

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN C

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN CONTRACTUAL

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2011 – 00148 – 01
Actor:	CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP-CEDELCA
Demandado:	SEGUROS COLPATRIA SA-MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL
Sentencia	0122 - 2481

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir Sentencia de primera instancia.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda:

El 02 de marzo de 2011¹, en ejercicio de la acción contractual, la sociedad **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP – CEDELCA SA ESP**, radicó demanda, la cual, fue adicionada el 09 de junio de 2011,² en contra de **SEGUROS COLPATRIA SA** y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA**, para que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA expidieron el 17 de octubre de 2008 en coaseguro y con participaciones de 88.37% y 11.63% la póliza de cumplimiento No. 8001021893, entre entidades particulares, en la cual

¹ Fol. 28 c1.

² Fol. 49 c1.

aparece como tomador y afianzado COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP y como asegurado CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP.

SEGUNDA.- Que ante el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP de las obligaciones asumidas bajo el contrato de gestión y que motivaron la terminación unilateral del contrato en aras de preservar la continuidad en la prestación de energía eléctrica en el Departamento del Cauca. Se encuentra afectada la póliza de cumplimiento No. 8001021893.

TERCERA.- Que la CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP ha satisfecho las exigencias de ley, para hacer efectiva la indemnización contemplada bajo la póliza en cuestión.

CUARTA.- Que en virtud de lo estipulado en cláusula 13 del contrato de gestión y en la condición 1.4 de la póliza SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA deben satisfacer el importe de la cláusula penal pecuniaria, por valor de TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.000) de 2007.

QUINTA.- Que sobre el valor de la cláusula penal pecuniaria debidamente indexada deben calcularse intereses moratorios en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio, ante la postura de SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA de no satisfacer el pago.

SEXTA.- Que SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA deben pagar las costas y gastos originados en este proceso.”

2.2. Fundamento de las pretensiones:

En síntesis, la parte demandante sustentó sus pretensiones en lo siguiente:

1. El 07 de octubre de 2008 la sociedad **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP**, en adelante **CEDELCA SA ESP**, y la **COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP**, en adelante **CEC SA ESP**, celebraron un contrato de gestión, el cual, tenía como garantía, entre otras, la póliza de cumplimiento No. 8001021893 expedida el 17 de octubre de 2008 en coaseguro por SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.
2. Los avisos de incumplimiento a la aseguradora comenzaron a producirse desde la comunicación de 6 de julio de 2009 ante la presencia de circunstancias que permitían vislumbrar un eventual incumplimiento por parte del contratista.

Igualmente, en la comunicación de 17 de julio de 2009 dirigida por CEDELCA a CEC con respecto a diversos incumplimientos que se habían detectado por parte de esta última, se remitió copia a SEGUROS COLPATRIA SA.

3. CEDELCA SA ESP, previa observancia del procedimiento establecido en el contrato de gestión con CEC, lo dio por terminado unilateralmente, por razón del incumplimiento en la renovación de las pólizas menores, el incumplimiento en la presentación de un plan de inversiones detallado como lo exigía el contrato y por no haber efectuado las mismas en las cuantías en que se había comprometido.

Igualmente, motivó la terminación del contrato, la falta de respuesta de CEC a diversos requerimientos de la interventoría que evidenciaban el incumplimiento en la satisfacción de diversas obligaciones económicas que colocaban en riesgo la prestación y continuidad en el servicio de energía eléctrica para el Departamento del Cauca.

4. Una vez terminado de forma unilateral el contrato por causas imputables al Gestor, mediante comunicación No. 649206 del 10 de septiembre de 2009, la Empresa solicitó el cumplimiento de lo previsto en el literal f) de la cláusula 20.3 y en la cláusula 4.8 del Contrato de Gestión, en el sentido de entregar de manera inmediata la Infraestructura y los Activos del Gestor, sin embargo, CEC hizo caso omiso del contrato y se negó a realizar la entrega de los bienes. (fol. 18 c1, hecho 43).
5. Por virtud de la terminación del contrato, además de la obligación de entregar de manera inmediata a CEDELCA la infraestructura y los activos del gestor, se estipuló la obligación de pagar una cláusula penal pecuniaria, en caso de terminación por causas atribuibles a CEC.
6. La reclamación por incumplimiento del gestor en las obligaciones asumidas bajo el contrato de gestión y que motivaron la terminación unilateral del contrato en aras de preservar la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca, afectó el amparo de cumplimiento de la póliza de cumplimiento No. 8001021893.
7. En efecto, en la cláusula 13 del contrato de gestión se estipuló una cláusula penal a cargo del gestor en los siguientes términos: *“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 (\$30.000.000.000.00) 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.”*
8. Por su parte en las condiciones generales de la póliza No. 8001021893, contemplaba lo siguiente: *“Cubre los perjuicios causados directamente por el incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato*

garantizado. Este amparo cobre el pago de la cláusula penal pecuniaria y las multas.”

9. La cláusula transcrita es típicamente de naturaleza indemnizatoria porque se estipuló que se haría efectiva por CEDELCA y por lo cual es legítimo derecho de CEDELCA a reclamar el monto estipulado, habida cuenta que se encuentran acreditados múltiples incumplimientos de la Compañía de Electricidad del Cauca SA ESP – CEC- ante el hecho que tales incumplimientos resultan imputables al contratista y que en el trámite surtido para dar por terminada la relación contractual se atendió a las previsiones contractuales ante el incumplimiento del contratista. Además, por cuanto dicha cláusula penal se torna exigible por el solo hecho del incumplimiento del contratista, sin que éste pueda alegar que tal incumplimiento no le irrogó perjuicio alguno al acreedor o que por el contrario, le reportó un beneficio (art.1600 CC).
10. En consecuencia, el importe de la póliza No. 8001021893 es exigible ante el incumplimiento del contratista – CEC.
11. Ante la reclamación de CEDELCA a las Aseguradoras, estas la objetaron y adujeron que CEDELCA había incurrido en diversos incumplimientos, como fueron: no cedió oportunamente la fiducia-subsidio, no transfirió recursos que recibió por concepto de subsidios, entre otros. En razón a lo anterior, las aseguradoras están en mora de satisfacer su obligación indemnizatoria.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE SU ADICIÓN.

3.1. SEGUROS COLPATRIA SA.

El 13 de junio de 2011 SEGUROS COLPATRIA SA contestó la demanda³ y propuso las excepciones de (i) falta de cumplimiento de la obligación a cargo del asegurado y que contempla el artículo 1077 del Código de Comercio; (ii) cumplimiento de las obligaciones a cargo de CEC que le imponía el contrato de gestión celebrado con CEDELCA; (iv) incumplimiento de las obligaciones a cargo de CEDELCA; (v) excepción de contrato no cumplido; (vi) limitación de la responsabilidad del asegurador al valor indicado en la póliza como suma asegurada para el amparo de cumplimiento; (vii) improcedencia del cobro de suma alguna por concepto de intereses moratorios; (viii) excepción de compensación y; (ix) la excepción genérica.

3.2. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.

El 13 de junio de 2011 MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA contestó la demanda⁴ y propuso las excepciones de (i) improcedencia de la solicitud de reconocimiento y cobro de la cláusula penal, por existir cláusula de solución alternativa de solución de conflictos y cláusula compromisoria del contrato de

³ Fol. 55-103 c1.

⁴ Fol. 104-193 c1.

gestión para definir las controversias que se presentaran con ocasión del desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato de gestión; (ii) incumplimiento de la obligación del asegurado y/o beneficiario en la demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en términos del artículo 1077 del Código de Comercio y las condiciones generales del contrato de seguro. Ausencia de responsabilidad de los garantes, para este caso, de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, en su calidad de coasegurador; (iii) inexistencia de incumplimientos de las obligaciones contractuales de la CEC que llevaron a CEDELCA a terminar unilateralmente el contrato de gestión, lo que implica la improcedencia del cobro de la cláusula penal pretendida; (iv) excepción de contrato no cumplido. CEDELCA incumplió sus obligaciones contractuales, lo que implica que mal podía sancionar al contratista pretendiendo el pago de la cláusula penal; (v) CEDELCA no podía declarar el incumplimiento del contrato habiendo existido incumplimiento bilateral; (vi) excepción de compensación; (vii) imposibilidad de efectuar el cobro de la cláusula penal frente a SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, en tanto y en cuanto, tal pretensión se hizo y se está discutiendo en el Tribunal de Arbitramento convocado por la CEC.; (viii) la excepción genérica; y (ix) la de límite del valor asegurado.

IV. ETAPA PROBATORIA

Con auto del 03 de septiembre de 2021 el Despacho decretó las pruebas en el proceso y advirtió que MAPFRE SA, había solicitado la terminación del proceso, en razón a que la Justicia Arbitral declaró incumplido a CEDELCA y no a la CEC, en la ejecución del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008. Así mismo, MAPFRE SA argumentó que no sería posible afectar la póliza de cumplimiento expedida por Colpatria SA en coaseguro con MAPFRE SA, por cuanto el cubrimiento se circunscribía a amparar el incumplimiento del contratista, esto es, la CEC.

En ese orden, el Despacho decretó las siguientes pruebas, de las cuales, se citan las siguientes, por ser relevantes para la resolución de la controversia:

1. Copia del Contrato de Gestión del 07 de octubre de 2008, suscrito entre CEDELCA y CEC. (FOL. 6-67 C2 pruebas), del cual se destaca:

“Cláusula 3.- Objeto del Contrato.

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

(...)

“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 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 las indemnizaciones /compensaciones previas 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.” (fol. 14-15 c2).

Cláusula 13.- Cláusula Penal. (fol. 40 c2).

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 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:

(...)

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 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.

(...)

“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 periodo 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.

(...)

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

(...)

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

(...)

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.

(...)

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: (fol. 52 c2)

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 disminuya su participación accionaria del 24.9% en el capital del Gestor.

d. Cuando el Gestor entre en proceso de liquidación.

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

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

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

20.2. Terminación anticipada del Contrato por parte del Gestor. El Gestor podrá terminar el Contrato anticipadamente de manera unilateral en el caso en que la Empresa incumpla con sus obligaciones de entrega de la Infraestructura por un periodo igual o superior a dos (2) meses.

(...)

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

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

en la misma fecha y en el lugar donde se produzca la terminación del contrato, todo ello previo a la liquidación del Contrato, o a la indemnización correspondiente.”

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:

(...)

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.

20.4. 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. (fol. 54 c2)

(...)

Cláusula 21. Liquidación del Contrato. En la fecha en que se de (sic) por terminado el Contrato de Gestión por cualquier cusa, el Gestor se obliga a entregar los Activos del Gestor y la Infraestructura a CDEDELCA, sin que se 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.

(...)

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 pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un

tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (...)” (fol. 61 c2).

2. Copia de la póliza No. 8001021893 expedida por Seguros Colpatria, mediante la cual se amparó, entre otros, el riesgo de cumplimiento del contrato: (fol. 68-71c2).

“OBJETO DE LA GARANTÍA. GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO PARA LA GESTIÓN, ADMPLICACIÓN, REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO Y DEMAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACION DE ENERGIA EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA SUSCRITO EL 07 DE OCTUBRE DE 2008 (...)”

3. Copia de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento: (fol. 72-77 c2)

“1. AMPAROS

(...)

1.4. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

CUBRE LOS PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTAMENTE POR EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO CUBRE EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y LAS MULTAS”. (fol. 72 c2).

(...)

3.9.1 AVISO DE SINIESTRO

Frente a cualquier hecho que de origen al incumplimiento del Contratista, la Entidad de Servicio Públicos contratante deberá dar aviso a Colpatria inmediatamente o a más tardar dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya conocido o debido conocer la ocurrencia del hecho.

(...)

3.9.2 FORMALIZACIÓN DEL RECLAMO

Para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 1077 del Código de Comercio la Entidad de Servicios Públicos contratante deberá acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Para acreditar la ocurrencia del siniestro la Entidad de Servicios Públicos contratante deberá suministrar los documentos que demuestren el incumplimiento de las obligaciones garantizadas del contratista, que ha generado detrimento en el patrimonio de la Entidad de Servicios Públicos contratante.

Para demostrar la cuantía, deberá adjuntar el Acta de Liquidación del contrato, y/o los documentos soporte que demuestren el detrimento patrimonial sufrido por la Entidad de Servicios Públicos contratante.

(...)

4. Copia de la solicitud de reconsideración presentada por CEDELCA el 14 de octubre de 2010 a Seguros Colpatria SA, en virtud de la objeción del 30 de octubre de 2009. (fol. 81-132 c2).
5. Copia de la respuesta del 10 de noviembre de 2010 de Colpatria SA a CEDELCA por la solicitud de reconsideración del 14 de octubre de 2010. (fol.133-135 c2 pruebas).
6. Copia de la comunicación del 09 de septiembre de 2009 dirigida por CEDELCA a la Compañía de Electricidad del Cauca SA ESP -CEC- dando por terminado el contrato de gestión suscrito el 7 de octubre de 2008. Las causales para la terminación del contrato fueron las siguientes: (fol. 176-195 c2).
 - 6.1. No renovación de las pólizas con vencimiento 19 de julio de 2009.
 - 6.2. Incumplimiento del anexo técnico en lo que se refiere al incumplimiento de las cuantías de los montos de inversión por ítems detallados, al evidenciarse diferencias en los valores de los ítems de la oferta económica y del Plan de Inversiones Detallado.
 - 6.3. Incumplimiento de la obligación de suministrar información a la interventoría para el cumplimiento de las obligaciones de esta.
7. Copia de la comunicación del 10 de septiembre de 2009 dirigida por CEDELCA a CEC para que entregara los Activos del Gestor y la Infraestructura a CEDELCA. (fol. 197 c2).
8. Copia de los documentos relativos al “incumplimiento por falta de renovación de las pólizas menores”. (fols. 199-279 c2).
9. Copia de los documentos relativos al “incumplimiento por la falta de presentación y ejecución del plan de inversiones”. (fols. 280-299 c2).
10. Copia de los documentos relativos a “incumplimientos a los requerimientos de la interventoría”. (fols. 300-318 c2).
11. Copia de la providencia del 02 de mayo de 2016 proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado 110010326000201400063 (51113) – recurso de anulación de laudo arbitral, mediante la cual, declaró infundada la solicitud de anulación del laudo arbitral del 04 de abril de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la

CEC SA ESP y CEDELCA SA ESP, con ocasión del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008. (fol. 36-89, 44-121 cuaderno de incidente de nulidad).

12. Copia del laudo arbitral del 04 de abril de 2014 protocolizado en la Notaría 26 del Círculo de Bogotá, mediante Escritura Pública No. 1822 del 05 de diciembre de 2017, con el que se resolvieron las controversias suscitadas entre CEC SA ESP y CEDELCA SA ESP, derivadas del contrato de gestión suscrito el 07 de octubre de 2008. Del laudo se destaca lo siguiente: (Expediente digital SAMAI)

12.1. Las pretensiones en sede arbitral por parte de CEC, fueron las siguientes:

“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 orden 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 al 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 incurrido en las siguientes conductas:

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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 proceso.

(...)

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 de 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 NOVENA: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarla 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 prueba en este proceso, junto con sus correspondientes intereses de mora.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que CEDELCA debe reconocerle y pagarle a CEC, por concepto de “Inventarios”, el valor de los activos de propiedad de CEC que no corresponden a los “Activos del Gestor” e “Infraestructura”, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 1: “Definiciones” del Contrato de Gestión, que se encuentren en poder de CEDELCA por razón de la toma 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 prueba en este proceso, junto con sus correspondiente intereses de mora.

(...)

D. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN

QUINGUAGÉSIMA 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.”

12.2. El laudo arbitral resolvió lo siguiente:

“RESUELVE

(...)

Décimo: *Declarar que el Tribunal no tiene competencia para conocer y decidir sobre la pretensión primera principal y la pretensión primera subsidiaria formuladas por CEC en la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (Esta Sala, advierte que las pretensiones primera principal y primera subsidiaria hacían referencia a la solicitud de nulidad de la comunicación por medio de la cual CEDELCA había dado por terminado unilateralmente el contrato de gestión del 07 de octubre de 2008).*

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

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

(...)

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

(...)"

12.3. Consideraciones relevantes del laudo arbitral para la solución de la controversia:

"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 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 infraestructura – 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 propiedad, pero con vocación de traspaso a la Empresa a la 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 este entrega, traspaso y devolución, se concretara la liquidación del Contrato y en ella se dieran los reconocimientos, indemnizaciones, compensaciones y aplicación de cláusula penal, se 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 se 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 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 reconvención, interpretar el clausulado involucrado con el fin de preferir, como lo ordena el artículo 1620 del Código Civil, la interpretación en que la voluntad expresa de las partes consignada en las estipulaciones citadas, tenga sentido y eficacia, y de esta manera identificar y concretar el contenido de los pedimentos que le han sido sometidos y lo 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.

(...)

La “CLÁUSULA PENAL” pactada en el Contrato de Gestión

Como se dio antes, lo cocontratantes 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 lo cual cabe destacar la manifestación hechos 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 contractual.

(...)

*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 prefijadas 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.*

(...)

*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.

(...)

No sobra advertir en todo caso que, atendiendo a 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 alguna.

(...)

*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, se comprobare a la luz del texto contractual, daría lugar a que **CEDELCA** terminara unilateral y anticipadamente el contrato de gestión y, consecuentemente, que se impusiera en detrimento del contratista la cláusula penal.*

(...)

Cada una de las circunstancias mencionadas demuestra que las partes tuvieron en cuenta como hecho determinante de la cláusula penal el comportamiento culposos 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 (...)

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 podía ser causante de perjuicios que sin duda merecían ser resarcidos.

12.4. Consideraciones en torno a la devolución inmediata de la infraestructura y de los activos:

“En el contexto del Régimen jurídico del Contrato de gestión y en el ámbito obligacional del mismo, establecidos en acápites anteriores de este Laudo, entra el Tribunal a estudiar la procedencia de las pretensiones formuladas por las partes en este proceso, teniendo en cuenta, de modo particular, las especificidades que

siendo propias del contrato de gestión, son ajenas al derecho privado, por estar involucrado en su objeto la prestación de un servicio público esencial, que constituye de igual manera la causa y finalidad última de la contratación.

Esta premisa, indiscutible por demás, justifica, en criterio del Tribunal, las cláusulas del Contrato que desconocen los principios bases en los que se fundamentan los negocios jurídicos gobernados por el derecho privado; tales como aquellas que permiten a la contraparte, ante la ruptura justificada o no del vínculo contractual, exigir la devolución inmediata de la infraestructura puesta a disposición del Gestor para la prestación del servicio y de los Activos de éste que se encuentren destinados al cumplimiento del mismo propósito; que cuestionan la posibilidad de invocar la excepción de contrato no cumplido, y que prohíben al contratista -gestor, ante el eventual incumplimiento de su contratante, e incluso ante la terminación anticipada del contrato “sin justa causa”, el derecho de retención. (pag. 145 del Laudo).

- 12.5. Sobre las consideraciones del laudo en mención, se destaca lo siguiente, relativas a las causales de terminación anticipada del contrato argüidas por parte de CEDELCA

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

(...)

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

(...)

En otras palabras, el primer evento argüido por CEDELCA como sustento de su decisión de dar por finalizado anticipada y unilateralmente el contrato de gestión, no constituye una justa causa de terminación a la luz del clausulado contractual, al no haber sido expresamente contemplada como tal por parte de los contratantes al celebrar el negocio jurídico convencional. Lo anterior sin perjuicio de reprochar de manera categórica la conducta de CDEC en el marco del procedimiento de renovación de las pólizas menores, pues sin duda está evidenciado que no cumplió con el plazo expresamente estipulado para ello en el contrato de gestión.

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

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

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

(...)

Destacando que la versión del PID a que hace mención fue entregada antes de la comunicación emitida por CEDELCA el nueve (9) de septiembre de 2013, mediante la cual se decidió definitivamente dar por terminada la relación contractual, es menester considerar al respecto que bajo los limitados requisitos que de manera precaria podían deducirse de los documentos contractuales, puede concluirse que CEC cumplió con sus obligaciones referidas a esta precisa materia, pues no solo presentó oportunamente el PPID, sino que, además, mediante la entrega de las distintas versiones pudo concretar un documento que técnica y financieramente podía considerarse como un Plan de Inversiones Detallado -PID- a la luz del contrato, de ahí que ya resultaba extemporánea y sin contenido una imputación de incumplimiento al respecto, más cuando ni siquiera se tenía claridad y certeza respecto de los parámetros y exigencias bajo los cuales se iba a valorar y aceptar el PID.

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

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

(...)

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

*Seguramente otra habría sido la suerte del contrato de gestión si **CEDELCA** hubiere atendido las recomendaciones efectuadas por la firma auditora contratada para evaluar el estado de ejecución contractual. Sin duda, la elaboración de un Manual de Entendimiento o al menos la apertura a un espacio de debate y discusión que permitiera la definición de unas condiciones o parámetros básicos para el adelanto de los respectivos procedimientos inherentes al proyecto, hubiere*

arrojado frutos positivos en lo que tenía que ver con el correcto desarrollo del contrato. Pero nada de esto ocurrió, pues la entidad contratante contempló la extinción de relación contractual como única salida frente a los inconvenientes advertidos durante su ejecución, sin que al respecto mostrara la más mínima intención de procurar por la conservación del negocio jurídico, más aún si se tiene en cuenta de acuerdo con lo observado por el Tribunal, que ninguno (sic) de las dificultades que se presentí durante el corto tiempo en que se ejecutó el contrato, impedían de manera definitiva e insalvable la continuación del proyecto.

(...)

Consideraciones generales frente al procedimiento de terminación aplicado por CEDELCA.

(...)

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

12.6. Consideraciones conclusivas del Laudo arbitral en torno a las causas de incumplimiento del Contrato de gestión:

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

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

(...)

Como se expuso antes, no está probado en el plenario que CEC hubiere incurrido en incumplimiento contractual alguno, de ahí que tampoco pueda considerarse que el contratista -gestor hubiere incurrido en una conducta que haya afectado o puesto en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca.” (pag. 235)

(...)

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

3.17 Improcedencia del cobro de la cláusula penal por parte de CEDELCA.

(...) (Pag. 237).

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

(...)

12.7. Consideraciones en torno a la cláusula penal. (pag. 219 laudo arbitral).

El laudo interpretó que la cláusula penal era (...) como indemnización por todos los perjuicios presentes y futuros que se hayan derivado de la terminación del contrato

“La aplicación de la Cláusula Penal.

(...)

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

(...)

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

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

Por concepto de Inversiones:

“20.5 Reconocimiento al Gestor en caso de terminación anticipada sin Justa Causa por la Empresa: (Por concepto de las inversiones del gestor). (pag. 225).

(...)

SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

(...)

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

(...)

12.8. Sobre la excepción de devolución de los Activos del Gestor e Infraestructura: (pag. 239 laudo Arbitral)

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

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

Bajo este entendimiento, la presente excepción será negada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 Alegatos de conclusión parte demandada AXA COLPATRIA SA.

El 14 de enero de 2022 AXA COLPATRIA SA alegó de conclusión y reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, los cuales, quedaron plenamente ratificados con la motivación y decisiones adoptadas en el laudo arbitral proferido el 04 de abril de 2014.

En ese orden, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda que CEDELCA formuló en contra de las Coaseguradoras (Mapfre y Axa Colpatria), van encaminadas a que se declare el incumplimiento de la CEC y como consecuencia de ello, se ordene afectar el amparo de cumplimiento otorgado a través de la Póliza No. 8001021893, ha de concluirse que este asunto, esto es, el análisis sobre el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestión, celebrado entre CEDELCA y la CEC, fue definido por el Tribunal de Arbitramento (laudo del 4 de abril de 2014), que concluyó que fue CEDELCA y no la CEC, quien incumplió las obligaciones que le imponía el contrato, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que desde ya, se solicita que se denieguen las pretensiones y se condena en costas a la parte actora, si a ello hubiere lugar.

5.2. Alegatos de conclusión parte demandada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.

El 14 de enero de 2022, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA alegó de conclusión y reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, los cuales, quedaron ratificados con la motivación y decisiones adoptadas en el laudo arbitral proferido el 04 de abril de 2014.

5.3. Alegatos de conclusión parte demandante CEDELCA SA ESP.

El 17 de enero de 2022 la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, reiteró hechos y argumentos de la demanda referidos a: (i) los antecedentes que dieron lugar a la suscripción del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008, (ii) la constitución de la garantía de cumplimiento, (iii) los incumplimientos del gestor - CEC- en la ejecución del contrato y el procedimiento para declarar la terminación anticipada, (iv) la reclamación ante la aseguradora.

Frente a este último ítem, la parte demandante alegó lo siguiente:

“(…)

Ante la terminación anticipada del contrato de gestión, surgirían las obligaciones de:

- a. Entregar la infraestructura, para lo cual, CEDELCA debió acudir a un amparo policivo a fin de que le fuera reintegrada, tal y como lo disponía el clausulado del Contrato de Gestión.*
- b. Hacer entrega de los activos del Gestor, obligación que no fue cumplida con la terminación del contrato, lo que ocasionó iniciar proceso tendiente a su recuperación y de lo cual da cuenta el reciente fallo del 14 de diciembre proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso con radicado 19001-31-03-004-2018-00001-06, por medio del cual confirmó que CEC adeuda a CEDELCA la suma de \$102.077.305.628.*
- c. Pago de la cláusula penal.*

En atención a que la cláusula penal pactada en la cláusula 13 es de naturaleza indemnizatoria porque facultaba a la empresa a solicitar su reconocimiento y pago ante los incumplimientos del Gestor, acreditados con la prueba documental, y en consideración a que para la terminación del contrato se surtió el procedimiento fijado en la cláusula 20.3, CEDELCA presentó a través de su representante legal, reclamación inicial ante seguros Colpatria mediante comunicación del 2 de octubre de 2009.

(…)

En este punto, es importante resalta que, con los documentos aportados quedó demostrado que contractualmente se pactaron inversiones a cargo del Gestor, las

cuales debían cumplir no sólo con las condiciones mínimas fijadas por CEDELCA sino también, con los montos fijados en la propuesta.

(...)

Para el caso concreto se tiene que, se evidenció un grave incumplimiento por parte de CEC encaminado a la no satisfacción en los montos de las inversiones y que para los cinco primeros años de ejecución del contrato debía ser de \$224.603.499.999.

(...)

CEDELCA previo a la terminación unilateral del contrato, mediante comunicación No. 64853 del 17 de julio de 2009 informó a CEC sobre las diferentes comunicaciones de la interventoría que daban cuenta de los diversos incumplimientos, situación que no fue subsanada en los siguientes días, por lo que, CEDELCA dio estricto cumplimiento al procedimiento previsto en la cláusula 20.3 del contrato de gestión, como se señaló en párrafos anteriores.

Así mismo, la parte demandante alegó de conclusión que ante los diferentes incumplimientos de CEC se determinó la terminación unilateral del contrato, por lo que da lugar a la exigencia de la cláusula penal, sin que se pueda alegar que la inobservancia de lo pactado no ha causado perjuicio al acreedor.

De otro lado, la parte demandante citó apartes del Laudo arbitral del 4 de abril de 2014, en los que se da cuenta del incumplimiento de las obligaciones del contrato de gestión por parte de CEC.

Adicional a lo anterior, la parte demandante alegó lo siguiente:

“6. Obligaciones a cargo de CEC con ocasión a la terminación del contrato de Gestión:

Adicional al pago de la cláusula penal y partiendo de la terminación del contrato de Gestión se fijaron, entre otras obligaciones, la entrega de la infraestructura y los activos del gestor, de lo cual se itera que, al no haberse hecho la entrega de los activos, CEDELCA debió iniciar procesos bajo el radicado 19001-3103-004-2015-00001-06 para obtener el cumplimiento de dicha obligación, proceso en el que recientemente se obtuvo fallo de segunda instancia en el cual se confirmó el deber de CEC de pagar a mi representada la suma de \$102.077.302.628 al no haber cumplido con su obligación contractual.

Al respecto cabe precisar que la terminación del contrato de Gestión, no sólo se circunscribe al laudo arbitral, pues con posterioridad a esta decisión tanto CEC como CEDELCA han debido acudir a otras instancias judiciales, entre ellas, el proceso de rendición de cuentas por la no entrega de los activos del Gestor a la terminación del contrato.

(...)

Ahora bien, aunado a los incumplimientos consignados en las diferentes comunicaciones que fueron aportadas al presente proceso, surgió un hecho nuevo relevante para el caso que ocupa la atención el Tribunal, pues cabe precisar que el laudo arbitral, no da cuenta del incumplimiento en relación con la entrega de los activos del Gestor, lo que necesariamente condujo a que mi representada enfrentara un proceso judicial con posterioridad al laudo arbitral, en el que se constata la obligación no satisfecha por parte de CEC, pese a estar consignada en el Contrato de Gestión.

Con fundamento en lo anterior, me permito elevar la siguiente:

Petición especial:

Con fundamento en el artículo 169 del CCA en concordancia con el artículo 170 del CGP, respetuosamente solicito a fin de esclarecer la configuración del hecho nuevo y sus implicaciones en el presente proceso, se decrete de manera oficiosa la prueba de oficiar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán a fin de que remita copia íntegra del expediente con radicado 19001-31-03-004-2018-00001-01 por medio del cual de manera definitiva se resolvió el valor adeudado por CEC a CEDELCA por concepto de los activos del gestor que no fueron reintegrados al momento de la terminación del Contrato de gestión y que denotan, el incumplimiento de CEC frente a dicha obligación contractual.

Como prueba de la anterior solicitud, me permito remitir copia de la decisión notificada a CEDELCA el 15 de diciembre de 2021, por parte de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

En los términos previamente expuestos, queda sustentados los alegatos de conclusión.”

5.4. El Ministerio Público no rindió concepto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Jurisdicción y competencia.

De conformidad con el artículo 82 del CCA la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

Visto el criterio orgánico introducido en el artículo 82 del CCA, este Tribunal es competente para conocer de la controversia contractual planteada por CEDELCA SA ESP, en primer lugar, por ser esta una empresa de servicios públicos mixta con aportes de la Nación, el Departamento y Municipios, y segundo, en razón a la cuantía de las pretensiones que superan 500 SMLMV.

*“En efecto, en la Escritura Pública de Constitución de la Empresa No. 1604 del 13 de mayo de 1996 del Círculo de Popayán señala: **“ARTÍCULO SEGUNDO: NATURALEZA JURÍDICA:** Centrales Eléctricas del Cauca S.A “CEDELCA S.A E.S.P. es una sociedad anónima comercial de nacionalidad colombiana, del orden nacional con autonomía administrativa patrimonial y presupuestal clasificada legalmente como Empresa de Servicios Públicos Mixta”. De otra parte, en la Certificación suscrita por el Jefe de la Unidad de Apoyo de Contabilidad de CEDELCA, del 31 de octubre de 2007, consta que la participación accionaria mayoritaria se encuentra en cabeza de la Nación, y las demás acciones se encuentran distribuidas entre el Departamento del Cauca y otros Municipios.”⁵*

Ahora, si bien el Contrato de Gestión amparado había estipulado una cláusula compromisoria, el debate en torno a si la controversia por la afectación de la póliza de seguro por el presunto incumplimiento de CEC era competencia de la justicia arbitral o de la contenciosa administrativa, fue zanjado en el sub-lite por el Consejo de Estado con auto del 29 de julio de 2015,⁶ aclarado y corregido por auto del 03 de diciembre de 2015,⁷ en el sentido de concluir que la competencia para conocer de la litis, era de la jurisdicción contenciosa administrativa. En la providencia en mención, el Consejo de Estado expuso:

“ (...)

Bajo esta óptica, a pesar de tener como objeto el amparo de la ejecución del contrato estatal cuya ejecución garantiza, las estipulaciones contenidas en el negocio principal que no hayan sido previstas en el contrato de seguro, no pueden ser origen de obligaciones para las partes de este último, y en ese sentido, se atisba la imposibilidad de ser trasladadas a la póliza para que sus suscribientes le den cumplimiento. (fol. 390 c. Consejo de Estado).

(...)

Sin embargo, se resalta que si bien el contrato de seguro tiene una naturaleza estrechamente ligada a aquél cuya ejecución garantiza, que su elemento teleológico no puede deslindarse del de los negocios jurídicos bilaterales estatales, esto es, la satisfacción del interés público, el mismo es un acuerdo de voluntades encaminado a crear, modificar o extinguir obligaciones totalmente independiente (sic) del que ampara su cumplimiento, capaz de producir efectos jurídicos de forma autónoma, del cual no se le puede extraer la jurisdicción para conocer de las controversias suscitadas durante su ejecución por el pacto de una cláusula compromisoria en el contrato principal, cláusula que a su vez, es autónoma e independiente de aquel negocio jurídico bilateral en el que se ha estipulado, según lo previsto en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.” (fol. 392 C. CE).

6.2. Legitimación en la causa.

⁵

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2008/A003-08.htm#:~:text=%2D%20En%20este%20orden%20de%20ideas,Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Empresa%20No.>

⁶ Fol. 369-395 c. Consejo de Estado.

⁷ Fol. 400 C. Consejo de Estado.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo establece:

“ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”

En el presente proceso la controversia gira en torno a la afectación de la póliza No. 8001021893 para el importe de la cláusula penal del Contrato de Gestión del 07 de octubre de 2008, la cual, fue tomada por la Compañía de Electricidad del Cauca – CEC SA ESP y en la que se encuentra como asegurado la Sociedad Centrales Eléctricas del Cauca -CEDELCA SA ESP. Las sociedades aseguradoras que expidieron la póliza, fueron las firmas Seguros Colpatria SA en coaseguro con Mapfre Seguros Generales de Colombia.

En ese orden, se acuerdo con los artículos 1036 y 1039⁸ del Código de Comercio, se encuentran legitimados en la causa por activa la Entidad asegurada -CEDELCA SA ESP, y por pasiva Seguros Colpatria SA -hoy AXXA Colpatria SA y Mapfre Seguros Generales de Colombia, en la presente controversia.

6.2.1. De la vinculación, desvinculación de CEC en el presente proceso, y la terminación del proceso frente a CEC.

Con auto del 01 de octubre de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión ordenó la vinculación de la Compañía de Electricidad del Cauca SA

⁸ **ARTÍCULO 1037. <PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO>.** Son partes del contrato de seguro:

1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y

2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

ARTÍCULO 1039. <SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES>. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

ESP al presente proceso en calidad de litisconsorte necesario de la parte demandada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.⁹

Con auto del 04 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió declarar la nulidad de todo lo actuado, desde el auto del 05 de mayo de 2011 y ordenó devolver la demanda y sus anexos sin necesidad de desglose, en razón a que el contrato de seguro tuvo su origen en el contrato estatal, por lo que no podía valorarse independientemente de aquel cuya ejecución garantiza, por lo que al existir cláusula compromisoria en el contrato de gestión, era el Tribunal de Arbitramento el competente para conocer de la controversia entre CEDELCA y las Compañías Aseguradoras.

Sin embargo, en sede de apelación, el Consejo de Estado, con auto del 29 de julio de 2015,¹⁰ aclarado y corregido por auto del 03 de diciembre de 2015,¹¹ declaró la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, desde el auto proferido el 01 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión, mediante el cual, había vinculado a la Compañía de Electricidad del Cauca SA ESP, como litisconsorte necesaria de MAPFRE SA. Así mismo, el Consejo de Estado dispuso en esa providencia la terminación del proceso frente a la Compañía de Electricidad del Cauca-CEC.

Visto lo anterior, este Tribunal advierte que, si bien la CEC fue vinculada al presente proceso en calidad de litisconsorte necesaria de MAPFRE, el Consejo de Estado con auto del 29 de julio de 2015, corregido con auto del 03 de diciembre de 2015, declaró la nulidad del proceso, precisamente desde el auto que había vinculado a la CEC y, decretó la terminación del proceso frente CEC SA ESP. Por lo tanto, el proceso continuó sin la vinculación de la Compañía de Electricidad del Cauca S.A., E.S.P.

6.3. Caducidad.

Visto que las pretensiones de la demanda hacen referencia al pago de la cláusula penal por el incumplimiento del CEC a las obligaciones del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008 que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato y por consiguiente a la afectación de la cláusula penal, para el cómputo de la caducidad, se dará aplicación al numeral 10º del artículo 136 del CCA, el cual establece:

“ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.

(...)

⁹ Fol. 318-319 cp.

¹⁰ Fol. 369-395 c. Consejo de Estado.

¹¹ Fol. 400 C. Consejo de Estado.

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.”

Visto que la fecha de terminación unilateral del contrato de gestión por parte de CEDELCA tuvo ocurrencia el nueve (9) de septiembre de 2009, se tendrá que, inicialmente, el bienio con que contaba la actora para radicar su demanda, finalizó el 10 de septiembre de 2011.

En ese orden, y sin necesidad de computar el término de suspensión por el trámite de conciliación extrajudicial, se tiene que la demanda contractual se presentó en término, al ser radicada el 02 de marzo de 2011¹².

VII. PROBLEMAS JURÍDICOS.

7.1. Le corresponde a la Sala determinar:

Si hay lugar a la afectación de la póliza de cumplimiento No. 8001021893 y el importe de la cláusula penal, en razón a que el Contrato de Gestión del 07 de octubre de 2008 suscrito entre CEC y CEDELCA fue terminado anticipada y unilateralmente por causas atribuibles al contratista -CEC-; o si se encontró probado en el proceso que quien incumplió el Contrato de Gestión fue CEDELCA al haber terminado sin justa causa el negocio y, por tanto, no es procedente afectar la póliza de seguro.

7.2. Tesis.

De acuerdo con las pretensiones formuladas por la parte demandante -CEDELCA- y al marco de la litis, la Sala halló probado que CEDELCA incumplió el contrato de gestión al terminarlo anticipada y unilateralmente sin justa causa.

Por lo tanto, no hay lugar a afectar la póliza de seguro ni a condenar a las Aseguradoras demandadas, pues la póliza amparaba el incumplimiento del contratista-CEC- y el importe de la cláusula penal por la terminación anticipada del contrato por causas atribuibles al contratista. Luego entonces, al haberse terminado el Contrato de Gestión por causas atribuibles a CEDELCA y no a CEC, la póliza no puede afectarse ni tampoco puede condenarse a las Aseguradoras al importe de la cláusula penal.

VIII. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

8.1. Cuestión previa – Procesos entre CEC y CEDELCA en sede arbitral y procesos iniciados por CEDELCA ante la Jurisdicción Ordinaria Civil.

¹² Fol. 28 c1.

1. Con Laudo Arbitral en firme, protocolizado en la Notaría 26 del Círculo de Bogotá mediante Escritura Pública No. 1822 del 05 de diciembre de 2017, el 04 de abril de 2014 el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, a instancias de CEC, analizó la terminación unilateral del contrato y las causales de terminación esgrimidas por CEDELCA, y resolvió, en síntesis que (i) 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; (ii) CEDELCA no estaba facultada para declarar de forma unilateral la terminación anticipada del Contrato de Gestión en la forma en que lo hizo, y (iii) El Contrato de Gestión terminó anticipadamente y sin justa causa, el nueve (9) de septiembre de 2009.
2. Los siguientes antecedentes relativos al trámite arbitral y al proceso de rendición de cuentas, fueron tomados de la Sentencia SU-128 de 2021 de la Corte Constitucional, mediante la cual, el Alto Tribunal declaró improcedente la acción de tutela promovida por la Compañía de Electricidad del Cauca S.A.S. E.S.P. en contra del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán y la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Popayán:
3. El 3 de diciembre de 2016, CEC convocó nuevamente el Tribunal de Arbitraje con el fin de que se liquidara el contrato de gestión. No obstante, mediante auto del 29 de marzo, dicho tribunal dispuso lo siguiente:

“En vista de que la parte demandante [CEC] no depositó oportunamente la suma a su cargo por concepto de gastos y honorarios, y la parte demandada [CEDELCA] no depositó lo que a aquella correspondía, según aparece en el informe secretarial que antecede, el Tribunal ‘RESUELVE: 1º. Declarar concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el presente caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.’”
4. El 19 de diciembre de 2017, CEDELCA instauró una demanda de rendición provocada de cuentas contra CEC. En los hechos, expuso que el contrato de gestión firmado en 2008 aún no había sido liquidado, por lo que CEC tenía la obligación de devolver a CEDELCA los activos del gestor y rendir cuentas de contrato. Las pretensiones de la demanda fueron estimadas en trescientos veintitrés mil millones de pesos y luego modificadas a ciento dos mil millones de pesos.
5. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, en auto del 17 de julio de 2018, rechazó la solicitud de CEC de reponer el auto del 13 de junio del mismo año mediante el cual saneó el proceso de notificación de la demanda. Y posteriormente, mediante auto del 31 de julio de 2018, declaró que CEC tenía la obligación de rendir cuentas a CEDELCA de acuerdo con la estimación de las pretensiones hechas en la demanda. Esta decisión la tomó con fundamento en el artículo 379.2 del CGP, conforme al cual, en caso de que el demandado

guarde silencio en el término de traslado de la demanda, se prescindirá de la audiencia y se dictará auto de acuerdo con la estimación del demandante.

6. La CEC apeló la providencia judicial del 31 de julio de 2018, recurso que fue resuelto mediante auto del 29 de julio de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, quien la confirmó. A juicio del Tribunal, el auto admisorio se notificó por aviso y no personalmente, por lo que el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y la contestación de la demanda fueron extemporáneos, razón por la que la decisión del Juzgado resultaba procedente al amparo del artículo 379.2 del CGP.
7. La CEC interpuso solicitudes de nulidad del proceso, las cuales fueron negadas por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán.
8. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante autos del 29 de julio y el 10 de septiembre de 2019, confirmó las decisiones del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, de negar las solicitudes de nulidad. Reiteró que: *(i)* la notificación por aviso a la CEC fue legal; *(ii)* el proceso de rendición de cuentas sí compete a la justicia ordinaria; y *(iii)* ante la extemporaneidad de la contestación de la demanda, lo procedente era ordenar la rendición de cuentas, en aplicación de lo dispuesto expresamente en el artículo 379.2 del CGP.
9. Con sentencia del 22 de octubre de 2020, el Juzgado Cuarto Civil Del Circuito De Oralidad de Popayán-Cauca, dentro del proceso EJECUTIVO seguido a continuación del trámite VERBAL DE RENDICION DE CUENTAS, adelantado por la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA-CEDELCA y la CEC, declaró no probadas las excepciones de mérito presentadas por la parte ejecutada y ordenó llevar adelante la ejecución en la forma ordenada en el mandamiento de pago, condenando en costas a la demandada, CEC, y fijando lo correspondiente a las agencias en derecho.
10. Mediante sentencia del 14 de diciembre de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán-Sala Civil Familia, confirmó la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE POPAYAN-CAUCA, dentro del proceso EJECUTIVO seguido a continuación del trámite VERBAL DE RENDICION DE CUENTAS, adelantado por CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA-CEDELCA y contra la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA - CEC.

8.2. Precisión de la controversia planteada y congruencia de la sentencia.

Este Tribunal cita las pretensiones segunda, tercera y cuarta propuestas en la demanda presentada el 02 de marzo de 2011¹³ por CEDELCA SA ESP en contra de Seguros Colpatria SA y Mapfre Seguros SA:

¹³ Fol. 28 c1.

“(…)

SEGUNDA.- Que ante el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP de las obligaciones asumidas bajo el contrato de gestión y que motivaron la terminación unilateral del contrato en aras de preservar la continuidad en la prestación de energía eléctrica en el Departamento del Cauca. Se encuentra afectada la póliza de cumplimiento No. 8001021893.

TERCERA.- Que la CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA ESP ha satisfecho las exigencias de ley, para hacer efectiva la indemnización contemplada bajo la póliza en cuestión.

CUARTA.- Que en virtud de lo estipulado en cláusula 13 del contrato de gestión y en la condición 1.4 de la póliza SEGUROS COLPATRIA SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA deben satisfacer el importe de la cláusula penal pecuniaria, por valor de TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) de 2007.” (Subrayas y negrillas agregadas).

De las pretensiones formuladas en la demanda se destaca que CEDELCA solicitó a este Tribunal que declarara que la póliza de cumplimiento No. 8001021893 había sido afectada por el incumplimiento de la CEC SA ESP de las obligaciones del contrato de gestión que motivaron su terminación unilateral y que, en consecuencia, se condenara a las Aseguradoras al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula 13 del contrato de gestión, por valor de Treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000) Mcte.

De las pretensiones formuladas por la demanda, el Tribunal no advierte que se hubiera solicitado o perseguido la condena a las Aseguradoras por valor diferente al importe de la cláusula penal por el incumplimiento de CEC de las obligaciones del contrato de gestión que llevaron a la terminación unilateral del negocio. Por lo tanto, resalta esta Sala, no se formuló pretensión dirigida a la afectación de la póliza No. 8001021893 por el incumplimiento de la obligación de CEC de devolver de manera inmediata la infraestructura y los Activos del Gestor a CEDELCA.

Por lo tanto, y de conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso, este Tribunal no podría, eventualmente, condenar a las Aseguradoras demandadas al pago de una condena distinta a las pretendidas en la demanda. Al respecto, el artículo 281 Ibd, establece:

“Artículo 281. Congruencias.

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código

contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” (Subrayas y negrillas agregadas).

En ese orden, advertido que no podrá condenarse al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda, la Sala no podrá emitir una eventual condena contra las Aseguradoras por el incumplimiento de la obligación de CEC en la entrega de la infraestructura y activos a CEDELCA, como lo propone la parte demandante en sus alegatos de conclusión radicados el 17 de enero de 2022, pues se itera, tal pretensión no fue propuesta en la demanda.

Ahora, el 4º inciso del artículo 281 del CGP que “[E]n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” Sin embargo, si bien pareciera que tal disposición normativa daría lugar a un pronunciamiento de fondo sobre la eventual condena a las Aseguradoras por el incumplimiento de la entrega de la infraestructura y los activos del gestor, la Sala considera que el hecho modificativo del derecho sustancial debe ser de aquellos sobre los cuales ya versa el litigio, esto es, respecto de los cuales, en la demanda se formularon pretensiones relativas a ese hecho, y no, respecto de los cuales no existe ninguna pretensión en el líbelo. Así mismo, el artículo 281 del CGP, establece como requisito que el hecho modificativo para que pueda ser apreciado en la sentencia, debe aparecer probado, requisito que no cumple el denominado “nuevo hecho” en los alegatos de conclusión de la parte demandante, y respecto del cual, la Sala se pronunciara en el último numeral de este acápite.

Con todo, la Sala también se pronunciará sobre la falta de acreditación de requisitos para considerar una eventual condena a las Aseguradoras por el incumplimiento de la entrega inmediata de la infraestructura y activos del gestor por parte de CEC a CEDELCA.

Así las cosas, el Tribunal continuará con el estudio de la afectación de la póliza No. 8001021893 por el presunto incumplimiento de CEC en el contrato de gestión que

dio lugar a la terminación unilateral del contrato por parte de CEDELCA el 09 de septiembre de 2009.

8.3. De la afectación de la póliza por presuntos incumplimientos de CEC que fundaron la terminación unilateral del contrato por parte de CEDELCA.

Según la demanda y la comunicación del 09 de septiembre de 2009, mediante la cual CEDELCA terminó unilateralmente el contrato de gestión, las causales fueron las siguientes¹⁴:

- No renovación de las pólizas con vencimiento 19 de julio de 2009.
- Incumplimiento del anexo técnico en lo que se refiere al incumplimiento de las cuantías de los montos de inversión por ítems detallados, al evidenciarse diferencias en los valores de los ítems de la oferta económica y del Plan de Inversiones Detallado.
- Incumplimiento de la obligación de suministrar información a la interventoría para el cumplimiento de las obligaciones de esta.

Sin embargo, la Sala advierte que, en virtud de la cláusula compromisoria del contrato de gestión del 07 de octubre de 2008, con Laudo Arbitral en firme, protocolizado en la Notaría 26 del Círculo de Bogotá mediante Escritura Pública No. 1822 del 05 de diciembre de 2017, el 04 de abril de 2014 el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá analizó la terminación unilateral del contrato y las causales de terminación esgrimidas por CEDELCA, y resolvió que, entre otros:

- 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.
- CEDELCA no estaba facultada para declarar de forma unilateral la terminación anticipada del Contrato de Gestión en la forma en que lo hizo.
- El Contrato de Gestión terminó anticipadamente y sin justa causa, el nueve (9) de septiembre de 2009.

Para resolver lo anterior, frente a las causas de terminación unilateral del contrato de gestión, el Tribunal de Arbitramento consideró:

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

(...)

¹⁴ Fol. 176-195 c2.

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

(...)

En otras palabras, el primer evento argüido por CEDELCA como sustento de su decisión de dar por finalizado anticipada y unilateralmente el contrato de gestión, no constituye una justa causa de terminación a la luz del clausulado contractual, al no haber sido expresamente contemplada como tal por parte de los contratantes al celebrar el negocio jurídico convencional. Lo anterior sin perjuicio de reprochar de manera categórica la conducta de CDEC en el marco del procedimiento de renovación de las pólizas menores, pues sin duda está evidenciado que no cumplió con el plazo expresamente estipulado para ello en el contrato de gestión.

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

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

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

(...)

Destacando que la versión del PID a que hace mención fue entregada antes de la comunicación emitida por CEDLCA el nueve (9) de septiembre de 2013, mediante la cual se decidió definitivamente dar por terminada la relación contractual, es menester considerar al respecto que bajo los limitados requisitos que de manera precaria podían deducirse de los documentos contractuales, puede concluirse que CEC cumplió con sus obligaciones referidas a esta precisa materia, pues no solo presenté oportunamente el PPID, sino que, además, mediante la entrega de las distintas versiones pudo concretar un documento que técnica y financieramente podía considerarse como un Plan de Inversiones Detallado -PID-a la luz del contrato, de ahí que

ya resultaba extemporánea y sin contenido una imputación de incumplimiento al respecto, más cuando ni siquiera se tenía claridad y certeza respecto de los parámetros y exigencias bajo los cuales se iba a valorar y aceptar el PID.

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

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

(...)

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

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

(...)

Consideraciones generales frente al procedimiento de terminación aplicado por CEDELCA.

(...)

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

Con base en lo anterior, esta Sala considera que está probado que CEC no incumplió el contrato de gestión del 07 de octubre de 2008 para que CEDELCA lo diera por terminado unilateralmente. Además, la Sala advierte que si bien, en el presente asunto no operaría la figura de la cosa juzgada desde una perspectiva formal por ausencia del requisito de identidad de partes en uno y otro proceso, pues la parte convocante en sede arbitral -CEC- no integra ningún extremo de la presente litis, la Sala sí encuentra, que material y sustancialmente la controversia en torno al cumplimiento o incumplimiento de CEC en el contrato de gestión, ya fue abordada y resuelta por el Tribunal de Arbitramento, pues la causa y objeto de la litis en sede arbitral como en esta sede contenciosa administrativa, en esencia es la misma.

8.4. De la afectación de la cláusula penal y la afectación de la póliza de seguro.

El contrato de gestión del 07 de octubre de 2008, dispuso sobre la cláusula penal, lo siguiente:

“Cláusula 13.- Cláusula Penal. (fol. 40 c2).

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 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:

(...)

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 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.”

Por su parte, en el numeral 1.4 de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento, se tiene que el amparo de ese seguro consiste en:

“1. AMPAROS

(...)

1.4. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

CUBRE LOS PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTAMENTE POR EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO CUBRE EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y LAS MULTAS”. (fol. 72 c2).

(...)

Como se expuso al comienzo de la resolución de los problemas jurídicos, la Sala reitera que con las pretensiones de la demanda se persiguió la condena a las Aseguradoras por la afectación de la póliza No. 8001021893, fundada en las obligaciones incumplidas de CEC que llevaron a la terminación unilateral del contrato que daban lugar al importe de la cláusula penal del contrato.

En esa secuencia, la Sala resalta que las partes del contrato de gestión -CEDELCA y CEC-, regularon, entre otras, en la cláusula 13, que cuando la terminación anticipada fuera por causas atribuible al gestor, aquel debería pagar a CEDELCA la suma de \$30.000.000.000.

Sin embargo, como se halló probado, el Tribunal de Arbitramento en el Laudo del 04 de abril de 2014 encontró acreditado que el contrato de gestión había terminado anticipadamente pero por causas atribuibles a CEDELCA y no a la CEC, por lo que entonces, esta Sala concluye que el presupuesto para la prosperidad de las pretensiones de CEDELCA, en el presente caso no se cumple, pues el contrato no terminó anticipadamente por causas atribuibles al contratista CEC, sino atribuibles a CEDELCA, lo que conlleva a que no se pueda afectar la póliza de cumplimiento.

Ahora, si bien en los alegatos de conclusión, la parte demandante citó algunos apartes del Laudo Arbitral del 04 de abril de 2014 en los que el Tribunal señaló que existió incumplimiento de las obligaciones del contrato de gestión por parte de CEC, lo cierto es que revisado en su integridad el referido Laudo Arbitral, los apartes citados por la demandante en sus alegatos, son apreciaciones parciales del Laudo, carentes del contexto total de las consideraciones del Laudo, el cual, concluyó que a pesar de ciertos incumplimientos por parte de CEC, tales no configuraban las justas causas de terminación anticipada y unilateral de contrato esgrimidas por CEDELCA.

8.5. De la afectación de la póliza por el incumplimiento de la obligación de CEC en la entrega de la infraestructura y activos del gestor a CEDELCA.

Como se consideró al comienzo del acápite de resolución a los problemas jurídicos, CEDELCA no planteó una pretensión dirigida a que se afectara la póliza de cumplimiento por los perjuicios causados por la no entrega inmediata de la infraestructura y activos del gestor por parte de CEC.

Por lo anterior, no podrá condenarse al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda y por tanto la Sala no podrá emitir una eventual condena contra las Aseguradoras por el incumplimiento de la obligación de CEC en la entrega de la infraestructura y activos a CEDELCA, como lo propone la parte demandante en sus alegatos de conclusión radicados el 17 de enero de 2022, pues se itera, tal pretensión no fue propuesta en la demanda.

Ahora, se reitera que el 4º inciso del artículo 281 del CGP que “[E]n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” Sin embargo, si bien pareciera que tal disposición normativa daría lugar a un pronunciamiento de fondo sobre la eventual condena a las Aseguradoras por el incumplimiento de la entrega de la infraestructura y los activos del gestor, la Sala considera que el hecho modificativo del derecho sustancial debe ser de aquellos sobre los cuales ya versa el litigio, esto es, respecto de los cuales, en la demanda se formularon pretensiones relativas a ese hecho, y no, respecto de los cuales no existe ninguna pretensión en el libelo. Así mismo, el artículo 281 del CGP, establece como requisito que el hecho modificativo para que pueda ser apreciado en la

sentencia, debe aparecer probado, requisito que no cumple el denominado “nuevo hecho” en los alegatos de conclusión de la parte demandante.

8.6. De la solicitud probatoria de la parte demandante con los alegatos de conclusión

En lo relativo a la solicitud probatoria, la parte demandante alegó lo siguiente:

“6. Obligaciones a cargo de CEC con ocasión a la terminación del contrato de Gestión:

Adicional al pago de la cláusula penal y partiendo de la terminación del contrato de Gestión se fijaron, entre otras obligaciones, la entrega de la infraestructura y los activos del gestor, de lo cual se itera que, al no haberse hecho la entrega de los activos, CEDELCA debió iniciar procesos bajo el radicado 19001-3103-004-2015-00001-06 para obtener el cumplimiento de dicha obligación, proceso en el que recientemente se obtuvo fallo de segunda instancia en el cual se confirmó el deber de CEC de pagar a mi representada la suma de \$102.077.302.628 al no haber cumplido con su obligación contractual.

Al respecto cabe precisar que la terminación del contrato de Gestión, no sólo se circunscribe al laudo arbitral, pues con posterioridad a esta decisión tanto CEC como CEDELCA han debido acudir a otras instancias judiciales, entre ellas, el proceso de rendición de cuentas por la no entrega de los activos del Gestor a la terminación del contrato.

(...)

Ahora bien, aunado a los incumplimiento consignados en las diferentes comunicaciones que fueron aportada al presente proceso, surgió un hecho nuevo relevante para el caso que ocupa la atención el Tribunal, pues cabe precisar que el laudo arbitral, no da cuenta del incumplimiento en relación con la entrega de los activos del Gestor, lo que necesariamente condujo a que mi representada enfrentara un proceso judicial con posterioridad al laudo arbitral, en el que se constata la obligación no satisfecha por parte de CEC, pese a estar consignada en el Contrato de Gestión.

Con fundamento en lo anterior, me permito elevar la siguiente:

Petición especial:

Con fundamento en el artículo 169 del CCA en concordancia con el artículo 170 del CGP, respetuosamente solicito a fin de esclarecer la configuración del hecho nuevo y sus implicaciones en el presente proceso, se decrete de manera oficiosa la prueba de oficiar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de

Popayán a fin de que remita copia íntegra del expediente con radicado 19001-31-03-004-2018-00001-01 por medio del cual de manera definitiva se resolvió el valor adeudado por CEC a CEDELCA por concepto de los activos del gestor que no fueron reintegrados al momento de la terminación del Contrato de gestión y que denotan, el incumplimiento de CEC frente a dicha obligación contractual.

Como prueba de la anterior solicitud, me permito remitir copia de la decisión notificada a CEDELCA el 15 de diciembre de 2021, por parte de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

En los términos previamente expuestos, queda sustentados los alegatos de conclusión.”

Este Tribunal no decretará la prueba solicitada por la parte demandante en sus alegatos de conclusión porque, teniendo en cuenta lo afirmado en el acápite que antecede, sobre que las pretensiones de la demanda van dirigidas exclusivamente al importe de la cláusula penal con ocasión del presunto incumplimiento de CEC que conllevó a la terminación anticipada y unilateral del contrato de gestión, y no al importe de la cláusula penal por la no entrega inmediata de la infraestructura y activos por parte de CEC, la Sala considera que la solicitud probatoria de la demandante es impertinente de acuerdo con el objeto de la controversia.

En ese orden, de acuerdo con el artículo 168 del CGP, el juez rechazará de plano las pruebas notoriamente impertinentes.

“Artículo 168. Rechazo de plano.

El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”

IX. CONDENA EN COSTAS

El artículo 171 del CCA¹⁵ no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso.

Analizado dicho aspecto, la Sala estima que no se evidencia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes.

Así mismo, además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual *“Sólo habrá lugar*

¹⁵ **ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS.** En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En similar sentido se pronunció el H. Consejo de Estado, al señalar:

“El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación con la condena en costas estableció:

“Artículo 188.- Condena en costas.- Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo “dispondrá” que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir”, “mandar”, “proveer”, es decir que lo previsto por el Legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Analizado dicho aspecto, la Sala estima que no hay lugar a imponer condena en costas, pues se itera, no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: Por Secretaría liquidar los gastos del proceso y entregar el remanente al demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 7)

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

DRD