y cada una de las imputaciones de incumplimiento que las partes se endilgan mutuamente, ciñéndose estrictamente a las estipulaciones contractuales, siendo, como en efecto lo observa el Tribunal, que en el texto del contrato los cocontrantes regularon, de modo preciso, las causas, la procedencia, el procedimiento y efectos de la terminación unilateral y anticipada del contrato por uno cualquiera de ellos, y unas 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.

A los efectos descritos, deberá el Tribunal, en primer término, definir el marco jurídico de la contratación, con el fin de establecer el régimen legal de las obligaciones asumidas y los límites que la misma ley impone a los derechos y deberes surgidos del vínculo contractual.

Al propósito de ubicar en el régimen jurídico adecuado, las pretensiones formuladas por las partes en este trámite, considera relevante el Tribunal, en una primera instancia, pronunciarse sobre el régimen jurídico del Contrato de Gestión que dio lugar a las diferencias sometidas al conocimiento del Tribunal, con el fin de determinar el alcance de las obligaciones asumidas por las partes en el pacto contractual, así como los efectos de las circunstancias ocurridas que fueron determinantes de la decisión adoptada por CEDELCA de terminar anticipadamente el Contrato. En ese contexto, estudiará el Tribunal la procedencia

de las pretensiones de las partes y adoptará las definiciones que concluyan el proceso.

Régimen Jurídico del Contrato de Gestión

Obra en el expediente copia del ***“Contrato para la Gestión, ampliación, 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”***, suscrito el 7 de octubre de 2008 entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. – CEDELCA S.A. E.S.P. y Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., cuya terminación anticipada dio lugar a las controversias surgidas entre las partes y que define el Tribunal en este Laudo.

De conformidad con lo establecido en la cláusula 30 del Contrato de Gestión, el régimen jurídico de su ejecución será *“La ley de la República de Colombia y especialmente las leyes 142 y 143 de 1994”*, así como toda la regulación del sector eléctrico, en el que se ubican las empresas de servicios públicos domiciliarios que ostentan la condición de partes procesales en este trámite arbitral.

Teniendo en cuenta la fecha de suscripción del Convenio y la naturaleza jurídica de las partes contratantes, a los efectos del establecimiento del régimen jurídico del Contrato de Gestión, determinación que gobernará el marco jurídico-normativo de las decisiones del Tribunal, así como el régimen que gobierna –o debió gobernar- el cumplimiento de las obligaciones mutuamente asumidas por las partes en el negocio jurídico en mención, considera el Tribunal:

En atención a lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. De esta manera, y siguiendo en ello la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia¹⁸, es claro para el Tribunal, fuera de toda duda o controversia, que *“la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen”*, debe aplicarse en el presente caso como postulado de interpretación del alcance y contenido de las obligaciones asumidas por las partes en el Contrato de Gestión y cuyo incumplimiento mutuamente se endilgan.

El Contrato de Gestión que ocupa la atención de este Tribunal, fue suscrito el 7 de octubre de 2008. Del objeto del contrato y de la naturaleza jurídica de los cocontratantes, es claro que uno y otros se ubican en la ejecución y el desarrollo

¹⁸ Sala Plena, Cas. Civil, mayo 9 de 1938.

de la actividad propia de su objeto en el sector de servicio denominado, al tenor de la Ley que lo gobierna¹⁹, *"sector energético o sector eléctrico"*.

Para la época de la celebración del Contrato de Gestión, habían entrado en vigencia, sin duda, las leyes 142 y 143 de 1994, y de su normativa y marco regulatorio y reglamentario se desprende la naturaleza y particularidades del tipo contractual del Convenio y el régimen jurídico de las prestaciones asumidas por las partes, así como el modo en el que debía darse cumplimiento a sus mutuos compromisos, expresamente consignados en el documento en el que se contiene el negocio jurídico celebrado y aquellos derivados precisamente de la naturaleza del mismo y las implicaciones que, en el entorno de su ejecución, tuvo el hecho de que su objeto se tipificara como la prestación de un servicio público esencial por agentes económicos que interactúan en el sector energético.

Es por ello, que considera necesario el Tribunal en este punto, al propósito del establecimiento del régimen jurídico del contrato, determinar el del sector de servicios en el que se ubica la Empresa contratante en atención a su objeto.

Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios

La modernización del Estado exige un régimen de contratación ágil y eficaz que permita el desarrollo de los servicios públicos a su cargo, en un contexto empresarial que asegure su eficiencia. Fue este el mandato proferido por la Asamblea Constituyente de 1991 y ha sido éste el concepto plasmado en la regulación legal que le dio cumplimiento. Así, el Congreso Nacional expidió las leyes 142 y 143 de 1994 que determinaron, respectivamente, el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en general y del servicio de energía eléctrica en particular, en un contexto de libertad y competencia.

Es la libertad de empresa la premisa fundamental en la prestación de los servicios públicos, entendida en su acepción constitucional del libre ejercicio de las actividades lícitas, tal como la concibió el artículo 333 constitucional²⁰.

¹⁹ Ley 143 de 1994 *"por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética."*

²⁰ *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley."*

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades."

"La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial."

"El Estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará abusos con personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional."

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

Participa la norma transcrita del concepto constitucional de interés público que informa la noción de *"orden público económico"*, cuya estructuración es competencia privativa del legislador, en tanto apunta a garantizar el libre ejercicio de los derechos económicos fundamentales y la restricción de los mismos, cuando el interés público así lo determine. En tanto interés público, este concepto escapa a la facultad de disposición propia de los derechos de contenido patrimonial, y su observancia no será derogable *"por convenios particulares"* (artículo 16 del código Civil).

- **La ley 142 de 1994: Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios.**

En materia de servicios públicos domiciliarios la ley 142 de 1994, concretó el principio constitucional antes referido.

En el caso que nos ocupa, las actividades que constituyen los servicios públicos domiciliarios, tienen hoy, en la ley 142 de 1994, tratamiento jurídico de actividades comerciales, y su ejercicio se rige por el derecho privado. De esta forma, el legislador de 1994, dispuso que su normativa, en relación con los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, *"se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos"*, dispone el artículo 30; y el régimen jurídico de los contratos y de los actos de las empresas será el establecido por la ley para los contratos celebrados entre particulares (artículos 31 y 32), salvo en lo relativo al ejercicio de las potestades exorbitantes o excepcionales que, por autorización o disposición de las Comisiones de Regulación se incluyan en los contratos y de los actos administrativos que profieran las empresas en virtud de las facultades conferidas por la ley (artículo 33).

- **La ley 143 de 1994: Ley Eléctrica.**

En forma simultánea con la ley de servicios públicos -Ley 142/94-, el Congreso Nacional expidió la Ley 143 de 1994, denominada *"ley eléctrica"*, que, en tanto ley especial, regula preferente y prevalentemente las actividades propias del sector energético²¹.

El objetivo legal del Estatuto, es el establecimiento del *"régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad"*, genéricamente denominadas "actividades del sector" energético - artículo 10.-, y tipificadas por ella como *"servicios públicos de carácter esencial, obligatorio, solidario y de utilidad pública"*, y en consecuencia *"destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente"*.

²¹ "Código Civil, artículo 10. (Sustituido por el artículo 5 de la ley 57 de 1887): (...) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

El servicio público de energía eléctrica, se ubica en la categoría de **“servicio público esencial”**, por voluntad del Constituyente que confirma el Legislador, y lo define el Estatuto especial que regula su prestación - Ley 143 de 1994 -, como *“el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición”*. Pareciera, en principio, referirse la ley únicamente a las actividades de transmisión y distribución del proceso comprendido entre la generación de energía y la recepción del servicio por el usuario final. Sin embargo, por la asimilación que hace la ley a la definición de servicio público de todas las actividades complementarias que intervienen en su prestación, **la distribución y comercialización de energía** constituyen igualmente **“un servicio público domiciliario”²²**, y por lo mismo, **“un servicio público esencial.”**

El régimen jurídico de actos y contratos de las empresas prestadoras del servicio público de energía, en todas sus acepciones, adoptado por el legislador es el de derecho privado. Así lo dispone el artículo 8o. de la ley 143 de 1994 con la misma salvedad que en relación con las potestades excepcionales estableció la ley 142/94. Dice el parágrafo de la norma mencionada:

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

No es un hecho nuevo el que las empresas estatales -industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta²³- se sujeten en el desarrollo de su actividad contractual al derecho privado, salvo en los casos en que expresamente la ley les imponga el sometimiento de sus actos y contratos al régimen de derecho público. Estos eventos los describe la ley como aquellos que lleven implícito el ejercicio de una función administrativa y dentro de ellos **NO** se encontraba, ni se encuentra, el relacionado con el ejercicio de poderes exorbitantes en contratos clasificados como de derecho privado.²⁴

²² El servicio público domiciliario de energía eléctrica fue definido por el artículo 14, numeral 14.25 de la ley 142 de 1994 como “el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

²³ El artículo 17 de la ley 142 de 1994 define las empresas de servicios públicos como “sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley”. Y el artículo 14 de la misma ley define las empresas de servicios públicos oficiales como “aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes; y son empresas de servicios públicos mixtas, “aquellas en cuyos capitales la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

²⁴ Los artículos 34 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 254 del Decreto Ley 222 de 1983 indicaban que los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se someterían a las normas del Derecho Privado y sus requisitos y cláusulas serían las previstas para los contratos celebrados entre particulares.

Es así como, en materia contractual y por la misma naturaleza de la actividad que desarrollan, por regla general los contratos de las empresas cuyo objeto sea la prestación del servicio público de energía eléctrica, en los términos definidos por las leyes 142 y 143 de 1994, son típicos de **DERECHO PRIVADO**.²⁵

Sobre este particular, y para abundar en los fundamentos de la remisión legislativa al derecho privado como régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicio público, y entre ellas, las prestadoras del servicio público de energía eléctrica, muchos han sido los pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos del país.

En cuanto hace particularmente al régimen jurídico de los contratos del sector energético, gobernados por las prescripciones de la Ley 143 de 1994, el Consejo de Estado, en pacífica jurisprudencia, ha dejado establecido²⁶:

b) Las empresas de servicios públicos y su régimen jurídico.

Como se infiere de lo expuesto, si bien la ley 80 creó una categoría contractual única (el contrato estatal), en la práctica reguló dos especies o tipos contractuales bien diferenciados. De un lado, los contratos estatales propiamente dichos regidos en un todo por la citada ley; y de otro, los especiales regulados en los arts 32, parg 1º, 34, 35 y 76, con su régimen propio.

Pero no obstante esto, el legislador ha venido creando con posterioridad otros regímenes especiales por fuera del esquema general trazado por el citado estatuto, tal como puede observarse con el aplicable a las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la ley 143 de 1994, según el parágrafo de su art 8º; que precisa que el régimen de contratación aplicable a las mismas será de derecho privado, pudiendo la Comisión de Regulación de Energía y Gas hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en algunos contratos que celebren tales entidades; indicando igualmente que lo relativo a estas cláusulas se sujetará al estatuto general de contratación. Ley 143 que, además, regula en sus arts 55 y ss el contrato de concesión que pueden celebrar los entes territoriales con personas jurídicas privadas, públicas o mixtas para que asuman en

²⁵ Adquiere relevancia este concepto, si consideramos que de conformidad con el artículo 17 de la ley 142/94, las empresas de servicios públicos serán sociedades por acciones, salvo el caso previsto en el parágrafo 1 de la misma norma que autoriza a las entidades estatales descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional "cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones", adoptar o mantener, según el caso, la forma jurídica de empresas industriales y comerciales del Estado.

²⁶ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, C.P.: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Sentencia del 23 de septiembre de 1997. REF: EXPEDIENTE No. S - 701 - CONTRACTUAL.

forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad; contrato estatal cuyos conflictos deberán dirimirse ante la jurisdicción administrativa.

"(...).

- a) *El art. 32 ("régimen de derecho privado para los actos de las empresas") consagra directamente, sin las sinuosidades del art. 31, el derecho privado como el apropiado exclusivamente para la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, pero olvida que con esa advertencia entra en contradicción con otros principios de la misma ley que muestran un régimen jurídico diferente con predominio del derecho público, aplicable a ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos administrativos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación dictados por dichas empresas.*
- b) *El art. 39 trae una lista de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos; y salvo el de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para el acceso al espectro electromagnético, que se rigen por el derecho público, todos los demás se gobiernan por el derecho privado, según la estipulación prevista en el parágrafo de dicho artículo; o sea los contratos enunciados en los arts 39.2, 39.3, 39.4 y 39.5.*

"(...).

En este orden de ideas, se anota:

1 - . Que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (art 32), salvo los enunciados en el antecitado inc 1º del art 154, que serán materialmente actos administrativos, susceptibles de los recursos de reposición ante la persona o entidad que los dicte (sea pública o privada) y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la cual, para estos efectos, tal como lo señaló también la Corte Constitucional, es superior jerárquico desde el punto de vista funcional, que no orgánico, de todas las empresas, así sean éstas privadas o particulares.

(...).

2 - . Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts 128 y ss de la ley

142, están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción ordinaria. Que, en cambio, el de servicios públicos mencionado, que crea entre las partes una relación de derecho público (contrato empresa - usuario para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutados, telefonía móvil rural y distribución de gas - art. 14.21), está sujeto reglamentariamente, en principio, a la ley 142 y a otras normas de derecho público, además de estar sometido al derecho privado, ya que presentan un doble régimen o, mejor, un régimen mixto o especial. De un lado, la parte contractual propiamente dicha regida, en principio, por las reglas de la contratación privada; y de otro, la parte reglamentaria de derecho público, impuesta por la ley y los reglamentos del servicio, de obligatorio acatamiento. Régimen especial que muestra, como sucede con los contratos estatales, que los aludidos contratos tampoco pueden confundirse o asimilarse con el contrato privado, en el cual rigen con todo su rigor los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y la libre discusión de sus derechos y obligaciones, que aparecen seriamente atenuados en aquéllos.

En el mismo fallo la Corte Constitucional sostiene:

"En la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tiene fundamentalmente una base contractual. El contrato, "uniforme, consensual en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados", se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil (art 128, inciso 1 y 132, inciso 1). Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante.

"(...).

En conclusión:

- a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1º). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Y en sede arbitral, importantes pronunciamientos, también han reconocido el carácter privado del régimen de la contratación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. En el laudo que puso fin a las controversias surgidas entre HIDROMIEL S.A. E.S.P. y el CONSORCIO MIEL, sentenció el Tribunal:

“Ahora bien, el artículo 31 de la Ley 142 señaló que los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que ella se refiere, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se rigen por lo que ella dispone y por lo prescrito en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicho parágrafo exceptúa determinados contratos de la regla general prevista en el primer inciso de ese mismo artículo -según la cual los que celebran las entidades estatales son contratos estatales-, y señala, en consecuencia, que dichos contratos no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Además, en relación específicamente con las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de esa misma Ley 142 estableció, en sentido análogo y aún más perentoriamente, que todos sus actos “se regirán exclusivamente por las normas del derecho privado”.

“Por su parte, la Ley 143 estableció que los contratos relacionados con la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de

electricidad, que celebren las sociedades por acciones en cuyo capital tengan participación las entidades estatales, cualquiera que sea la proporción de dicha participación, se rigen por las normas del derecho privado.

"El clarísimo sentido de estas normas no deja lugar a la menor duda acerca de que el propósito que las inspiró fue precisamente el de extraer del ámbito de las reglas que gobiernan los contratos estatales a aquellos que se celebraran en materia de servicios públicos domiciliarios y de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica. Así, estos contratos no se gobiernan entonces por el régimen mixto –parcialmente público y parcialmente privado– que de modo general señala el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, sino exclusivamente por los principios y normas a las que aluden las leyes 142 y 143 de 1994 y fundamentalmente por los principios de derecho común sobre contratación.

"(...).

"Así las cosas, si bien es verdad que, en razón de su indudable vinculación a la administración pública y del tipo de objeto que ella desarrolla, las actividades de Hidromiel S.A. deben guiarse siempre por los principios constitucionales y legales propios de esa condición y de esas funciones, según también quedó mencionado, ello en modo alguno permite concluir que el régimen contractual de Hidromiel S.A. es el establecido en la Ley 80 de 1993; ni siquiera en parte.

"En primer lugar, porque la rotundidad de las normas especiales atrás citadas simplemente no permite una tal interpretación, cuando establecen que los contratos que celebre una sociedad del tipo de Hidromiel S.A. para el cumplimiento de sus objetivos no se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1983, sino principalmente por las normas del derecho privado. Y en segundo término, porque así mismo se vio cómo una cosa son los principios que el ordenamiento jurídico consagra de modo general como postulados fundamentales de conducta para todo ente público o para todo titular de una función administrativa –los cuales por lo demás están por encima de la condición de regirse por el derecho público o de derecho privado–, y otra muy distinta los principios concretos que las normas jurídicas consagran como regla imperativa e inmediata de conducta para gobernar un determinado campo de la acción estatal –ellos sí propios del derecho público–.

"(...).

En este contexto normativo y doctrinario, entra el Tribunal a establecer la naturaleza jurídica del Contrato de Gestión que dio inicio a este trámite, determinando las especificidades que le son propias, con el fin de definir el ámbito jurídico de las pretensiones formuladas por las partes.

El Contrato de Gestión: La Regulación de la Tipología Contractual

Dada la nominación del Contrato “de Gestión” que dio inicio a este trámite, y considerando que la misma tiene contenido y definición legal, conviene precisar como punto de partida el concepto de **gestión**, puesto que será éste el que determinará, en últimas, la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, y consecuentemente, el régimen jurídico de las obligaciones pactadas.

Para tal efecto resulta necesario partir de lo establecido por el artículo 28 del Código Civil, el cual señala que:

“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Dado que en este caso la ley no definió lo que para efectos de la Ley 142 de 1994, habría de entenderse por la actividad nominada “**gestión**”, se deberá acudir entonces al sentido natural o corriente de tal expresión, para lo cual el Tribunal se atiene a la definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, según la cual por “**gestión**” habrá de entenderse “**acción y efecto de gestionar**”, de acuerdo con su primera acepción. En cuanto a la expresión “**gestionar**”, este mismo diccionario establece como su significado la acción de realizar “...**diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera**”.

Así las cosas, podrá afirmarse entonces que el objeto del mencionado Contrato de Gestión que ocupa a este Tribunal, en términos generales, tenía por finalidad encomendar a un tercero la realización de ciertas actividades o **diligencias** comerciales propias y necesarias para lograr que la prestación del servicio público domiciliario de distribución y comercialización de energía eléctrica a cargo de CEDELCA, pudiera hacerse de una manera más eficiente y eficaz. De ello dan cuenta, además del objeto mismo del convenio, los antecedentes de la contratación, como más adelante se explica por el Tribunal al estudiar la “causa del negocio jurídico”.

Si esto es así, entiende el Tribunal que la naturaleza jurídica del contrato en mención corresponde a la del tipo “**contrato especial**” previsto en el capítulo II, “**Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos**”, de la Ley 142 de 1994, que prevé y define este tipo de contratación “especial”, en los siguientes términos:

*“Artículo 39. Contratos Especiales. Para efectos de la **gestión de los servicios públicos** se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes **contratos especiales**:*

“(…)

*“39.3. **Contratos de las entidades oficiales** para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o **para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos**; o para permitir que uno o mas usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o mas usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.*

“(…)”.

En efecto, se trata en este caso de un contrato de una entidad de naturaleza pública –sociedad de economía mixta -CEDELCA- que se celebró con el fin específico de encomendar a un tercero -el contratista/gestor- la ejecución de algunas de las actividades que la Empresa ha realizado para prestar el servicio público de energía eléctrica, con el fin de optimizar su *gestión*.

Normatividad Aplicable

Establecida la tipicidad de “*contrato especial*” que en la ley encuentra el Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC, procede el Tribunal a armonizar la normativa particular que le es propia, con la general derivada de su categoría y ubicación en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en los términos antes descritos.

De esta manera, encuentra el Tribunal que el Convenio se sujeta, de modo general a lo dispuesto por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y en especial, el parágrafo del artículo 39 de la misma norma.

Disponen las dos primeras normas citadas:

- Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001:

“Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Parágrafo. *Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.*

- Artículo 32 de la Ley 142 de 1994:

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

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

“Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”.

Hasta este punto, la sola lectura de las anteriores normas indicaría que el régimen jurídico del contrato de gestión que ocupa la atención del Tribunal,—“*contrato especial*” previsto en el numeral 39.3 del art. 39 de la Ley 142 de 1994— es pura y llanamente el derecho privado.

Tal afirmación estaría claramente de acuerdo con lo que hasta antes de la expedición de la Ley 689 de 2001, disponía el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, el cual señalaba:

“Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1., 39.2. y 39.3., no podrán ser cedidos a ningún título ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

“Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”.

Por otra parte, esta interpretación coincidiría igualmente con lo expresado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre de 1997²⁷ en los siguientes términos:

“(…) “El art. 39 trae una lista de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos; y salvo el de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para el acceso al espectro electromagnético, que se rigen por el derecho público, todos los demás se gobiernan por el derecho privado, según la estipulación prevista en el parágrafo de dicho artículo; o sea los contratos enunciados en los arts 39.2, 39.3, 39.4 y 39.5.
“(…)”

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 23 de septiembre de 1997, Expediente No. S -701- Contractual, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

“En conclusión: (...) e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa. (Destaca el Tribunal).

Sin embargo, la Ley 689 de 2001, introdujo una modificación al párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 que, bajo una lectura desprevenida, parecería alterar tal conclusión.

Dispuso el artículo 4º de la Ley 689 mencionada lo siguiente:

“Artículo 4º. El párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, quedará así:

‘Parágrafo. Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado.

‘Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

‘Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría’ ”.

Si se compara la redacción del mencionado párrafo antes de la modificación introducida por la Ley 689 de 2001 con la redacción con que quedó el mismo tras la expedición de dicha ley, se podrá concluir que la modificación consistiría en excluir de la aplicación del derecho privado no sólo los contratos de que trata el numeral 39.1. de la Ley 142 de 1994 –contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para el acceso al espectro electromagnético-, sino también los contratos de que trata “el parágrafo del artículo 39”.

Ahora bien, si nos atuviéramos exclusivamente a lo literalmente expresado por el citado párrafo, se podría concluir que al referirse éste en estricto sentido a “los contratos de que tratan (...) el numeral 39.1 de la presente ley” (inciso 1º), a “Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3” (inciso 2º) y a “los contratos a que este capítulo se refiere” (inciso 3º), ninguno de los contratos especiales previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 sería regulado por las normas del derecho privado.

Considera el Tribunal que tal conclusión parece a todas luces inapropiada, máxime si la norma misma, tras la modificación introducida por la Ley 689 de 2001, supone un contrasentido, en la medida que:

- Si se asumiera que, dado que el párrafo del artículo 39 se refiere en últimas a todos los “*contratos especiales*” regulados en la Ley 142 de 1994, puesto que en sus tres incisos se hace referencia a “*los contratos de que tratan (...) el numeral 39.1 de la presente ley*” (inciso 1º), a “*Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3*” (inciso 2º) y a “*los contratos a que este capítulo se refiere*” (inciso 3º), habría que concluir que todos los contratos especiales previstos en dicha ley quedarían excluidos de la regulación del derecho privado.
- No obstante, una conclusión de este tipo resultaría abiertamente contradictoria no sólo con lo establecido en los artículos 31 y 32 de la misma Ley 142 de 1994, sino sobre todo, con lo previsto como regla general en la parte final del inciso 1º del mismo párrafo, vale decir, la aplicación del derecho privado a los contratos especiales previstos en el artículo 39.

En efecto, tal interpretación necesariamente llevaría a deducir que el inciso 1º del citado párrafo resultaría ineficaz, puesto que, por sustracción de materia, la regla general que se pretendió establecer en el mismo nunca podría ser aplicada.

Así las cosas, para establecer la normatividad a la que estaría sometido el “*contrato especial*” celebrado entre CEDELCA y CEC, habría que acudir al régimen general previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, normas que llevarían a concluir que dicho contrato se encuentra gobernado por las disposiciones propias del derecho privado.

En cualquier caso, y haciendo a un lado, como en efecto lo hace el Tribunal por carecer de sentido el debate, el Consejo de Estado zanjó la discusión, al considerar, con apoyo en el criterio orgánico de calificación de los negocios jurídicos, como “*contrato estatal*” todo aquel que sea celebrado por una de las entidades a que refiere el artículo segundo de la ley 80 de 1993, con independencia del régimen jurídico del contrato mismo, que puede devenir de leyes especiales que se hayan ocupado de regular un sector de servicios en particular, como sucede en materia de servicios públicos domiciliarios, y como de modo evidente sucede en el caso en análisis.

En ese orden de ideas, resulta claro cómo, cualquiera sea la vía que se escoja, el “*contrato especial*” o Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC con el objeto de “*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”, y que motivó este trámite arbitral, estuvo gobernado por las normas del derecho privado.

Establecido lo anterior, debe anotarse que el régimen aplicable al mencionado “contrato especial” debe complementarse con la aplicación de los principios que gobiernan la actuación administrativa, vale decir, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, tal y como lo ordena el artículo 209 de nuestra Constitución Política²⁸, principios que para efectos contractuales fueron desarrollados por los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, y con la aplicación de los principios establecidos en la Ley 142 de 1994.

Al respecto se debe aclarar que la aplicación de tales principios no se deriva propiamente de su inclusión en el Estatuto Contractual Público, ya que los mismos serían igualmente aplicables, incluso si dicho Estatuto no se refiriera a ellos, en la medida que se trata de los principios que gobiernan la actuación administrativa, comprendida aquella desplegada por CEDELCA, en su calidad de empresa de servicios públicos cuyo objeto se centra en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, por ella asumida.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que al “contrato especial” - Contrato de Gestión, objeto de esta litis, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos, le resultará aplicable el artículo 36 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone:

“Artículo 36. Reglas contractuales especiales. Se aplicarán a los contratos de las empresas de servicios públicos las siguientes reglas especiales:

“36.1. Podrá convenirse que la constitución en mora no requiera pronunciamiento judicial.

“36.2. Las donaciones que se hagan a las empresas de servicios públicos no requieren insinuación judicial.

“36.3. A falta de estipulación de las partes, se entiende que se causan intereses corrientes a una tasa mensual igual al promedio de las tasas

²⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

activas del mercado y por la mora, a una tasa igual a la máxima permitida por la ley para las obligaciones mercantiles.

"36.4. Si una de las partes renuncia total o parcialmente, y en forma temporal o definitiva, a uno de sus derechos contractuales, ello no perjudica a los demás, y mientras tal renuncia no lesione a la otra parte, no requiere el consentimiento de ésta, ni formalidad o solemnidad alguna.

"36.5. 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.

"36.6. Está prohibido a las instituciones financieras celebrar contratos con empresas de servicios públicos oficiales para facilitarles recursos, cuando se encuentren incumpliendo los indicadores de gestión a los que deben estar sujetas, mientras no acuerden un plan de recuperación con la comisión encargada de regularlas".

Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta que CEDELCA en el trámite de la referida contratación, debió aplicar las prescripciones de su Manual de Contratación, toda vez que, según lo expuesto, este específico "*contrato especial*" no fue excluido del ámbito de aplicación del mismo, ni sometido a un régimen especial²⁹.

De todo lo anterior, el Tribunal confirma que el régimen jurídico del Contrato de Gestión es el derecho privado, y encuentra que el clausulado del contrato responde a los marcos jurídicos que en este régimen definen el ejercicio de los derechos y obligaciones de las partes, regulan y limitan las facultades y potestades que con fundamento en el pacto se asignan, así como los principios que deben gobernar su actuación en el desarrollo de las tareas que constituyan el objeto contractual, todo dentro de los amplios márgenes de discrecionalidad que el derecho privado concede a los particulares en su actividad contractual, con las restricciones que los principios generales del derecho, por sobre todo el de la buena fe y la equidad, imponen a las partes del contrato inhibiendo el abuso de los derechos y posiciones surgidos del Convenio.

²⁹ MANUAL DE CONTRATACIÓN DE CEDELCA:

"2. DISPOSICIONES GENERALES.

"2.1 OBJETO Y FIN DE LA CONTRATACIÓN.

"(...).

"2.2 RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE CEDELCA S.A. E.S.P.

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 8 Parágrafo Único y artículo 76 de la Ley 143 de 1994, el régimen legal aplicable a los actos y contratos de la Empresa es el del derecho privado. Los últimos se regirán por lo previsto en este Manual en concordancia con las políticas empresariales y en los aspectos no contemplados en él se aplicarán las disposiciones del Código Civil, del Código de Comercio o de las normas que los sustituyan, adicionen o modifiquen.

"(...).

CLAUSULAS RELEVANTES DEL CONTRATO DE GESTIÓN: PROCEDENCIA DEL PACTO Y APLICACIÓN DE MULTAS.: PROCEDIBILIDAD DE LOS INCENTIVOS O LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE SU CAUSACIÓN.

Considera pertinente el Tribunal abordar en esta instancia, y dentro del marco jurídico descrito³⁰, el análisis del clausulado contractual relacionado con las potestades, poderes y limitaciones de los cocontratantes en el establecimiento y adopción de medidas sancionatorias, cuya imposición dependa de la sola voluntad de una de ellas, concretada en un acto jurídico con efectos en derecho, como es el caso de la terminación anticipada y unilateral de un contrato válidamente celebrado. Para el Tribunal, el enunciado análisis es necesario, puesto que, tales estipulaciones, en principio, resultarían contrarias a los postulados legales en los que se apoyan los negocios jurídicos bilaterales y onerosos, en el ámbito del derecho privado, régimen que como se vió, gobernó el Contrato de Gestión que nos ocupa.

Por ello y para abordar el estudio propuesto, debe nuevamente partir el Tribunal de la normativa de estirpe legal que gobierna, permite y delimita, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las partes en el mencionado negocio jurídico, así como de aquella que regula la eficacia de los pactos contractuales de cara a las normas de derecho público, inderogable e indisponible por el pacto entre particulares. (artículo 16 del Código Civil).

Las conclusiones del Tribunal frente a la aplicación de esta normativa, será definitiva en la determinación que adopte sobre las estipulaciones de multas, desincentivos, aplicación de la cláusula penal pactada en el contrato, e incluso la posibilidad de terminar unilateralmente el convenio, en punto a si su ejercicio es un asunto en principio gobernado por la autonomía de la voluntad, o si, por el contrario, una vez elevada a pacto contractual la intención conjunta de las partes en este sentido, el mismo deviene obligatorio en su observancia por la parte en cuyo beneficio o favor se estatuye una determinada facultad sancionatoria.

Contiene el Contrato, el régimen sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Gestor, en sus cláusulas 13, 15.2, 16, 17, 19 y 20.

En cuanto a las “Multas” enunciadas en la Cláusula 1 *DEFINICIONES* del Contrato de Gestión, como la “sanción que consiste en la obligación del Gestor de pagar a la Empresa una cantidad determinada de dinero”, encuentra el Tribunal que las partes omitieron su regulación independiente en el texto contractual, por cuanto ninguna disposición en el Convenio hace referencia a este tipo de sanción. Sin embargo, y de la misma manera, encuentra el Tribunal que las partes en esta cláusula omitieron la definición de la sanción pecuniaria denominada

³⁰ Régimen aplicable al “contrato especial” o Contrato de Gestión celebrado entre CEDELCA y CEC y, concretamente, al derecho privado al que el mismo estuvo sujeto.

“desincentivos”, por lo cual, es el entendimiento del juez en su tarea interpretativa que éstos se asimilan a “multas”, según su causa y contenido.

Así, la sanción denominada por las partes “Desincentivos para el Gestor”, encuentra en la Cláusula 17 del Contrato, su definición y el procedimiento contractual para su imposición, en los siguientes términos:

“Cláusula 17.- Desincentivos para el Gestor.

“17.1 Por incumplimiento con respecto a las obligaciones estipuladas en el Anexo Técnico:

“(i) Durante el primer año de ejecución del Contrato, es decir el 2009 y en caso de incumplimiento con respecto a las obligaciones estipuladas para dicho período en el Anexo Técnico, el Gestor deberá pagar un desincentivo de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000,00) por cada actividad que no haya culminado en el plazo establecido que deberá ser transferido a la Fiducia – Cedelca.

“Si transcurridos noventa (90) días contados a partir de la fecha del vencimiento para cumplir con las obligaciones, el Gestor no ha cumplido, CEDELCA podrá dar por terminado el presente Contrato, previa aprobación de parte de la Junta Directiva de CEDELCA y del Comité de Seguimiento, con justa causa sin perjuicio de los pagos que el Gestor deba cancelar a CEDELCA.

“Para la imposición del desincentivo debido a un incumplimiento probado, el interventor estará en la obligación de surtir el procedimiento descrito en el literal a. de la cláusula 24 y como resultado de dicho procedimiento, recomendar a la Empresa si se debe aplicar el desincentivo al Gestor y las razones explicativas de tal decisión. La Empresa con base en dicha comunicación deberá proceder a aplicar el desincentivo.

“(ii) En relación con las metas establecidas relacionadas con los informes sobre los indicadores trimestrales del anexo técnico, no serán aplicables los desincentivos establecidos durante el primer año de ejecución contractual, es decir en el año 2009. (...).

“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, deberá informar a CEDELCA con copia al Gestor del Incumplimiento probado de conformidad con lo dispuesto en el literal c. (sic)³¹ de la Cláusula 24 del presente Contrato.

“Con base en el Informe mencionado en el numeral precedente, CEDELCA procederá a imponer un desincentivo de \$150.000.000.00 por mes de atraso.

³¹ Revisado el Contrato se encuentra que no existe un literal c en la cláusula 24.

"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 parte de la Junta Directiva de CEDELCA y del Comité de seguimiento."

"17.3 Por incumplimiento de los Indicadores:

"(...).

"Cláusula 17.- Desincentivos para el Gestor."

"17.1 Por incumplimiento con respecto a las obligaciones estipuladas en el Anexo Técnico:

"(i) Durante el primer año de ejecución del Contrato, es decir el 2009 y en caso de incumplimiento con respecto a las obligaciones estipuladas para dicho período en el Anexo Técnico, el Gestor deberá pagar un desincentivo de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000,00) por cada actividad que no haya culminado en el plazo establecido que deberá ser transferido a la Fiducia – Cedelca.

"Si transcurridos noventa (90) días contados a partir de la fecha del vencimiento para cumplir con las obligaciones, el Gestor no ha cumplido, CEDELCA podrá dar por terminado el presente Contrato, previa aprobación de parte de la Junta Directiva de CEDELCA y del Comité de Seguimiento, con justa causa sin perjuicio de los pagos que el Gestor deba cancelar a CEDELCA."

"Para la imposición del desincentivo debido a un incumplimiento probado, el interventor estará en la obligación de surtir el procedimiento descrito en el literal a. de la cláusula 24 y como resultado de dicho procedimiento, recomendar a la Empresa si se debe aplicar el desincentivo al Gestor y las razones explicativas de tal decisión. La Empresa con base en dicha comunicación deberá proceder a aplicar el desincentivo.

"(ii) En relación con las metas establecidas relacionadas con los informes sobre los indicadores trimestrales del anexo técnico, no serán aplicables los desincentivos establecidos durante el primer año de ejecución contractual, es decir en el año 2009. (...).

"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, deberá informar a CEDELCA con copia al Gestor del Incumplimiento probado de conformidad con lo dispuesto en el literal c. (sic)³² de la Cláusula 24 del presente Contrato.

"Con base en el Informe mencionado en el numeral precedente, CEDELCA procederá a imponer un desincentivo de \$150.000.000.00 por mes de atraso.

³² Revisado el Contrato se encuentra que no existe un literal c en la cláusula 24.

"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 parte de la Junta Directiva de CEDELCA y del Comité de seguimiento."

"17.3 Por incumplimiento de los Indicadores:

"(...).

Del solo enunciado y definición de esta sanción pecuniaria, y del procedimiento pactado por las partes para su imposición, concluye el Tribunal que:

- a) Se trata de una sanción pecuniaria por incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Gestor bajo el Contrato, y la capacidad de CEDELCA para su imposición surge del pacto.
- b) Por lo mismo, y tratándose de una potestad que le confiere a CEDELCA el contrato (surgida del acuerdo inter-partes), es claro que su imposición, en cuanto se trata del ejercicio de un derecho suyo, es potestativa. En otras palabras, será CEDELCA, quien frente a la ocurrencia de los hechos constitutivos de incumplimiento que ameritan la sanción, en los términos pactados, determinará si impone o no los desincentivos, cumplido el procedimiento previo, igualmente acordado por las partes a este efecto.

No se trata entonces de una obligación impuesta a la Contratante, ante el incumplimiento de su contratista. Tampoco se trata de un requisito previo para una etapa sancionatoria posterior. Ello no lo previó el Contrato. Así no lo concibieron las partes ni fue plasmado en el acuerdo; tampoco puede deducirlo el intérprete del modo como consignaron su intención en el documento contractual. Por el contrario, la claridad del acuerdo de las partes, lleva al juez al convencimiento de que se trata de una prerrogativa otorgada a una de ellas con el consentimiento claro y expreso de la otra.

Igualmente, previeron los cocontratantes y la regularon con detalle, la posibilidad de terminación unilateral del Contrato por causas distintas al vencimiento del plazo y el cumplimiento del objeto pactado. En efecto, encuentra el Tribunal, que además de las causales legales de terminación de los contratos³³, las partes avistaron las circunstancias que pudieran dar lugar a la finalización del convenio y decidieron plasmarlas en el documento que lo contiene, así como las consecuencias derivadas de este evento.

De la misma manera, surge de la sola lectura de las estipulaciones contractuales pertinentes, el pacto interpartes relacionado con las reparaciones de índole compensatoria y/o indemnizatoria que como obligación clara y expresa, se

³³ Artículo 1602, Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales."

configuraría a cargo de la parte que decidiera utilizar la prerrogativa contractual de terminar unilateralmente el contrato. Dijeron los cocontratos en el texto del contrato:

"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 partes.
- 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.

"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.
- f. Por no realizar las capitalizaciones a que el Gestor se encuentra obligado de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10 del presente Contrato.
- g. Por las demás causales establecidas en el Anexo Técnico al presente Contrato.

"(...).

"20.3 Procedimiento. En el evento que ocurra cualquiera de las causales que dan 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 terminación anticipada.*
- b. *El Gestor, a su vez, manifestará 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 calificará 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.*
- 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 que 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 sido estipulado en cláusulas anteriores en este Contrato.*

"204 Responsabilidad por los servicios de Distribución y Comercialización. En caso de terminación anticipada de este Contrato por la Empresa, el Gestor se obliga a entregar de los Activos del Gestor y la Infraestructura a CEDELCA, sin que pueda alegar su retención o no entrega por cualquier causa, tal como ya ha sido estipulado en cláusulas anteriores en este Contrato.

En el caso que ocupa, llama la atención del Tribunal –y ello es motivo de reproche del Gestor- que CEDELCA no utilizó los instrumentos y mecanismos sancionatorios ante los hechos que hoy califica de incumplimientos contractuales del Gestor y que sirvieron de base para adoptar finalmente la decisión de terminar el Contrato, invocando precisamente el incumplimiento por su contratista de las

obligaciones asumidas en el Convenio, conducta que, si bien se hizo acreedora de requerimientos y reconvenciones por la contratante y el interventor del contrato, no fue objeto de sanción durante la ejecución del convenio. Decidió la entidad, acudir directamente al expediente de la terminación unilateral del Contrato, sin agotar previamente las facultades sancionatorias y conminatorias que el mismo convenio le otorgaba para esos casos, dando por ciertos los hechos que, en su criterio, constituyeron incumplimientos de las obligaciones a cargo del Gestor.

Esta conducta de la entidad contratante será objeto de análisis por el Tribunal más adelante, cuando acometa el estudio de la conducta contractual de las partes y sus efectos jurídicos en el marco de la contratación y en relación con las pretensiones formuladas en las respectivas demanda y demanda de reconvención.

No obstante, en esta instancia considera pertinente el Tribunal, desde ya dejar sentado que, si bien es claro que en el Contrato de Gestión bajo análisis, no es predicable del ejercicio de la facultad sancionatoria en cabeza de CEDELCA obligatoriedad alguna, no es menos cierto que las mismas están instituidas para advertir, reconvenir, y por sobre todo otorgar, a quien incumple parcialmente sus obligaciones y compromisos, la oportunidad de corregir y, por sobre todo, la opción de **CUMPLIR**. Ese parece ser, a juicio del Tribunal, el criterio utilizado por las partes en el Contrato de Gestión, con el fin de evitar precisamente que las circunstancias constitutivas de incumplimiento que afectaran la ejecución del objeto pactado pudieran conducir fatalmente a la terminación del convenio.

En relación con esta última materia, y para lograr un mejor entendimiento sobre el caso que nos ocupa, considera pertinente el Tribunal, estudiar las bases normativas de los pactos contractuales que, consignados en el texto del convenio y asumidos por las partes, dieron lugar a la controversia que los tiene enfrentados, advirtiendo que las estipulaciones bajo análisis son válidas y gozan de eficacia jurídica, de conformidad con el régimen legal que gobernó el Contrato de Gestión.

La autonomía de la voluntad en el derecho privado:

Es cierto que los particulares, por mandato constitucional³⁴, se encuentran autorizados para realizar todas las actividades que no estén expresamente prohibidas por las leyes; pero esa autorización tiene precisamente el límite previsto por la misma Carta, esto es que en ejercicio de tal potestad no podrán transgredir el régimen jurídico-normativo que les impone la sujeción a los principios generales de derecho, y la observancia de las precripciones cuyo contenido corresponda a los conceptos de interés o utilidad pública, orden público y moralidad pública.

³⁴ Artículo 6, Constitución Política.

Será válido, todo convenio que no esté expresamente prohibido por las leyes; y están prohibidos los pactos derogatorios de disposiciones de orden público o que pretendan desconocer las prohibiciones impuestas por el legislador en determinadas materias. Las estipulaciones convenidas en este sentido estarán viciadas, desde su nacimiento, de nulidad absoluta o ineficacia jurídica, según los efectos legales señalados en las disposiciones que regulen la materia.³⁵

Es así como, de conformidad con la legislación civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, además de contar con la capacidad legal al efecto y prestar libremente su consentimiento, que el objeto de la obligación sea lícito, esto es, que su celebración no se encuentre prohibida por las leyes y que no contrarie principios inderogables de orden superior³⁶ (art. 1502 del C.C.). Y *"Hay objeto ilícito -dispone el artículo 1519 del C.C.- en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación."* *"Hay así mismo objeto ilícito -reza el artículo 1523 del mismo Estatuto- en todo contrato prohibido por las leyes."*

Por otra parte, las estipulaciones de los cocontratantes tendientes a desconocer los principios enunciados, se hacen acreedoras a la sanción legal de nulidad o invalidez. *"Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad"*.³⁷

La normativa que se comenta ha sido interpretada y precisada en sus alcances por la Corte Suprema de Justicia³⁸, en el contexto del derecho privado, régimen jurídico del Contrato de Gestión, así:

"En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada les está permitido a los particulares crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral. (...)

"La sola existencia de la voluntad no es suficiente para producir efectos en derecho. Es necesario que dicha voluntad se presente bajo la forma de una manifestación externa, la cual puede ser interpretada, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica. Estas reglas en general buscan no sólo hacer prevalecer la intención de los contratantes, sino la realización de principios superiores como la buena fe, la eficacia, la equidad y el equilibrio de las prestaciones en la ejecución de los contratos."

³⁵ Artículos 15 y 16 Código Civil.

³⁶ Artículo 1502, Código Civil.

³⁷ Artículo 1526, Código Civil.

³⁸ Sentencia del 27 de marzo de 1996, expediente 4714, M.P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta.

En esta materia, entonces, se perfilan como principios rectores de la autonomía de la voluntad en derecho privado, de una parte, el que enseña que todo contrato **legalmente celebrado** es ley para las partes, y de otra, el que permite a las partes **derogar las normas supletivas de la voluntad**, no así las contentivas de principios y normas de derecho público o en las que tengan interés la moral, las buenas costumbres o el orden público³⁹.

Es por ello que no encuentra razón el argumento que pretende establecer que en el derecho privado, **"todo está permitido"**. No es así. La autonomía de la voluntad se encuentra muy cercada por un cúmulo normativo de limitaciones, que atienden a la realización del interés público. A los particulares se les *"permite todo aquello que no se encuentre prohibido, restringido o condicionado"* por el legislador.

Concluye entonces el Tribunal, que, como lo estableciera el profesor Peña Castrillón⁴⁰, *"podríamos decir que en Colombia esa autonomía de la voluntad y esa libertad contractual del Derecho Privado deben respetar estos límites, por lo menos:*

- *La buena fe (arts. 1602 del C.C. y 871 del C. de Co.);*
- *El objeto y la causa lícitos (arts. 1523 y 1524 del C.C.);*
- *El orden público y las buenas costumbres (art. 16 del C.C.);*
- *Que si se trata de renunciaciones, no estén prohibidas (art. 15 del C.C.);*
- *Que lo pactado sólo aprovecha o perjudica a las partes (efecto relativo de los contratos), y su consecuente interpretación restringida a ese sólo contrato (art. 1619 del C.C.);*
- *Que no se puede abusar del derecho (art. 830 del C. de Co.), de la posición dominante (una disposición especial en el Decreto 2153 de 1.992, art. 50 y ss.), ni enriquecerse indebidamente a costa de otro (art. 831 del C. de Co.);*
- *Que no se puede negociar en fraude a la ley (desarrollo jurisprudencial del art. 8 de la ley 153 de 1887);*
- *Que no se puede inducir o crear una situación generalizada de error porque en ese caso se debe responder por la apariencia jurídica propiciada (error communis facit jus), principio incorporado en el art. 842 del C. de Co."*

Lo anterior, lleva necesariamente al Tribunal a concluir con el citado autor⁴¹, **que bajo la óptica del derecho común -Civil y Comercial-** *"la autonomía de la voluntad se expresa en una libertad contractual cada vez más reglada, en la medida en que por la vía de normas expresas el legislador ha tenido que entrar a*

³⁹ Artículos 15 y 16, Código Civil.

⁴⁰ PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA LEY 80 DE 1993, Universidad de Los Andes, septiembre de 1994.

⁴¹ *Ibidem*.

precaer situaciones abusivas de la parte dominante, a su vez lesivas de la parte débil de la relación contractual.” Así, es claro para el Tribunal que no existe la tan sonada “*libertad absoluta*” que en materia contractual, muchos han querido atribuirle a la contratación sujeta al régimen del derecho privado.

Concordante con la ley y la jurisprudencia sobre los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en derecho privado, ha sido la doctrina comercial y civilista que ha incursionado en este tema, y en relación con los límites de la voluntad privada en materia contractual y la inclusión del concepto en la contratación pública, ha sido especialmente prolija.

Para mayor ilustración, parece conveniente transcribir algunos apartes de la opinión que en relación con este tema, consignó en su libro “DERECHO PRIVADO, Estudios del Derecho Civil y Comercial”, el tratadista Jorge Suescún Melo:⁴²

***“2.4.1 Fijación de términos, condiciones y demás cláusulas principales.*”**

“La libertad para definir el contenido del contrato tiene, ante todo, límites infranqueables representados en las normas inderogables y en consideraciones de orden público o interés general y en imperativos de carácter ético, plasmados en la noción de buenas costumbres.

“Con estas excepciones en desarrollo de la autonomía de la voluntad, los particulares pueden apartarse y sustituir toda la legislación restante consistente en normas de carácter indicativo o supletivo.

“Recuérdese al respecto que la legislación contiene, en materia contractual, ciertas normas imperativas o prohibitivas, que siguen siendo minoría. Estas normas fijan claros límites a la autonomía de la voluntad. De otra parte, se encuentran el resto de las normas, que son mayoritarias; son las dispositivas o supletivas. Estas disposiciones son expresamente permisivas, o por no contener una prohibición, se entiende que autorizan un determinado comportamiento. Igualmente son las que complementan la voluntad declarada de las partes, en el sentido de que si no se pacta otra cosa, se considera que lo previsto por la norma es lo querido por los contratantes. Estas normas confieren un poder regulador a las partes, quienes pueden derogarlas y sólo se aplican a falta de pacto que establezca otra cosa.

⁴² SUESCUN MELO, Jorge. “DERECHO PRIVADO. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”. Págs. 270 y ss.

"(...) Ahora bien, como se integra el ordenamiento jurídico en los contratos entre particulares? Es decir, cuál es la jerarquía de normas que conforman el régimen? En primer término, si se trata de un contrato típico esa jerarquía tiene el siguiente orden: a) Las normas imperativas aplicables al contrato de que se trate; b) Las estipulaciones lícitas de las partes, bien sea que versen sobre elementos esenciales, naturales o accidentales del contrato; c) Las normas supletivas del contrato tipo correspondiente; d) Las normas generales de los actos jurídicos; e) La analogía de la ley; y f) Las reglas o principios generales de derecho.

"Tratándose de contratos atípicos la escala de prelación se conforma así: a) Las normas imperativas aplicables; b) Las estipulaciones lícitas de las partes sobre cualquier elemento del contrato; c) Las normas generales de los actos jurídicos; d) La analogía de la ley; y e) Las reglas o principios generales del derecho.

"Estas escalas que muestran la jerarquía de las normas en la elaboración del régimen contractual ponen de manifiesto que la única cortapisa a la autonomía de la voluntad, en cuanto a la determinación del contenido del contrato, son las normas imperativas y que los particulares pueden dejar de lado cuantas normas supletivas o dispositivas deseen."

En el mismo sentido, el doctrinante GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, dijo en su obra "TEORIA GENERAL DE LOS ACTOS JURIDICOS"⁴³ :

"LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD PRIVADA AL ORDEN PÚBLICO. Por otra parte, la conveniente generosidad que nuestro Código muestra hacia la autonomía de la voluntad privada no se opone, como ya quedó dicho, a que también la haya situado en la justa posición que le corresponde en el ordenamiento jurídico y social.

"Si la iniciativa particular no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación al orden público, deja de ser benéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y para el progreso de la sociedad ; pasa entonces a constituir grave amenaza para los asociados y para ésta. Los primeros quedan expuestos a sucumbir en una lucha egoísta y despiadada, en la cual prevalecerán la avaricia, la astucia y la inescrupulosidad sobre la penuria, la inexperiencia y la buena fe ; y la segunda queda expuesta a derrumbarse, tanto por el debilitamiento y la pugna entre sus miembros, como porque la voluntad privada sin freno, por satisfacer el interés particular, que es su objetivo inmediato, pierde de vista el interés general y el menoscabo que pueda

⁴³ Editorial Temis, Bogotá.

irrogarles al derecho ajeno, a las buenas costumbres y, en general, a los principios angulares del orden social."

Expuesto lo anterior, concluye el Tribunal que dado que en el derecho privado impera el Principio de la Autonomía de la Voluntad, y que es éste el régimen jurídico que gobernó el "contrato especial" bajo estudio, CEDELCA y su contratista podían pactar las cláusulas que en materia de multas, desincentivos y demás sanciones pecuniarias, incluyendo la terminación unilateral del Contrato, estimaran convenientes, siempre que éstas no transgredieran las limitaciones antes descritas ni vulneraran los principios de la actuación administrativa a los que igualmente se hizo mención.

Al respecto conviene tener en cuenta que el artículo 1 "PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN" del Manual de Contratación de CEDELCA establece que:

"En el desarrollo de todos los procesos de contratación de la Empresa, se cumplirán los siguientes principios.

- 1.1 **BUENA FE:** Las partes deberá proceder de buena fe en todas sus actuaciones y los contratos 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, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.
- 1.2 **TRANSPARENCIA:** El proceso de contratación deberá realizarse con base en los procedimientos de selección y reglas claras que garanticen la calidad, imparcialidad e igualdad de oportunidades.
- 1.3 **ECONOMÍA:** Los procesos de contratación se adelantarán de tal manera que la sociedad pueda seleccionar la oferta que convenga a sus intereses y ejecutar el contrato respectivo haciendo la mejor inversión con recursos técnicos, económicos y humanos.
- 1.4 **EQUIDAD:** El principio de equidad debe inspirar y gobernar los procesos contractuales, por ello cuando no exista norma especial para el caso concreto, se aplicará la norma general y abstracta con el fin de realizar la justicia.
- 1.5 **RESPONSABILIDAD:** En virtud de este principio, los trabajadores de la electrificadora están obligados a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la Empresa respondiendo por sus actuaciones y omisiones o el incumplimiento de los deberes legales.
- 1.6 **AUTOCONTROL:** Se refiere a medir y supervisar los resultados de las labores realizadas, comparar las mediciones con los planes y cuando sea necesario, tomar los correctivos respectivos.
- 1.7 **INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS:** Las dudas que surjan en la interpretación del presente MANUAL INTERNO DE CONTRATACIÓN PARA CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios

generales del derecho o aplicando las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."

La Buena Fe Contractual

Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de las obligaciones literalmente expresadas en su texto, sino que comportan y llevan implícitas una serie de obligaciones que corresponden de manera imperativa a la ejecución de los mismos, como es el **PRINCIPIO DE LA BUENA FE**.

El Código Civil ⁴⁴ y el Código de Comercio de 1971, al consagrar en su artículo 871 el postulado de la buena fe como un deber de comportamiento que ha de ser cumplido por las partes en todas y cada una de las etapas del camino del contrato, otorgaron a éste principio, tan antiguo como la humanidad misma, una connotación legislativa que, encuentra, hoy por hoy, un sólido respaldo en la Constitución Política.

Reza el artículo 871 del Código de Comercio:

ARTÍCULO 871.- *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, la costumbre o la equidad natural."* (El subrayado es nuestro).

Por su parte, la Constitución de 1991, otorgando respaldo a lo previsto en el Código de Comercio, consagró en su artículo 83 que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá..."*. (Se ha subrayado).

En materia contractual se tiene que el postulado de la buena fe goza de rango constitucional, y por lo mismo, su inclusión en los contratos como un deber ineludible de los cocontratantes, sencillamente se presume. Este principio superior, además de presumirse, debe concretarse mediante su aplicación en razón a la búsqueda de un punto de equilibrio que consulte, como su nombre lo indica, no sólo la equidad natural, sino también la naturaleza misma del contrato de tracto sucesivo, el cual, sabido es que se encuentra sujeto a los cambios que acontecimientos futuros le impriman, entendiéndose subordinadas sus estipulaciones a los mismos.

En virtud del principio de la buena fe, los cocontratantes no se liberan únicamente con el cumplimiento de las obligaciones en la forma expresamente contemplada en el contrato, sino que, estando obligados al cumplimiento de todos los deberes

⁴⁴ Artículo 1603 del Código Civil: "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."

que comporta la buena fe, han de ajustar su conducta encaminada a la plena satisfacción del objeto pactado.

Este principio, de estirpe constitucional, se constituye en rector del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes del contrato, y, por lo mismo, imprime a su conducta, efectos y consecuencias contractuales.

La buena fe contractual es, así mismo, expresión material de otro principio constitucional que debe gobernar las relaciones de las partes en los contratos válidamente celebrados. Se trata de la confianza legítima que se instituye, a juicio de este Tribunal, como un derecho de todo contratante y que se concreta en la legítima expectativa y confianza de que la otra parte cumplirá con sus obligaciones y con los resultados de las acciones que durante la ejecución del contrato emprenda con fines determinados. Es el derecho de las partes del contrato esperar, con confianza, que se cumpla lo pactado, incluso cuando ello no conste en documentos y surja sí de las conductas, manifestaciones y acciones e incluso omisiones que por su certidumbre hagan creer al otro que un determinado resultado se obtendrá o una determinada consecuencia ocurrirá, relacionado con el desarrollo o ejecución del objeto de la contratación.

Para la Corte Constitucional⁴⁵, *“La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.” Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello.”*

Para el Consejo de Estado, la buena fe contractual se manifiesta y concreta en las actuaciones de las partes, conducentes a la materialización del objeto contratado. Sobre este particular, ha dicho la Corporación en reiterada doctrina⁴⁶, que comparte el Tribunal:

⁴⁵ Sentencia T-308/11

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Sentencia del 9 de mayo de 2011.

"De igual forma, a partir del principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para establecer la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del venire contra factum proprium, y el principio de información, entre otras). (...).

En consecuencia, frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de integración⁴⁷ e interpretación⁴⁸, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación⁴⁹. En otros términos, la voluntad expresa o insita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias –a efectos de llenar vacíos o lagunas– y las imperativas –en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes–.

"(...).

El hecho de que la convención pueda ser interpretada no quiere ello significar que el proceso hermenéutico del contrato esté aislado de las condiciones objetivas del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se circunscriba a la determinación de lo real y efectivamente pactado o acordado por las partes contratantes. En otros términos, la interpretación posee una naturaleza dual o bifronte; la subjetiva, encaminada a desentrañar la voluntad material de los sujetos contratantes, y la objetiva,

⁴⁷ "Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. **En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes** y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta..." (negritas fuera de texto). Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 19 de junio de 1935, citada extraída de: JARAMILLO, Carlos Ignacio "La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal." en: "Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina", Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), Ed. Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, 2007, Lima, pág. 894.

⁴⁸ "III. No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato. En el planteamiento y solución de cuestiones contractuales, puede ocurrir que se presenten problemas que las partes, al contratar, no previeron y que mal podían, por tanto, resolver." VON TUHR, Arthur "Tratado de las Obligaciones", Ed. Comares, 2007, Granada, pág. 159.

⁴⁹ "El resultado de toda interpretación, ya verse sobre las declaraciones de voluntad del legislador o de los particulares, es siempre el completar la declaración de voluntad. Se desmenuza, se analiza la declaración de voluntad, y este sentido ampliado –simplemente en cuanto al aspecto externo–, completado, de sus palabras es el que se aplica." DANZ, Erich "La interpretación de los negocios jurídicos." Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., Madrid, 1955, pág. 90 y 91.

cuya finalidad consiste en analizar el acuerdo a la luz de las normas imperativas, los principios generales del derecho, el tráfico jurídico y los usos sociales.

*En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, **sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance.***

En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe⁵⁰ y de no abuso del derecho)⁵¹. Esta importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad del los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.

⁵⁰ "En este orden de ideas, "*bona fides negotiae*" obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe.

"Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta *grosso modo* en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual." NEME Villareal, Martha Lucía "La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 240.

⁵¹ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "... [T]odo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad (...) Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expuestos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción" (Sentencia de 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 47-48).

Desde esa panorámica, la autonomía de la voluntad y la garantía de respeto por las disposiciones incorporadas al negocio jurídico al momento de su celebración, encuentran límites en el constitucionalismo moderno porque la norma superior se imbrica y fluye a través de diversos vasos comunicantes a lo largo del ordenamiento jurídico, es decir lo integra, circunstancia que debilita en la actualidad las fronteras trazadas entre el derecho público y el privado, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“De este modo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales, propias de la función social que la Constitución Política le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa (arts. 58 y 333 C.P.). Es evidente que tales restricciones se potencian para el caso de las entidades que prestan servicios públicos y adquieren un contenido aún más significativo (...).

“(...) no sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no sean tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1 de la Carta imponga como deber de la persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”⁵² (negrillas de la Sala).

El Abuso del Derecho

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 830 del Estatuto Comercial, todo aquel que abuse del ejercicio de un derecho suyo –legítimo; válido y reconocido – “estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Este principio, corolario necesario del principio de la buena fe contractual, impone a los contratantes un especial deber de conducta y una particular diligencia en el ejercicio de los derechos que la ley y el contrato le atribuyen, guardando siempre que la actividad derivada de tal ejercicio, esté encaminada al cumplimiento de la función asignada en el pacto a esos derechos, facultades o potestades, dentro de un contexto de equidad y de justicia contractual.

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Encuentra el Tribunal que los principios descritos gobiernan la contratación bajo análisis y así lo tendrá en cuenta como base en el análisis de la conducta contractual que desplegaron las partes durante la corta ejecución del Contrato de Gestión, para concluir que en buena fe, y dentro del desarrollo de la autonomía de la voluntad, si bien pudieron haberse presentado incumplimientos de los deberes asignados en el texto del contrato para cada una de ellas, ambas partes convinieron en continuar con el contrato, revisándose y dándose mutuamente oportunidades para concurrir al cumplimiento del objeto.

EL CONTRATO DE GESTIÓN Y LAS ESTIPULACIONES PARTICULARES APLICABLES.

El régimen jurídico del convenio será el vigente al momento de su celebración.⁵³ El Contrato de Gestión fue celebrado entre las partes el 7 de octubre de 2008, fecha en la que regían las leyes 142 y 143 de 1994, aún vigentes, cuya normativa en materia contractual y su gobierno en el contrato bajo análisis, ya fue objeto de estudio en este escrito.

Es así como, de conformidad con lo antes expuesto, el régimen jurídico del Contrato de Gestión suscrito entre CEDELCA y CEC es el del derecho privado y procede, en consecuencia, la observancia de los principios y normas aplicables a los contratos celebrados entre particulares. (Código Civil, Código de Comercio, y normas de carácter especial contenidas en las leyes 142 y 143 de 1994, así como la regulación expedida por la CREG sobre la materia).

El contrato de gestión fue celebrado el 7 de octubre de 2008, con el objeto de otorgar al Gestor, la gestión técnica, administrativa y financiera de la Empresa, así como la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía, bajo su responsabilidad. En efecto, al tenor de su cláusula 3, el objeto del Contrato de Gestión que ocupa la atención del Tribunal, consistió 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.

“(…).

“En desarrollo del objeto de este contrato, el Gestor deberá por su cuenta y riesgo:

⁵³ Ley 153 de 1887, artículo 38: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. (...)”

- (i) *realizar todas las acciones necesarias para el desarrollo del objeto del Contrato;*
- (ii) *realizar las inversiones necesarias para el efecto, cumpliendo con los compromisos exigidos, tanto en los pliegos de condiciones como en el presente Contrato y su Oferta Económica;*
- (iii) *adelantar todas las gestiones relacionadas con las labores comerciales (...).*
- (iv) *todas las demás tareas requeridas para brindar una adecuada, oportuna y satisfactoria atención al usuario, siempre de acuerdo con la normativa regulatoria y legal;*
- (v) *en general, realizar toda la gestión administrativa, operativa, técnica y demás actuaciones necesarias para garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.*

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

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

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

Remarca el Tribunal en este punto, que desde la formulación del objeto contractual, se advierte y es claro y asumido por las partes, que en el evento de terminación del contrato, por cualquier causa, se procederá de inmediato por el Gestor a *“la devolución y entrega de la Infraestructura y de los Activos del Gestor se deberá hacer en la misma fecha y en el lugar donde se produzca la terminación del Contrato”*.

Esta obligación a cargo del Gestor, que se encuentra reiterada en el texto contractual en múltiples estipulaciones, surge en el momento mismo en que se de

la terminación del Contrato, sin que para su cumplimiento deban concurrir otros elementos o situaciones distintas al hecho mismo de la finalización de la relación contractual. De la misma manera, previeron las partes en el documento contentivo del Convenio, que, de modo correlativo, para el mismo evento, y **“previo”** a la devolución y entrega por el Gestor de la Infraestructura y Activos del Gestor, debía verificarse por parte de la Empresa **“la liquidación del Contrato o a las indemnizaciones/compensaciones previstas en el Contrato cuando sean pertinentes, o cuando se deriven de la cláusula penal o cuando sean resultado de cualquier discusión sobre saldos o contraprestación alguna entre las partes y que sean derivadas de la terminación del Contrato.”**

Más adelante volverá el Tribunal sobre este punto que considera esencial y base vertebral de su análisis, puesto que desde la celebración del Contrato, esta circunstancia fue explícita, entendida y asumida por los cocontratantes, de modo que ningún reproche en torno al surgimiento de sus mutuas obligaciones al sobrevenir la terminación del contrato les era permitido formularse, en punto a la entrega de infraestructura y activos por el Gestor, y la liquidación y reconocimientos pactados en el Contrato para este evento, por la Empresa.

Observa el Tribunal que es enfático, incisivo y reiterativo el Contrato al establecer como obligación ineludible del Gestor, a la terminación del Contrato, por cualquier causa, la devolución a CEDELCA de la Infraestructura⁵⁴ –de su propiedad, dada en arriendo al Gestor y con la única finalidad de la prestación de los servicios públicos- y el traspaso a la Empresa del dominio de sus activos propios, afectos a la actividad desplegada en desarrollo y para el cumplimiento del Contrato, denominados en el lenguaje contractual (DEFINICIONES) **“los Activos del Gestor”** –inicialmente de su propiedad⁵⁵, pero con vocación de traspaso a la Empresa a la

⁵⁴ DEFINICIONES.- **“Infraestructura:** Son los activos que serán entregados al Gestor a título de arrendamiento en la Fecha de Inicio de Operación, los cuales se describen en el Anexo 5 del presente Contrato. La Infraestructura incluye entre otros, los activos de Distribución y Comercialización de energía eléctrica y algunas de las sedes e inmuebles que tiene la Empresa para la operación, mantenimiento preventivo y correctivo y administración de la misma, incluyendo, entre otros, aquellos destinados a la atención de los usuarios y/o suscriptores. Igualmente formarán parte de la Infraestructura, aquellos activos que el Gestor en desarrollo del Contrato adquiera en cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la prestación del servicio de distribución y comercialización y todos los demás que estén relacionados con el objeto del Contrato. El Gestor se obliga a devolver estos activos a CEDELCA sin mediar requerimiento judicial, de manera inmediata y en la misma fecha en que se termine el Contrato por cualquier motivo o circunstancia.

“Lo anterior, con el fin de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca (artículo 365 de la C.P.).

⁵⁵ DEFINICIONES.- **“Activos del Gestor:** Serán los activos que de conformidad con la cláusula 6 siguiente, deberá adquirir y mantener el Gestor con recursos propios o con financiamiento a su nombre y que al final del presente Contrato devolverá sin contraprestación alguna a la Empresa, de conformidad con la Cláusula 6 de este Contrato para dar cabal cumplimiento al objeto del mismo. El Gestor se compromete a devolver estos activos a CEDELCA de manera inmediata sin mediar requerimiento judicial, en la misma fecha en que termine el Contrato por cualquier motivo o circunstancia.

“En todo caso, la Infraestructura y los Activos del Gestor son propiedad de GECELCA por el hecho mismo de terminación del Contrato.

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

terminación del Contrato. También de modo reiterativo y como deber correlativo impuesto contractualmente a CEDELCA, previeron las partes la necesidad de que **previamente** a que se materializara esta entrega, traspaso y devolución, se concretara la liquidación del Contrato y en ella se dieran los reconocimientos, indemnizaciones, compensaciones y aplicación de cláusula penal, según fuere pertinente.

Sin embargo, ante la inmediatez que impone el Contrato al Gestor para, en caso de terminación del Contrato por cualquier causa, la devolución de infraestructura y activos, y considerando que este hecho constituye en el proceso un reproche de incumplimiento formulado por CEDELCA su contratista – gestor, relieves el Tribunal que es el mismo Convenio el que determina reiteradamente que la devolución y otros, solo procede **“previo”** la liquidación, y/o el reconocimiento de indemnizaciones/compensaciones y/o aplicación de la cláusula penal, según fuere pertinente. Entiende el Tribunal que lo primero, la devolución, debe ocurrir de forma inmediata, de modo que la prestación del servicio no se altere como consecuencia de la extinción del vínculo contractual; pero, también es claro para el Tribunal, que lo segundo, esto es, la liquidación del Contrato y los reconocimientos pertinentes enunciados en el contrato, tomará a las partes un tiempo razonable para su establecimiento.

Ello, a juicio del Tribunal, explica las actuaciones de los cocontratantes posteriores al advenimiento de la terminación del vínculo contractual, pero que nunca concretaron las partes de modo pacífico, en un documento de liquidación del contrato. Y es que el Contrato mismo, prevé y regula esta circunstancia. En efecto, la cláusula 21 del Contrato de Gestión, establece:

“Cláusula 21. Liquidación del Contrato. En la fecha en que se de por terminado el Contrato de Gestión por cualquier causa, el Gestor se obliga a entregar los Activos del Gestor y la Infraestructura a CEDELCA, sin que pueda alegar su retención o no entrega por cualquier causa.

“Acto seguido se procederá a su liquidación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que se de por terminado.

Sin perder de vista que la liquidación del contrato de Gestión es una de las pretensiones formuladas al Tribunal, y sin perjuicio de lo que sobre su procedencia en esta instancia, según las pruebas del proceso, se decida en este Laudo, encuentra el Tribunal que esta estipulación contraría, en alguna medida, el pacto de las partes que ordena, en caso de terminación del Convenio, la liquidación del contrato y la realización de los reconocimientos a que hubiere lugar, **previamente** a la devolución y entrega por el Gestor de Infraestructura y Activos del Gestor. En efecto, nota el Tribunal que en esta cláusula, muy por el contrario a lo antes previsto, las partes acuerdan realizar la liquidación del contrato **posteriormente** a la devolución y entrega de Infraestructura y Activos del Gestor, cuya inmediatez preservan en la presente cláusula.

De ahí porqué, debe el Tribunal, a los efectos de estudiar y decidir las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvencción, interpretar el clausulado involucrado con el fin de preferir, como lo ordena el artículo 1620 del Código Civil⁵⁶, la interpretación en que la voluntad expresa de las partes consignada en las estipulaciones contractuales citadas, tenga sentido y eficacia, y de esta manera identificar y concretar el contenido de los pedimentos que le han sido sometidos y los efectos jurídicos derivados de las conductas de las partes, una vez terminado el Contrato, en cuanto hace al cumplimiento de sus deberes surgidos del hecho mismo de la terminación.

En la tarea que la ley impone al juez al producir la sentencia que resuelve el litigio, el Tribunal debe escudriñar la verdadera intención de las partes, así como el modo y tiempo en que ellas debían dar cumplimiento al pacto en comento.

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE GESTIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS INVERSIONES DEL GESTOR.

El análisis de la figura jurídica de la terminación anticipada que estipularon las partes en el marco del Contrato de Gestión, supone necesariamente el estudio y entendimiento de los efectos jurídicos y económicos que se derivan de su aplicación y, concretamente, de las consecuencias generadas con ocasión de la decisión adoptada por **CEDELCA** de dar por terminada, anticipada y unilateralmente, la relación contractual que había celebrado con **CEC** a fin de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca.

A este respecto, es menester considerar de entrada que en el texto del contrato de gestión, los contratantes se encargaron de fijar *ex ante* los distintos aspectos que habrían de tenerse en cuenta para ser aplicados en el evento en que las partes ejercieran la facultad convencional de terminar anticipada y unilateralmente el referido contrato. Se trata de las cláusulas 13, 20.5 y 20.6, mediante las cuales se reguló, primero, lo concerniente a la denominada “cláusula penal” (cláusula 13) y, segundo, lo referido al “reconocimiento de inversiones al gestor”, tanto para el caso en que **CEDELCA** terminara el contrato sin justa causa (cláusula 20.5), como para el evento en que dicha terminación hubiere tenido lugar de manera justificada (cláusula 20.6).

Sea lo primero advertir que la estipulación de estas cláusulas especiales (*cláusula penal y reconocimiento de inversiones al gestor*) tiene como sustento jurídico el ejercicio de la autonomía y libertad contractual de quienes son parte en el

⁵⁶ “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

respectivo negocio, en los términos y en el marco jurídico-contractual antes definido por el Tribunal.

Precisamente, en ejercicio de esa autonomía y libertad contractual los cocontratantes además de pactar la facultad para terminar anticipada y unilateralmente el contrato⁵⁷, regularon en el texto del contrato, lo atinente a los efectos jurídicos y económicos derivados de dicha declaratoria de terminación, circunstancia que deja en evidencia la naturaleza accidental –*accidentalia negotii*– de este tipo de cláusulas que son pactadas con el objeto de regular *ab initio* los efectos y las reglas que habrán de considerarse en los eventos en que se dé aplicación a la referida potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato.

Es claro, entonces, que de manera general la terminación unilateral y anticipada del contrato, así como la regulación de los efectos jurídicos y económicos que se derivan del ejercicio de dicha facultad convencional, constituyen verdaderas cláusulas accidentales, habida cuenta que no corresponden a elementos de la esencia para el surgimiento del respectivo negocio y menos aún pueden considerarse como de la naturaleza del mismo, pues en ningún caso podrán entenderse como inherentes al contrato dada la necesidad de que exista pacto expreso en este sentido por parte de los contratantes⁵⁸. De esta forma, no habrá potestad de terminación unilateral del contrato y tampoco cláusula penal ni de reconocimiento de inversiones, si dichas cláusulas no son el resultado del libre acuerdo y manifestación de quienes son parte en el respectivo negocio jurídico.

Sin perder de vista esta precisión inicial, el Tribunal observa que a título de cláusula accidental, las partes del Contrato de Gestión pactaron y regularon expresamente la facultad de terminar anticipada y unilateralmente su relación contractual, pero, también, acordaron en la cláusula 13 lo que denominaron “cláusula penal” y en las cláusulas 20.5 y 20.6, lo concerniente al “reconocimiento de inversiones al gestor” que se aplicaría en el evento de que CEDELCA hiciera ejercicio de la potestad de terminación unilateral y anticipada del contrato.

⁵⁷ En este sentido, la H. Corte Suprema ha manifestado: “El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta *accidentalia negotii*, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como *dissensus* o *distrato* o concluye en éste (cas. civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). (...)”

“Análogamente, el legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de treinta (30) de agosto de 2012, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas)

⁵⁸ Debe advertirse sobre este particular que el contrato de Agencia Comercial, regulado en el artículo 1317 y siguientes del Código de Comercio, constituye un evento particular que debe ser considerado de manera especial, habida cuenta que es directamente la norma que regula esta figura jurídica la que expresamente contempla la posibilidad para que los contratantes den por terminado anticipada y unilateralmente el contrato y, además, den aplicación a las consecuencias indemnizatorias y compensatorias que son contempladas por el mismo articulado. Lo anterior adquiere importancia en atención a que, para este preciso contrato debe considerarse que la facultad de terminación unilateral y el reconocimiento de indemnizaciones y compensaciones a que haya lugar debido al ejercicio de esta potestad, constituyen elementos de la naturaleza del contrato de Agencia Comercial, conclusión que de manera alguna puede aplicarse para el contrato de gestión *sub examine*, teniendo en cuenta la tipología y naturaleza especial del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el ánimo de entender el contenido y alcance de las referidas cláusulas 13, 20.5 y 20.6, el Tribunal procederá a estudiar lo relacionado con la “cláusula penal”, para luego realizar el análisis de las cláusulas 20.5 y 20.6 referidas al “reconocimiento de inversiones al gestor”.

La “CLÁUSULA PENAL” pactada en el Contrato de Gestión

Como se dijo antes, los contratantes estipularon en el texto del contrato de gestión la denominada “cláusula penal”, estableciendo al respecto los supuestos fácticos y las condiciones que darían lugar a su aplicación, las consecuencias económicas derivadas de la misma y las reglas que debían cumplirse para que dicha cláusula generara los efectos jurídicos pretendidos por los celebrantes, respecto de lo cual cabe destacar la manifestación hecha por ellos mismos al redactar su contenido en el sentido de indicar que los efectos de la mencionada cláusula tenían naturaleza de “pena” y su objetivo estaba dirigido a compensar los daños sufridos como consecuencia de la terminación unilateral y anticipada de la relación contractual⁵⁹.

Concretamente, la cláusula 13 del contrato de gestión estipula a título de “cláusula penal” lo siguiente:

“Cláusula 13.- Cláusula Penal.

“1. Por causas atribuibles al Gestor:

“Cuando haya lugar a la terminación anticipada del Contrato por causas atribuibles al Gestor, este deberá pagar a la Empresa, sin necesidad de requerimiento previo o declaración judicial o intervención judicial alguna, a los cuales renuncian expresamente las partes, la suma de TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.000) a precios del 31 de diciembre de 2007, los cuales deben ser actualizados por el IPC a la fecha de terminación, a título de pena.

“Así mismo, cuando la terminación del Contrato se dé por causas atribuibles al Gestor, CEDELCA reconocerá al Gestor las

⁵⁹ A este respecto, es menester considerar que tratándose de la naturaleza de la pena convencional, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, “[l]a cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes (sic) de perjuicios que pueden resultar por la inexecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma; el calificativo de penal no significa que pertenezca al Derecho Penal, entendido como la de defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendientes a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente patrimonial. El concepto de pena comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual”⁶⁰. –Subraya fuera del texto–

Inversiones efectuadas por éste durante la vigencia del contrato, de acuerdo con lo previsto por la cláusula 20.6.

"2. Por causas atribuibles a la Empresa:

"2.1) Ante el incumplimiento de la Empresa en la entrega al Gestor de la Infraestructura, por un periodo igual o superior a dos (2) meses, éste podrá dar por terminado el Contrato de manera unilateral y la Empresa deberá pagarle, sin necesidad de requerimiento previo o declaración judicial o intervención judicial alguna, a los cuales renuncian expresamente las partes, la suma de SEIS MIL MILLONES DE PESOS (\$6.000.000.000), a título de pena y de indemnización de daños y perjuicios así como de compensación. El Gestor con el pago de la citada suma manifiesta que se da por resarcido en todos sus posibles daños y perjuicios y se entienden las partes a paz y salvo.

"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 dé dentro del primer quinquenio, al 30% en el caso en que se dé dentro del segundo quinquenio, al 25% en el caso en que se dé dentro del tercer quinquenio y al 18% en el caso en que se dé dentro del cuarto quinquenio.

"Al valor antes mencionado se le adicionará el cinco por ciento (5%) del valor presente de las Inversiones correspondientes a los cinco (5) años siguientes a la fecha de terminación anticipada, establecidas en el programa de Inversión entregado por el Gestor en la propuesta económica, Inversiones que serán descontadas a una tasa del catorce por ciento anual (14%). El resultado del valor presente de las Inversiones será actualizado con el IPC a la fecha de terminación del Contrato. Para los últimos cinco (5) años de vigencia del Contrato, la parte correspondiente a la indemnización de las Inversiones será el resultado de sumar el siete por ciento (7%) del monto de las Inversiones para cada año que falte hasta la finalización del Contrato.

"El valor de la indemnización/compensación determinada en este numeral 2.2., se pagará por la Empresa al Gestor dentro de los TREINTA (30) días hábiles siguientes a la fecha de terminación del Contrato.

“El Gestor acepta y se obliga a que la Infraestructura y los Activos del Gestor son propiedad de CEDELCA por el hecho mismo de la terminación del Contrato.

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

“Las 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-

De la lectura de la cláusula contractual en cita puede advertirse como las partes regularon minuciosamente las condiciones bajo las cuales operaría la denominada “cláusula penal”, indicando al respecto los eventos en que habría de darse aplicación a la misma, tanto por causas atribuibles al gestor, como por eventos imputables a CEDELCA.

- (i) Partiendo de esta distinción se observa que, tratándose del primer supuesto denominado por las partes como “*causas atribuibles al gestor*”, se estableció como único evento que cuando hubiere lugar a la terminación anticipada del contrato por circunstancias imputables al contratista, procedía el reconocimiento de la “cláusula penal” a favor de CEDELCA, consistente en el pago de una suma de dinero prefijada por las partes, la cual sería debidamente actualizada a la fecha de terminación del contrato.

Como puede advertirse, es la terminación anticipada del contrato de gestión por causas atribuibles al contratista, el hecho o supuesto fáctico que daba lugar a la aplicación de la “cláusula penal” en este primer evento contemplado en la cláusula 13, el cual tenía como claro beneficiario de dicha cláusula a la entidad contratante.

Aunado a lo anterior, destaca el Tribunal la manifestación hecha en el inciso final del numeral 1º de la cláusula 13, en el cual quedó consignado que aún en el evento en que se configurara el supuesto

que daba lugar a reconocer y pagar la "*cláusula penal*" a favor de **CEDELCA**, esto es, la terminación anticipada del contrato por causas imputables al contratista, había lugar a reconocer a favor del Gestor las inversiones realizadas con ocasión del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula 20.6, circunstancia importante que permite advertir que la cláusula 13 no se contrapone con lo estipulado en la cláusula 20.6, de manera que nada obsta para que en un evento en particular sea reconocida y pagada la "*cláusula penal*" en favor de la entidad contratante y, a su vez, se reconocieran y pagaran al gestor las inversiones ejecutadas en el marco del contrato, aspecto éste de marcada relevancia sobre el cual se volverá más adelante.

(ii) Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto a que alude la cláusula 13, esto es, a la aplicación de la "*cláusula penal*" por causas atribuibles a **CEDELCA**, los contratantes contemplaron, a su vez, dos eventos a saber:

- El primero, está referido al incumplimiento de la entidad contratante en la entrega de la infraestructura al Gestor, circunstancia que daba lugar a que el contratista pudiera ejercer la potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, aunado al consecuente reconocimiento y pago de una suma de dinero a favor suyo, a título de "*cláusula penal*" indemnizatoria y/o compensatoria.
- El segundo evento alude al supuesto en que tuviera lugar la terminación anticipada del contrato, "*... por razones atribuibles a la Empresa y sin justa causa*", distintas en todo caso a la contemplada en el numeral anterior. En este nuevo supuesto, la entidad pública contratante reconocería y pagaría al gestor un valor en dinero a título de "*cláusula penal*" indemnizatoria y/o compensatoria, con lo cual se entenderían resarcidos los perjuicios presentes y futuros sufridos por el contratista a raíz de dicha terminación contractual.

Debe destacarse en este punto que en el inciso final del numeral 2.2 -bajo análisis-, se dejó también expresa constancia en cuanto a que el reconocimiento y pago de la "*cláusula penal*" a raíz de la terminación anticipada del contrato por razones imputables a **CEDELCA** o por decisión de **CEDELCA** sin una justa causa para ello, no era impedimento para efectuar igualmente el reconocimiento y pago de las inversiones hechas por el gestor, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula 20.5 del contrato, lo cual ofrece claridad en cuanto a que ambas estipulaciones contractuales (13 y 20.5) tampoco se contraponen y pueden aplicarse conjuntamente en el evento en que se configure el supuesto estipulado contractualmente para cada caso.

Las consideraciones hasta aquí expuestas permiten advertir al Tribunal que, a excepción de lo estipulado en el numeral 2.1 de la cláusula 13, en el cual se indicó que habría lugar a la “*cláusula penal*” a favor del contratista debido al incumplimiento en la entrega de la infraestructura por parte de CEDELCA, los demás supuestos que fueron contemplados por los contratantes para dar aplicación a la “*cláusula penal*”, están referidos ineludiblemente a la terminación anticipada y unilateral del contrato. En efecto, sin perder de vista la excepción indicada *supra*, se observa cómo la terminación anticipada del contrato se constituye en la premisa o condición esencial contemplada por los contratantes para que la “*cláusula penal*” tuviera aplicación en cada caso, distinguiéndose únicamente cuando los eventos que dieran lugar a dicha terminación fueran imputables al contratista y cuando dicha terminación se decretara por causas atribuibles a la entidad contratante.

En este contexto, resulta importante para el Tribunal tener claridad sobre el concepto y la naturaleza de la cláusula penal como institución jurídica propia del derecho de las obligaciones, a fin de establecer con base en este análisis el alcance y entendimiento que habrá de darse a lo pactado en este sentido en el Contrato de Gestión.

Partiendo de la definición legal que se ha dado a la cláusula penal, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1592 del Código Civil, “[l]a *cláusula penal* es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” -subraya el Tribunal-.

Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio se refiere a la cláusula penal indicando que, “*Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse*”.

La lectura de las disposiciones normativas en cita permite colegir con claridad el objeto que legalmente se atribuye a la cláusula penal pecuniaria, el cual está representado en dos aspectos perfectamente reconocibles y que son inherentes a esta institución jurídico-negocial, esto es, su carácter compulsivo, de un lado, y su contenido indemnizatorio o compensatorio, de otra parte.

En primer lugar, tratándose del carácter compulsivo o coercitivo de la cláusula penal⁶⁰, debe tenerse presente que al estipularse dicha cláusula en el marco del respectivo contrato, se pretende instar o alentar a los contratantes a cumplir debida y oportunamente con la prestación a la cual se han comprometido, pues en

⁶⁰ En este sentido, la H. Corte Suprema ha señalado con claridad que, “... la *cláusula* en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de junio de 2000, Exp. C-4823, M.P. José Fernando Ramírez Gómez).

el evento de evidenciarse el incumplimiento por parte de alguno de ellos, será compelido a cumplir con la "pena" que expresamente se ha estipulado en el contrato a título de cláusula penal, pues como lo ha indicado la doctrina especializada, "[l]a garantía de la cláusula penal se basa en la presión psicológica que tiene el deudor de verse expuesto a una pena que le signifique un apreciable mayor pago, temor que ha de inducirlo a poner más cuidado y esmero en el cumplimiento de la obligación principal"⁶¹.

El segundo aspecto o función que la ley atribuye a la cláusula penal es de orden compensatorio, pues a través suyo se establece desde el inicio la prestación que a título de indemnización habrá de reconocerse y pagarse ante el incumplimiento de la obligación correspondiente o a raíz de la demora en el cumplimiento de la misma, o simplemente por la ocurrencia de un hecho pactado (Vr.gr. la terminación anticipada del contrato), frente a lo cual cabe agregar que dicha estimación anticipada de perjuicios hecha por los contratantes se hace exigible *per se*, de manera que no requerirá prueba para efectos de obtener su pago por parte del deudor⁶².

En otras palabras, la cláusula penal se acuerda, "... con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad"⁶³ -subraya el Tribunal-.

Según se observa, es notable la intención indemnizatoria de la cláusula penal, a través de la cual se pretende estimar desde un principio la prestación que recibirá el acreedor ante el incumplimiento demostrado del obligado, o la compensación por los efectos de un hecho previsto, aún no constitutivo de incumplimiento; de ahí que la doctrina concluya con acierto y claridad que la cláusula penal, "... es compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de éstos hacen las partes"⁶⁴.

Las acotaciones anteriores se desprenden directamente de lo dispuesto por el legislador en relación con la cláusula penal pecuniaria, de lo cual puede advertirse con claridad el objeto y la finalidad pretendida por los contratantes cuando deciden pactar esta precisa cláusula accidental en el marco de su negocio jurídico. De

⁶¹ ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel. VODANOVIC H., Antonio: Tratado de las Obligaciones, Vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 331.

⁶² Expresa la doctrina en cuanto al objeto y las ventajas de las denominadas cláusulas penales, que las mismas "... ahorran costos en materia de prueba de daños y perjuicios, establecen al respecto una indiscutible certidumbre y pueden, en alguna medida, limitar -y en este sentido dar seguridad- a la situación del deudor" (CLÁUSULA PENAL Y RESOLUCIÓN DE CONTRATO. EN: ENSAYOS JURÍDICOS, Tomo II, Luis Díez-Picazo, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 2630).

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de mayo de 1996.

⁶⁴ CLARO SOLAR, Luis: Derecho Civil, Tomo I, Imprenta Universal de Chile, Santiago de Chile, 1986, pp. 508.

manera específica, la normatividad bajo análisis deja en evidencia que esta cláusula tiene tanto una función conminatoria, como una función indemnizatoria y/o compensatoria, cada una de ellas de importancia destacable frente a la relación contractual respectiva, pues, en principio, funge como instrumento mediante el cual se insta a los contratantes a dar debido y oportuno cumplimiento a las obligaciones que cada uno asumió en el marco del contrato correspondiente y, como consecuencia de un eventual incumplimiento contractual, sirve de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que por tal circunstancia sufre el acreedor de la obligación, quien, además, estará exento de probar el monto de la respectiva compensación a que tiene derecho, por haberse estimado ésta desde el mismo momento en que se pactaron las condiciones del contrato⁶⁵.

Sobre este particular se ha referido también la doctrina especializada en la materia, indicando que el objeto de la cláusula penal está encaminado, en principio, a asegurar el cumplimiento de la obligación principal del contrato y, eventualmente, a indemnizar el daño sufrido por el acreedor con ocasión del incumplimiento definitivo, por el cumplimiento tardío o por el cumplimiento deficiente de la respectiva obligación, o sencillamente se dirige a compensar los efectos nocivos derivados de un hecho previsto y cuya ocurrencia fue materia de pacto, como es el caso de la terminación anticipada del Contrato por una de las partes, para referirnos concretamente al Contrato de Gestión que nos ocupa.

Cabe destacar en este sentido lo señalado por el profesor **CLARO SOLAR**, quien al referirse a la cláusula penal pecuniaria ha puesto de presente su doble connotación o finalidad en los siguientes términos:

"El objeto de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento de la obligación principal según se expresa en la definición del artículo 1535.

"Por consiguiente la mira de los contratantes no ha sido la extinción ni la resolución de la obligación principal por medio de la cláusula penal, sino al contrario establecer un apremio que impulse al deudor al cumplimiento y puntual ejecución de la obligación; y el acreedor puede en todo momento perseguir el cumplimiento de la obligación principal en lugar de exigir la pena. (...)

"La cláusula penal es estipulada además con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal: es, por consiguiente, compensatoria de los daños y perjuicios que

⁶⁵ "Pero no solo la cláusula penal como evaluación de los perjuicios evita la prueba de la existencia de éste, sino que también evita la discusión sobre su cuantía. En todo caso se deberá la cuantía establecida en la cláusula penal, aun cuando el monto real de los perjuicios sufridos por el acreedor sea muy inferior." (ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel. VODANOVIC H., Antonio: Ob. Cit., pp. 330)

sufre el acreedor, según la apreciación que éstos hacen las partes.⁶⁶ -Destaca el Tribunal-

En similares términos, **DÍEZ-PICAZO** analiza la cláusula penal y hace referencia a su finalidad conminatoria e indemnizatoria, destacando adicionalmente que la “pena convencional” -como expresamente la denomina-, puede considerarse también como garantía de la obligación, habida cuenta que con la misma se asegura el cumplimiento por parte del deudor y se facilita la exigibilidad del crédito. En palabras del doctrinante se tiene que:

*“Se denominada ‘pena convencional’ a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal. Económicamente, la estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito. La jurisprudencia ha señalado que entraña un ‘medio de presión’, que actúa sobre el deudor forzándole al cumplimiento y que, además, facilita la exigibilidad al hacer superflua o innecesaria la prueba del daño y de su cuantía, si la obligación es cumplida de un modo inadecuado. Jurídicamente, puede ser considerada también como sanción, convencionalmente establecida, del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional.”*⁶⁷ - Subraya del Tribunal-

Por su parte, **VON TUHR** analiza la cláusula penal y manifiesta frente a la misma que es inherente a su objeto el conminar al deudor para que dé cumplimiento debido a la prestación u obligación principal a la cual se comprometió, indicando adicionalmente que ante el eventual incumplimiento que se verifique en este sentido, habrá de pagarse la indemnización que se ha estimado anticipadamente por los contratantes a título de cláusula penal.

Para este autor, “[u]na de las modalidades más importantes de la promesa condicionada es la pena convencional o cláusula penal. Es el acto por el cual el deudor promete al acreedor una prestación (consistente por lo general en dinero) para el caso de que deje incumplida o no cumpla debidamente, sobre todo puntualmente, una obligación, a la que suele darse el nombre de obligación principal. La pena convencional puede consistir en una suma fija o ajustarse a la cuantía de la infracción contractual. Mediante la pena convencional se ejerce una presión sobre el deudor, al que se conmina con un determinado perjuicio para el caso de infringir el contrato, perjuicio que excede generalmente de la indemnización establecida por la ley y que surge, por tanto, para el efecto de pena; por otra parte, esta cláusula exime al acreedor de la prueba, que en ciertos

⁶⁶ CLARO SOLAR, Luis: Derecho Civil, Tomo I, Imprenta Universal de Chile, Santiago de Chile, 1986, pp. 508.

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 397.

casos puede ser muy difícil, de los daños que se le producen por el incumplimiento de la obligación" -subraya el Tribunal-.

Puede advertirse de manera diáfana que la doctrina se inclina preponderantemente en considerar que la cláusula penal tiene, en principio y salvo disposición contractual en otro sentido, un objeto conminatorio e indemnizatorio, lo cual implica que mediante la estipulación convencional de la misma en el respectivo negocio, los contratantes pretenden, de un lado, asegurar el cumplimiento debido y oportuno de la prestación acordada y, de otro, estimar anticipadamente los perjuicios derivados del eventual incumplimiento, a fin de compensar al acreedor por los daños sufridos con ocasión de esta especial circunstancia, quien ni siquiera requerirá para ello de intervención judicial y mucho menos de prueba sobre la cuantificación del daño sufrido.

Sin perder de vista lo expuesto y destacando la coincidencia de los conceptos expresados por la doctrina respecto de la cláusula penal, los cuales, incluso, son respetuosos de lo dispuesto normativamente en relación con esta institución jurídica, es menester para el Tribunal prestar atención a un aspecto puntual que se ha observado como condición tenida de modo general como inherente a la cláusula penal. Se trata precisamente del objeto mismo de esta figura jurídico-negocial, el cual –según se ha visto– en principio, está referido de una u otra forma al cumplimiento o incumplimiento de la prestación u obligación principal del contrato, lo cual daría a entender que el supuesto que da lugar a la configuración y aplicación de la cláusula penal está enfocado únicamente a los hechos constitutivos de incumplimiento contractual.

En efecto, repasando lo dicho en cuanto a la cláusula penal, se evidencia que a través de la misma se pretende instar al cumplimiento del contrato o estimar anticipadamente los perjuicios que se ocasionen ante un eventual incumplimiento de la prestación contractual a cuya ejecución se obligó el deudor, circunstancia que lleva al Tribunal a plantearse el siguiente interrogante: ¿la estipulación de la cláusula penal y su aplicación procede única y exclusivamente para los eventos referidos al incumplimiento de la prestación contractual o puede ser pactada y regulada también para otro tipo de supuestos, como es el caso de la terminación anticipada del Contrato?

Adquiere importancia lo anterior frente al caso concreto en consideración a que, según se estipuló en la cláusula 13 del Contrato de Gestión, los contratantes previeron como supuesto para la aplicación de la cláusula penal, la terminación anticipada del contrato por causas atribuibles al contratista o a la entidad pública contratante, respectivamente. Sin embargo, salvo la excepción a que se hizo referencia párrafos atrás contenida en el numeral 2.1 de la cláusula 13, los contratantes no contemplaron directamente el incumplimiento contractual de la obligación principal como supuesto esencial para dar aplicación a la cláusula

penal, sino que se refirieron –valga la reiteración– a la terminación anticipada y unilateral del contrato.

A fin de tener claridad a este respecto, es determinante hacer hincapié en el carácter convencional de la cláusula penal, pues entendiendo que la misma surge a raíz del mutuo acuerdo manifestado por los cocontratantes, es perfectamente viable que las partes, “... *ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual*”⁶⁸, puedan disponer no solo de su intención de pactar una cláusula penal en el marco del negocio jurídico, sino, también, de regular el contenido y alcance de la misma, atendiendo a las particularidades propias de la respectiva prestación contractual.

El carácter convencional propio de la cláusula penal ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia, en cuya jurisprudencia se ha indicado que dada la naturaleza negocial de dicha cláusula, esta puede ser calificada, “... *como un acto jurídico adicional y accesorio del principal, constituye una ley para los contratantes, no mutable, ... [que] es el fruto del libre acuerdo y de la autonomía de la voluntad, expresado con toda la conciencia*”⁶⁹ -se destaca-.

Cabe destacar en este sentido que la estipulación de la cláusula penal y la regulación de su contenido y alcance, pertenecen “... *al campo estricto de los intereses de las partes, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo*”⁷⁰, lo cual deja en evidencia el amplio margen negocial que al respecto tienen los contratantes para pactar la cláusula penal en el marco del respectivo contrato y para definir el propósito particular pretendido con la misma, sin perjuicio de que sean ellos mismos quienes directamente dispongan también las reglas, condiciones y consecuencias que sean aplicables a determinado supuesto contractual.

La doctrina especializada en la materia se ha referido también a este preciso aspecto, indicando sobre el particular que, “*[[la prestación penal puede poseer una naturaleza diversa. Las partes gozan de una gran libertad para configurarla, sin otros límites que los generales de la autonomía privada]]*”⁷¹ –subraya fuera del texto–. De manera que atendiendo a la disposición de los contratantes, la cláusula penal puede cumplir distintas funciones, entre las que claramente se destaca la de servir como método válido y eficiente para prefijar la indemnización derivada del incumplimiento del contrato o de cualquier otra circunstancia que para las partes sea generatriz de perjuicios y, por ende, merezca un reconocimiento económico⁷².

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de treinta (30) de agosto de 2012, Rad. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de junio de 2000, Exp. No. C-4823, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁷⁰ Díez-PICAZO, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 403.

⁷¹ Ibidem, pp. 398.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de siete (7) de junio de 2002, Exp. 7320, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Así las cosas, es perfectamente posible que los contratantes estipulen la cláusula penal en el marco de su negocio con un objeto específico y especial distinto al incumplimiento de la prestación u obligación principal del contrato, como es el caso, por ejemplo, del ejercicio de la potestad convencional de terminar anticipada y unilateralmente la relación contractual, hecho que evidentemente puede causar perjuicios, tanto para el contratante que decidió terminar el contrato ante el incumplimiento del deudor, como para la otra parte en el evento en que dicha determinación no se adopte con sustento en una probada "justa causa" contractual.

No sobra advertir en todo caso que, atendiendo la naturaleza indemnizatoria inherente a la cláusula penal, el supuesto o la circunstancia que de acuerdo a la voluntad de las partes dé lugar a la aplicación de la misma, deberá ser fruto de una conducta dolosa o culposa atribuible al deudor, pues de tratarse de un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, se rompería el nexo causal y no podría imputarse responsabilidad alguna⁷³.

Efectivamente, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal es una especie de autotutela privada que, autorizada por la ley, suple en precisos eventos la función judicial en lo que tiene que ver con la facultad de ordenar la indemnización de perjuicios y/o su compensación, de manera que deberá tenerse en cuenta al momento de pactarse dicho acuerdo penal en el contrato y de regularse su contenido, la estricta necesidad de considerar los distintos elementos de la responsabilidad contractual para efectos de establecer los supuestos en los cuales habrá de aplicarse esta cláusula especial⁷⁴.

Concretamente, ha señalado la jurisprudencia en este sentido lo siguiente:

"[S]iendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas

⁷³ A este respecto, ha dicho la doctrina: "Para que el acreedor pueda exigir la pena es preciso que el incumplimiento de la obligación provenga de la culpa o dolo del deudor, que le sea imputable. Si el incumplimiento proviene de un caso fortuito, no hay lugar al pago de la pena". (ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel. VODANOVIC H., Antonio: Ob. Cit., pp. 340)

⁷⁴ A este respecto, son importantes las consideraciones expuestas por DIEZ-PICAZO, quien al referirse a la cláusula penal, hace énfasis en la necesidad de tener en cuenta la teoría del daño y las condiciones jurídicamente contempladas para la indemnización del mismo. Concretamente, el autor ha indicado lo siguiente: "Cuando la pena actúa en función de liquidación del daño, los problemas relativos a la procedencia o improcedencia del deber de resarcimiento y los requisitos generales de la responsabilidad contractual siguen las reglas generales, que no quedan modificadas por el establecimiento de aquélla." (DÍEZ-PICAZO, Luis: Ob. Cit., pp. 401)

*latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio."*⁷⁵

Nuevamente, la Corte Suprema de Justicia recaba sobre la naturaleza convencional que es propia de la cláusula penal, destacando al respecto los precisos límites que deben atender los contratantes en materia de responsabilidad contractual, pues claramente se advierte que el carácter indemnizatorio de la denominada pena convencional, requiere necesariamente de la observancia y aplicación de los distintos elementos de la responsabilidad contractual aplicados al caso concreto.

Teniendo en cuenta, entonces, el amplio margen que tienen las partes del Contrato para estipular y regular el alcance y las reglas de aplicación de la cláusula penal, el Tribunal advierte que en el ejercicio de su voluntad contractual, ellas pueden fijar los distintos supuestos que den lugar a la aplicación de la mencionada cláusula, sin restringirse para ello a un supuesto de incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación principal.

Precisamente, recordando que es objeto de discusión en el *sub lite* el hecho concerniente a la terminación anticipada del contrato de gestión, como supuesto que daba lugar a la aplicación de la cláusula penal, es menester considerar -según lo ha indicado la doctrina- que, "[n]inguna duda existe respecto de la posibilidad de las cláusulas penales en materia de resolución"⁷⁶ -se destaca-, de manera que es perfectamente posible distinguir entre una cláusula penal estipulada para el caso de incumplimiento contractual y otra contemplada respecto del supuesto de resolución del contrato o de terminación anticipada del mismo, ambas posibilidades del todo válidas y sujetas únicamente a la libertad de configuración contractual que le asiste a los contratantes.

Debe tenerse en cuenta sobre este particular que, "... el daño de resolución es de naturaleza diferente del daño de incumplimiento lo que significa que si las partes hubieran previsto al estipular la pena una reparación para el daño de incumplimiento no se podría exigir en el caso de resolución, donde hay un daño diferente"⁷⁷. Lo anterior adquiere marcada importancia para efectos de inquirir el propósito de los contratantes al estipular la cláusula penal, pues teniendo en cuenta la imposibilidad de confundir la cláusula penal para los eventos de incumplimiento contractual o de terminación anticipada, es menester que sean las

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de junio de 2000, Exp. No. C-4823, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁷⁶ CLÁUSULA PENAL Y RESOLUCIÓN DE CONTRATO. EN: ENSAYOS JURÍDICOS, Tomo II, Luis Díez-Picazo, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 2646.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 2647.

partes quienes manifiesten con claridad el supuesto a que se refieren y para el cual habrá de aplicarse la pena correspondiente.

Partiendo de lo anterior, es posible que los contratantes acuerden como cláusula accidental a su contrato, que habrá pena convencional para eventos precisos y específicos referidos a la terminación anticipada y unilateral del mismo, pues este aspecto no es ajeno a la libertad de configuración contractual de las partes, quienes no solo podrán pactar cláusula penal para eventos de incumplimiento contractual, sino, también, para supuestos referidos a la terminación anticipada del contrato.

De lo anterior da cuenta la doctrina especializada en la materia, la cual, de manera precisa, se ha referido a la cláusula penal pecuniaria pactada para los eventos de terminación anticipada o resolución del contrato, indicando al respecto que no puede discutirse la posibilidad que le asiste a los contratantes para acordar una pena convencional relacionada con este preciso supuesto, a fin de efectuar una liquidación anticipada de perjuicios y establecer consecuentemente la indemnización correspondiente frente al caso en que se termine anticipadamente el contrato de manera indebida o éste deba terminarse por uno de los contratantes a raíz del comportamiento irregular de la otra parte del negocio, o sencillamente la contratante concrete su voluntad de terminar el convenio, sin que para ello cuente con una “*justa causa*”.

Vale destacar en este sentido las palabras de la doctrina, las cuales, por su pertinencia y utilidad merecen citarse *in extensum*:

“Admitida, como generalmente lo es, la doble función de las cláusulas penales, que liquidan la indemnización de daños o la absorben y pueden significar garantía de presión del cumplimiento, creo que no puede discutirse que, en materia de resolución, pueden funcionar cláusulas de liquidación del daño o de las indemnizaciones. Esta idea puede, incluso, ampliarse a todas aquellas compensaciones o más exactamente restituciones que el acreedor debiera recibir como consecuencia de la resolución.

“Por lo demás la validez de este tipo de cláusulas se encuentra reconocida en nuestra legislación, en la que especialmente las normas protectoras de consumidores y usuarios han tratado de reducir su alcance pero nunca de negarle validez. (...)”

“No obstante lo anterior, el daño de resolución no se iguala al daño de incumplimiento, entre otras razones porque el demandante de la resolución, o el que la acuerda, obtiene con ello algunas ventajas, como son notoriamente la de quedar liberado de cumplir sus propias obligaciones o la de obtener la restitución de aquello que hubiera

transmitido o atribuido, que es la razón por la cual, en definitiva, ha elegido este camino.

“Por la misma razón, no constituirá un daño indemnizable, tras la resolución el conjunto de lucros cesantes que después de ella se hubiera producido, aunque nadie ponga en duda que sí lo constituirán todos aquellos que hubieran acaecido en un momento anterior. Ello es especialmente importante en las llamadas obligaciones duraderas o de tracto sucesivo. Si se elige la vía de la resolución, es porque se quiere dar por terminado el contrato o llegar a la misma situación que si no se hubiera celebrado, según los casos. Por consiguiente: el curso de los acontecimientos en una fase posterior no puede tomarse en cuenta porque el demandante ha elegido resolver, todo ello sin olvidar que, al resolver y liberarse, deja expeditas las posibilidades para obtener lucros que son situaciones no protegidas por el contrato ya disuelto. Y en este sentido no se deja tampoco olvidar que de acuerdo con las más modernas directrices jurisprudenciales la resolución puede ejercitarse por el interesado extrajudicialmente, caso en el cual los tribunales sólo dirán si estuvo bien o mal hecha, refiriendo el momento de la resolución a aquél en que el interesado emitió una declaración de voluntad.”⁷⁸ -

Destaca el Tribunal-

El aparte en cita no deja espacio de duda en cuanto a la validez y utilidad de la cláusula penal que se estipula para los eventos de terminación anticipada del contrato, destacando igualmente que el acaecimiento de esta circunstancia puede generar perjuicios susceptibles de indemnización. De ahí la factibilidad para que los contratantes puedan, además de contemplar la potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, fijar la indemnización y/o la compensación a que haya lugar en el evento en que dicha facultad se ejerza indebidamente o para el caso en que la terminación tenga lugar tras el comportamiento incumplido de uno de los contratantes, o sencillamente ocurra sin una justa causa acreditada en los términos de la ley y del convenio. Lo anterior, sin perjuicio del carácter conminatorio que también puede atribuirse a esta precisa cláusula, pues claramente su existencia en el contrato instará a las partes para que ejerzan en debida forma la facultad de terminación anticipada y cumplan con sus respectivas obligaciones a fin de que no se configure supuesto alguno que origine la posibilidad de terminar irregularmente la relación contractual.

Bajo estas consideraciones, el Tribunal encuentra que la cláusula penal que fue pactada por las partes en la cláusula 13 del contrato de gestión comprende este preciso supuesto, esto es, la terminación anticipada y unilateral del contrato, evento que para los contratantes sería generador de responsabilidad y, consecuentemente, un hecho pasible de ser indemnizado en atención a los

⁷⁸ Ibidem, pp. 2645.

perjuicios causados a raíz de la decisión adoptada por uno de ellos de dar por terminada la relación contractual, sin una causa justa que la respalde.

En este orden de ideas, recordando que en la mencionada cláusula 13 se contempló expresamente que se daría aplicación a la cláusula penal con ocasión de la terminación unilateral y anticipada del contrato, ya fuere por causales atribuibles a **CEDELCA** o por razones imputables al contratista -gestor, es menester concluir al respecto que dicha cláusula así pactada es plenamente válida y, por ende, genera efectos jurídicos de conformidad con lo establecido por las partes en el contenido de la misma, en el sentido de estimar desde un inicio los perjuicios y predefinir la indemnización a que hubiere lugar con ocasión del ejercicio de dicha facultad convencional.

Ahora bien, sin perder de vista lo anterior, quiere destacar el Tribunal el contenido subjetivo que fue contemplado por las partes en el marco de la cláusula 13 del contrato de gestión como requisito *sine qua non* para dar aplicación a la cláusula penal. En efecto, recordando lo expuesto párrafos atrás en el sentido de destacar la necesidad de que las partes tuvieran en cuenta los elementos de la responsabilidad contractual al momento de estipular y regular la respectiva cláusula penal, es preciso considerar que tratándose de la referida cláusula 13, los contratantes tuvieron en cuenta la conducta contractual como condición imprescindible para que pudiera operar la pena convencional.

Concretamente, en el numeral 1º de la cláusula 13 -antes citada-, las partes estipularon que operaría la cláusula penal en el evento en que el contrato terminara anticipadamente por causas atribuibles al contratista - gestor, siendo determinante para este primer supuesto el comportamiento incumplido del Gestor, el cual, de comprobarse a la luz del texto contractual, daría lugar a que **CEDELCA** terminara unilateral y anticipadamente el contrato de gestión y, consecuentemente, a que se impusiera en detrimento del contratista la cláusula penal.

En contraste con lo anterior, en el numeral 2.2 de la misma cláusula, se contempló que también habría lugar a imponer la cláusula penal -pero esta vez a favor del contratista-, en el evento en que **CEDELCA** diera por terminado el contrato sin contar para ello con una "*justa causa*" que le permitiera ejercer dicha potestad convencional, siendo determinante en este caso el indebido y equivocado ejercicio de la facultad de terminar la relación contractual por parte de la entidad pública contratante.

Adicionalmente, en el numeral 2º de la cláusula 13, también se hace mención a dos aspectos puntuales, de un lado, a la terminación anticipada y unilateral que podía decretar el contratista - gestor por el incumplimiento de **CEDELCA** en la entrega oportuna de la infraestructura, conducta que daría lugar a la aplicación de la cláusula penal, pero de otra parte, también habría lugar a la aplicación de la

pena convencional en contra de la entidad contratante en el caso en que el contratista - gestor hubiere terminado el Contrato al advertir el incumplimiento contractual de **CEDELCA** por una causa distinta a la no entrega oportuna de la infraestructura.

Cada una de las circunstancias mencionadas demuestra que las partes tuvieron en cuenta como hecho determinante de la cláusula penal el comportamiento culposo o doloso como elemento definitivo para terminar anticipadamente el contrato y aplicar consecuentemente la pena convencional, al punto en que la cláusula 14 del contrato de gestión fue clara en indicar que no habría responsabilidad alguna en los eventos configurativos de caso fortuito o de fuerza mayor, de manera que la cláusula penal así concebida es del todo respetuosa de la teoría de la responsabilidad contractual.

Los comentarios precedentes dan lugar a concluir que la cláusula penal estipulada por los contratantes en la cláusula 13 del contrato de gestión, es plenamente válida y puede producir los efectos jurídicos pretendidos a través de la misma por los celebrantes, quienes avizoraron desde un inicio que el ejercicio de la potestad contractual de terminación anticipada y unilateral del contrato podría ser causante de perjuicios que sin duda merecían ser resarcidos.

Ahora, teniendo en cuenta el objeto de las pretensiones que han planteado ambas partes en el presente proceso, así como la situación fáctica que da lugar a la respectiva controversia, relacionadas directa o indirectamente con la decisión adoptada por **CEDELCA** de terminar anticipadamente el contrato, es menester para el Tribunal centrar su atención en establecer el alcance y los efectos de la cláusula penal frente a este preciso supuesto.

En este sentido, es preciso advertir que la cláusula 13 del contrato de gestión estipula de manera concreta que en el evento en que **CEDELCA** decida terminar anticipadamente el contrato aduciendo y demostrando para ello causas atribuibles al contratista, habrá lugar a la aplicación de la cláusula penal en contra del Gestor; sin embargo, debe indicarse también que de comprobarse que dicha decisión se hubiere adoptado por parte de la entidad contratante sin tener para ello una "*justa causa*", habría lugar a la imposición de la cláusula penal, pero en este caso a favor del contratista.

Bajo esta perspectiva, resulta importante hacer referencia a la "*justa causa*" de que trata la cláusula 13 del contrato de gestión -concepto al que alude también la cláusula 20.5-, pues, según se advierte, esta precisa condición es determinante para prohiar la validez de la decisión adoptada para dar por terminado el contrato anticipada y unilateralmente. A este respecto, es preciso considerar que la institución jurídica de la "*justa causa*" está íntimamente ligada a la terminación anticipada y unilateral del contrato, pues si bien es cierto que los contratantes pueden estipular convencionalmente esta precisa facultad cuyo ejercicio da lugar

al fenecimiento de la relación contractual, también es cierto que dicha decisión no tendría consecuencias económicas indemnizatorias y/o compensatorias a cargo de la parte que adopte la decisión, solo cuando esté precedida y sustentada en una razón valedera o en una causa que justifique la terminación anormal del contrato.

Es cierto que al pactarse la terminación anticipada y unilateral del contrato surge para los contratantes el derecho de ejercer dicha facultad, sin que se requiera para ello del beneplácito o aquiescencia de la otra parte; no obstante, es imperioso tener en cuenta que el ejercicio de este derecho, *"... no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia"*⁷⁹, pues, *"... el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados"*⁸⁰.

Por esta razón adquiere importancia la institución jurídica de la *"justa causa"*, cuyo objeto no es otro que evitar la configuración de un abuso del derecho cuando se ejerce la facultad convencional de terminar anticipada y unilateralmente el contrato. De ahí la importancia para que al momento en que se analice por parte de un respectivo contratante la posibilidad de dar por terminada anticipadamente la relación contractual, se tenga en cuenta que para ello es imprescindible tener una causa justificante que sirva de sustento pleno y válido a dicha decisión.

No es de poca monta la referencia que se hace a la figura del abuso del derecho en esta parte del análisis, pues el estudio de la *"justa causa"* en el marco de la terminación unilateral y anticipada del contrato presupone necesariamente la aplicación de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, es deber de toda persona, *"[r]espeter los derechos ajenos y no abusar de los propios"*, en concordancia de lo cual debe observarse lo prescrito por el artículo 830 del Código de Comercio al establecer con claridad que, quien *"[a]buse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause"*.

De esta forma, la *"justa causa"* se erige como sustento válido y legítimo para ejercer el derecho convencional que tienen los contratantes para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato, garantizándose así el respeto por los derechos de la otra parte contratante y evitando abusos de quien decide terminar irregularmente la relación contractual.

Ahora bien, en cuanto a las causas justificantes que en el marco de un respectivo negocio pueden dar lugar a su terminación anormal, es imperioso tener en cuenta lo estipulado al respecto por las partes en el texto mismo del contrato, quienes, a

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2001, Exp. 6.230, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

la par de la facultad de terminación unilateral, contemplan en el clausulado contractual las causas o razones que a su juicio dan lugar al ejercicio de este derecho convencional.

Vale destacar de nuevo en este punto el principio de libertad contractual, pues con fundamento en sus postulados, los contratantes pueden consagrar las causas que justifican la terminación anticipada y unilateral del contrato, frente a lo cual debe considerarse que al estipularse la respectiva causal de terminación habrá de prestarse especial atención a los criterios de prudencia y respeto por los derechos fundamentales que son recíprocos a los cocontratantes, de manera que al ejercerse esta potestad contractual no se incurra en una conducta arbitraria o excesiva que sea contraria a los intereses de la parte afectada con la decisión.

Tratándose del caso sometido a la definición judicial, el Tribunal encuentra al dar lectura al Contrato de Gestión, que los contratantes se encargaron de estipular en diversos apartes del mismo las distintas razones que, a su juicio, constituían causas justificantes para terminar anticipada y unilateralmente la relación contractual. Tal es el caso, a manera de ejemplo, de las cláusulas 19 y 20 del contrato, en las cuales se contemplaron de forma específica los eventos que darían lugar al ejercicio de la potestad de terminación anticipada, sin perder de vista que también se consagraron otras causales en las cláusulas 9.5, en el inciso final de la cláusula 10, en el inciso cuarto de la cláusula 15 y en la cláusula 17, entre otros apartes contenidos en el Anexo Técnico del contrato.

Cada uno de los eventos a que se refieren las mencionadas cláusulas constituía a la luz del contrato una “justa causa” para darlo por terminado anticipadamente, en unos casos por decisión de la entidad contratante y en otros por determinación del contratista - gestor. Es preciso indicar que en todo caso era requisito *sine qua non* que frente a cada evento de terminación se tuviera plena certeza en cuanto a la configuración de la causa que daba lugar al mismo, en el sentido que estuviera demostrado efectivamente el supuesto fáctico que daba cuenta del respectivo incumplimiento contractual y, por ende, habilitaba al contratante correspondiente para declarar la terminación en los términos de la autorización pactada al efecto, para lo cual era menester que se efectuara una interpretación restrictiva que evitara la incursión en conductas excesivas o arbitrarias que significaran un abuso del derecho.

Habrà, entonces, causa contractualmente injustificada en el evento en que la decisión de terminación se hubiere adoptado con sustento en una circunstancia que no fue contemplada como causal de terminación anticipada por los contratantes, pero también será injustificada la terminación en el caso en que, si bien pudo esgrimirse como sustento de dicha decisión un evento que fue contemplado como causal de terminación anticipada en el contrato, se logra demostrar que dicha causal o supuesto fáctico no se configuró o que, configurado, las partes decidieron omitir la aplicación del contrato y continuar con la ejecución

pacífica del mismo, concertando soluciones para sacar adelante el proyecto que constituía el objeto del Convenio, y, por tanto, no había lugar a decretar válidamente el fenecimiento de la relación contractual.

Según se ha visto, la estipulación de la terminación anticipada y unilateral del contrato, así como el ejercicio de dicha facultad, merecen especial atención por parte del contratante que hace uso de la misma, pero, eventualmente, por parte del Juez del contrato al analizar la discusión que llegue a plantearse en este sentido –“*por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces*”⁸¹ –, teniendo siempre presente que la mencionada potestad convencional no puede ejercerse “... *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, como lo prevé el artículo 830 del Código de Comercio*”⁸².

Queda en evidencia la importante función de la “*justa causa*” en el marco de la terminación anticipada y unilateral del contrato, cuyo objetivo está encaminado a evitar abusos en el ejercicio de esta potestad convencional por parte del contratante que decida hacerla efectiva. Es cierto que la estipulación referida a la potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato surge por disposición de las partes con ocasión de su libertad de configuración contractual, pero no por ello pueden sustraerse de sus obligaciones mediante la simple e infundada declaración de terminación injustificada y arbitraria, de manera que es del todo necesario que se dé un entendimiento y aplicación restrictiva a la mencionada facultad, para lo cual habrá de esgrimirse y demostrarse en cada caso una causal que de acuerdo con el texto del contrato y los principios de buena fe, prudencia y responsabilidad, habilite al respectivo contratante para dar por terminada la relación contractual⁸³.

En estos términos, el Tribunal examinará en el caso concreto las precisas causas que se contemplaron por los contratantes como justificantes para terminar la relación contractual, así como la conducta desplegada por ellas frente al acaecimiento de incumplimientos parciales que, ocurridos, no fueron objeto de sanción por la parte habilitada al efecto, y por el contrario, conjuntamente decidieron evaluar, estudiar y adoptar las medidas de amortiguación que, en su momento permitieran continuar con el Contrato.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp. 1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 2005-00590-01, M.P. Julio César Valencia Copete.

⁸³ “Por tanto, la inteligencia que ha de darse a una prerrogativa originada desde el plano de la libre y concorde manifestación de voluntad no puede involucrar la posibilidad de herir el derecho de quien también expresó en su momento la intención de asumir, por ese acto, obligaciones, salvo aquellas excepciones consistentes en la existencia de justificaciones o de razones que permitan suponer con fundamento consecuencia adversa a sus intereses, como sucedería si se demostrara el incumplimiento de lo pactado, puesto que como los acuerdos producen normalmente obligaciones – *pacta sunt servanda*–, según antiquísimo, conocido y vigente brocardico, es natural que la insatisfacción ha de conducir a la sanción que para cada caso debe operar.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 2005-00590-01, M.P. César Julio Valencia Copete)

Con base en estas definiciones, el Tribunal entrará a analizar puntualmente el supuesto o supuestos aducidos por la entidad contratante para ejercer dicha potestad, a fin de establecer, primero, si las mismas están demostradas y de verdad configuran un incumplimiento por parte del contratista, si en el caso de haberse presentado, la misma entidad contratante permitió la continuación del contrato y dando otras oportunidades, concurrió con su contratista – gestor a la adopción de soluciones que garantizaran el cumplimiento del objeto pactado, y por último, establecido el marco jurídico-contractual de la conducta desplegada por las partes ante los hechos calificables de incumplimiento a la luz de las estipulaciones del Contrato, estudiará el Tribunal si al declararse la terminación anticipada CEDELCA incurrió eventualmente en una conducta arbitraria, injustificada, irrazonable y contraria a los derechos del contratista - gestor que implique un abuso en el ejercicio del derecho convencional bajo análisis.

Pero antes de efectuar el mencionado análisis concreto, es preciso hacer referencia a la cláusula de *“reconocimiento de las inversiones al gestor”* pactada por los contratantes en las cláusulas 20.5 y 20.6 del Contrato de Gestión, aspecto frente al cual adquiere también marcada importancia la institución jurídica de la *“justa causa”* según pasa a exponerse.

Las Cláusulas de “Reconocimiento de las Inversiones al Gestor”

A la par de la cláusula penal, los contratantes estipularon en el contrato de gestión las denominadas cláusulas de *“reconocimiento de inversiones al gestor”*, acordando al respecto que habría lugar a la aplicación objetiva de la misma en el evento en que la entidad contratante diera por terminada unilateral y anticipadamente la relación contractual.

Efectivamente, al dar lectura a las cláusulas 20.5 y 20.6, puede advertirse que en cada una de ellas se establece como condición común la terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de **CEDELCA**. Ahora, el hecho de mencionar a **CEDELCA** en el presente capítulo dedicado a estudiar la referida cláusula de *“reconocimiento de inversiones”*, no supone, *per se*, que exista una conducta indebida atribuible a la entidad, simplemente se trata de entender que, como el único supuesto contemplado en las cláusulas 20.5 y 20.6 corresponde justamente a la terminación anticipada del contrato por parte de **CEDELCA**, supuesto que libre y voluntariamente estipularon las partes, es imperioso que se haga énfasis en la decisión de terminación adoptada por la entidad, la cual precisamente da lugar a la controversia planteada en el presente trámite arbitral.

Comprendiendo, entonces, el único supuesto o el evento común que da lugar al reconocimiento de inversiones a que aluden las cláusulas 20.5 y 20.6, debe destacarse que dichas estipulaciones contractuales se distinguen únicamente en

lo referido al *quantum* del respectivo reconocimiento, pues en este sentido cada una contenía una fórmula de liquidación distinta y una consecuencial suma de dinero diferente a reconocer a favor del contratista - gestor, dependiendo de la existencia o no de una "*justa causa*" que sustentara la decisión de la entidad de terminar anticipadamente la relación contractual.

Concretamente, las referidas cláusulas 20.5 y 20.6 estipularon lo siguiente en materia de reconocimiento de inversiones al gestor:

"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 del 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 general por cualquier gasto, costo o erogación en que haya incurrido con ocasión del Contrato de Gestión.

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

"Donde:

- P_i = 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= I_o / IPC factor

"Donde:

- I_o = 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 la 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 el 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 de 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	30,8%
5	27,0%
6	9,1%
7	8,0%
8	7,0%
9	6,2%
10	5,4%
11	3,6%
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%

"20.6 Reconocimiento de Inversiones al Gestor en caso de terminación anticipada por la Empresa por justa causa"

"En caso de terminación por justa causa del Contrato por la Empresa, ésta le reconocerá a Gestor una suma de dinero por concepto de Inversiones en la Infraestructura y en los Activos del Gestor, valor que se determinará según la fórmula descrita a continuación. Con este pago el Gestor se entenderá que queda completamente resarcido por cualquier concepto relacionado con Inversiones que haya realizado y en general por cualquier gasto, costo o erogación (sic) que haya incurrido con ocasión del contrato de Gestión.

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

"Donde:

- P_i = 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
- M = El porcentaje aplicable para cada quinquenio será:

M (quinquenio I)	50%
M (quinquenio II)	70%
M (quinquenio III)	80%
M (quinquenio IV)	90%

"Fórmula para obtener el valor del 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 = $lo / IPC \text{ factor}$

- lo = Inversión total registrada en los libros contables del Gestor para cada año entre el momento t e i .
- $IPC \text{ factor}$ = 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 la 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 el 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 de 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	30,8%
5	27,0%
6	9,1%
7	8,0%
8	7,0%
9	6,2%
10	5,4%
11	3,6%
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%

Llama la atención del Tribunal, frente al contenido de la cláusula 20.5 del Contrato, que la determinación de si ocurrió o no la “terminación anticipada sin justa causa”, como hecho constitutivo de la finalización de la relación contractual, es tarea privativa de los jueces a los precisos efectos de aplicar la, estipulación en cita. Esto es, que según el contenido de la cláusula 20.5, su aplicación, requiere de la declaración judicial previa de la carencia de justicia de la decisión unilateral de la entidad contratante respecto de la terminación anticipada del contrato. Dicho de otra manera, el supuesto fáctico de la aplicación de la cláusula en comento, es precisamente la declaración judicial que establezca que la entidad contratante no contaba en su haber con una “causa justa” que la habilitara para dar por terminado el convenio, sin consecuencias de reparación para ella.

Esta circunstancia, como se verá más adelante, la tendrá en cuenta el Tribunal en el análisis de la causación de intereses o emolumentos de orden económico frente a las condenas que se establezcan en este laudo, puesto que es claro para el Tribunal que las obligaciones de reconocimiento que se definirán en la parte resolutive de esta providencia, surgen a la vida jurídica con la ejecutoria de la misma. Esto es, que a los efectos de la aplicación de la fórmula pactada por las partes en la cláusula 20.5 del Contrato de Gestión y la exigibilidad del cumplimiento de sus resultados, el Laudo Arbitral en el que se contiene la declaración judicial del supuesto fáctico previsto en ella, es de carácter constitutivo de las obligaciones surgidas como efectos de la observancia de su contenido.

Por lo anterior, desde ya advierte el Tribunal, y así lo establecerá en la parte resolutive de esta providencia, que denegará las pretensiones encaminadas a obtener pronunciamientos de condena respecto de intereses moratorios, o remuneratorios de cualquier otra índole, respecto de obligaciones cuyo nacimiento y, por ende, cuya exigibilidad, encuentre materialización en este Laudo.

Como puede advertirse de la simple lectura de las citadas cláusulas, el denominado “*reconocimiento de inversiones al gestor*”, opera objetivamente al verificarse la terminación anticipada del contrato por decisión de la entidad contratante, de manera que el juicio subjetivo de dicha conducta desplegada por **CEDELCA** importa únicamente para efectos de tasar la cuantía del reconocimiento a favor del contratista gestor por concepto de inversiones, para lo cual habrá de considerarse frente al caso concreto si existió o no una causa justificante para declarar la terminación del contrato.

Teniendo presente la forma en que los contratantes concibieron la referida cláusula, el Tribunal encuentra que la misma es fruto de la libertad de configuración contractual que le asiste a las partes del negocio, de manera que tal como se indicó frente a la cláusula penal pecuniaria, esta precisa cláusula de reconocimiento de inversiones tiene naturaleza eminentemente convencional y sin duda accidental, por tanto, su validez y eficacia tienen venero en el contrato mismo, esto es, en la manifestación expresa de los contratantes de estipular su