

PROYECTO DE LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL – COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P. VRS. EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. Y GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P., CAJANAL S.A. E.P.S. EN LIQUIDACIÓN VRS. BANCOLOMBIA S.A. Y AEROCALI S.A. VRS. AEROCIVIL.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2016

PROYECTO DE LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL – COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P. VRS. EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. Y GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P., CAJANAL S.A. E.P.S. EN LIQUIDACIÓN VRS. BANCOLOMBIA S.A. Y AEROCALI S.A. VRS. AEROCIVIL.



TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA

JUAN CAMILO ARBOLEDA RESTREPO

AURA XIMENA OSORIO TORRES

DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2016

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

1. Laudo arbitral de: COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P. contra EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. y GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P
2. Laudo arbitral de: CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN contra BANCOLOMBIA S.A
3. Laudo arbitral de: AEROCALI S.A. contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P. contra EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. y GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P
CONVOCANTE	COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P.
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	SOCIEDAD ANÓNIMA
Sector de Actividad Económica	3510
Convocados	EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	SOCIEDAD ANÓNIMA
Subsector del sector público (Hacienda, Salud, pensiones, Financiero, etc.)	SERVICIOS PÚBLICOS
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C. 5 de julio de 2012
Centro de arbitraje	Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS, CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS GERMÁN GÓMEZ BURGOS
Secretario (a)	ANTONIO PABÓN SANTANDER
Se presentó demanda de reconvencción	SI
Cuantía de la demanda principal	NO APLICA
Cuantía de la demanda de reconvencción	NO APLICA
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	
<p>Nota: Señalar los hechos relevantes indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar.</p>	<p>Con ocasión de la crisis eléctrica que tuvo lugar a inicios de los años 90 el Gobierno Nacional, con el fin de reducir la vulnerabilidad del sector, ordenó la ejecución de varios proyectos de generación térmica.</p> <p>El proyecto Paipa IV, junto con la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (en adelante EBSA), Flores I y La Loma, fue uno de los proyectos de generación térmica de energía que fue autorizado por el CONPES para dar confiabilidad a todo el sistema interconectado nacional.</p> <p>Como consecuencia de la crisis energética entre 1992 y 1993 el Gobierno Nacional tomó la decisión de Estado de crear el espacio para que el capital privado entrara al negocio de la generación de energía, cuyo monopolio tenía el Estado hasta ese entonces.</p> <p>El Gobierno colombiano estableció instrumentos para hacer que los inversionistas extranjeros se interesaran por realizar inversiones en el país en desarrollo de esas políticas y siguiendo los lineamientos del CONPES, que consistían en Contratos PPA (power purchase agreement) a largo plazo con una tarifa de disponibilidad de potencia independiente de la generación de energía a través de la cual se recuperarían las inversiones y proveería un flujo de caja estable.</p> <p>El Gobierno Nacional encargó a EBSA la ejecución del</p>

proyecto Paipa IV, quien el 31 de diciembre de 1992, mediante la Resolución 1183, realizó una convocatoria pública internacional para la construcción, operación y mantenimiento de la Unidad IV de la Central Termoeléctrica de Paipa (Termopaipa IV) y la compra en firme de la energía y de la disponibilidad de potencia de esa central por un término de 20 años.

La licitación se abrió el 12 de febrero de 1993 y se cerró el 30 de junio del mismo año; presentaron propuestas el Consorcio ABB (KW) – Distral (EMA) Lancaster Steel Energy Initiatives, y el Consorcio Steag A.G. – Consorcio Colombiano Industrial S.A. Luego, mediante la Resolución 748 del 22 de octubre de 1993 el gerente de EBSA adjudicó la convocatoria pública internacional en cuestión al Consorcio Steag A.G. - Consorcio Colombiano Industrial S.A.

El 4 de marzo de 1994 se celebró el contrato 94.016 con la sociedad vehículo del proyecto conformada para llevar a cabo su ejecución y explotación por el proponente favorecido, y que se denominó Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. (en adelante CES) Luego el 9 de febrero de 1996 suscribieron la Versión Integrada del Contrato.

Conforme consta en el Certificado de Existencia y Representación de Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., CES decidió libre y voluntariamente, aun cuando no era una exigencia derivada del Contrato, constituirse como una Empresa de Servicios Públicos.

En el Contrato se pactó el pago de una tarifa por potencia disponible para remunerar la disponibilidad de potencia suministrada por la planta, y el pago de una tarifa por energía para remunerar únicamente el costo del carbón empleado en la generación de la energía requerida por EBSA, este seguía los lineamientos del CONPES era fija y firme, debía cotizarse en dólares y sería pagada por EBSA en la misma moneda, y no estaba sujeta o condicionada a la demanda de energía eléctrica que atendiera EBSA, ni a ninguna variable distinta de los costos generados para que CES construyera la Planta de acuerdo a las especificaciones dadas en el Pliego de Condiciones y para que mantuviera y operara la misma.

En la cláusula décima tercera del Contrato las partes pactaron que la entidad contratante se obligaba a comprar a CES, toda la energía solicitada, y que fuere efectivamente suministrada y despachada por el contratista. En cuanto a la potencia, la entidad contratante estaba obligada a garantizar a CES el pago fijo de 1440 MW de potencia disponible para cada año energético.

Las partes estipularon que la tarifa por potencia disponible sería reajustada cuando se presentara un cambio en la legislación o en los reglamentos con posterioridad al 22 de octubre de 1993 (fecha de adjudicación del contrato), que resulte en un aumento del costo de desarrollar, de diseñar, de construir, de operar, de propiedad o de arrendamiento de la planta por más de US\$50.000 en total.

En efecto hubo cambios en la ley tributaria vigente que implicaron aumentos del costo por más de US\$50.000 después de la fecha de adjudicación del Contrato. Además las partes pactaron en el Contrato que si era un valor superior a los US\$5.000.000 debían reconocerse los mayores costos, lo que efectivamente pasó.

Luego con fundamento en esos mayores costos CES requirió a las convocadas y hasta el momento del Laudo no se había efectuado ninguna respuesta en relación con la comunicación.

De conformidad con lo estipulado en el contrato 94.016, CES se encuentra obligada a tener disponible la potencia de la planta Paipa IV, en las condiciones técnicas pactadas, para cuando la Contratante ordene generar energía.

En el año energético 2002 a 2003 EBSA no vendió a terceros excedentes de potencia. Durante el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2003 y el 30 de noviembre del mismo año, (ésta última, fecha en la que finalizaba el año energético 2002-2003), CES equivocadamente le facturó a EBSA el valor del 75% de la potencia disponible.

Como consecuencia de lo anterior, EBSA pagó a CES de forma equivocada las facturas correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003 por concepto del 75% de la potencia disponible.

Los valores facturados equivocadamente por CES y erróneamente pagados por EBSA por concepto del 75% de potencia para los meses de septiembre (del 24 a 30 de septiembre de 2003), octubre y noviembre de 2003, ascienden a la suma de \$6.763.008.127.

Los valores que se facturaron equivocadamente por parte de CES y que por error se pagaron por parte de EBSA, correspondientes al pago del 75% de la potencia disponible de los meses septiembre a noviembre de 2003, no han sido devueltos a EBSA o GENSA, pese a que el 30 de agosto de 2007 mediante comunicación No. 1300015.01 -10347, EBSA presentó a CES, reclamación solicitando la devolución de los mismos, luego CES negó la reclamación presentada por el contratista.

Respecto de la energía en exceso y la potencia se habían pactado en el Contrato que cada mes las partes de buena fe deberían tratar de vender toda la potencia disponible, si la hubiere, que excediera la potencia que se proyectó que el Contratante necesite durante el mes siguiente. El Contratante realizaría sus mejores esfuerzos para buscar dichas oportunidades, y negociar y celebrar dichos contratos, con las autoridades apropiadas que representaban el mercado al contado u otros clientes. El Contratista tendría que autorizar los términos de cualquiera de dichas ventas antes de la firma de cualquier contrato.

Contrariando la anterior estipulación contractual la Contratante ofertó dicha energía ante la Bolsa de Energía

a precios evidentemente fuera de mercado y muy disímiles respecto de los que venía ofertando antes de que la planta alcanzara la potencia disponible de 1.440 MW-mes.

Al tiempo que le impedía a CES recibir la remuneración pactada a su favor por la potencia disponible en exceso que suministró en el año energético 2006-2007, la Contratante declaraba ante el Mercado de Energía Mayorista dicha potencia disponible en exceso y recibía, sin justa causa, los recursos económicos que el sistema eléctrico colombiano reconoce a las plantas que aportan disponibilidad al sistema.

El 3 de noviembre de 2005, mediante comunicación 10000-293 98730, EBSA comunicó a CES que había cedido su posición contractual en el Contrato a Gestión Energética S.A. E.S.P. (en adelante GENSA), según acta de cesión suscrita en esa misma fecha.

En relación con dicha cesión CES manifestó en comunicación del 30 de noviembre de 2005 que hacía reserva expresa de no liberar a EBSA del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato mientras no se otorgaran y verificaran ciertas garantías y seguridades, las cuales no han sido otorgadas hasta la fecha.

En el Mercado de Energía Mayorista, los agentes generadores están obligados a enviar al Centro Nacional de Despacho, la declaración de disponibilidad y la oferta de precios para el día siguiente; con base en dicha declaración y oferta de precios, el Centro Nacional de Despacho remite al agente generador el despacho programado para el día siguiente, el cual debe ser cumplido por éste, so pena de la imposición de una penalización.

Durante la vigencia del contrato, la planta Paipa IV ha presentado desviaciones mayores a la tolerancia establecida por la regulación; desviaciones éstas que se han causado como consecuencia de la labor realizada por CES. En consecuencia, la entidad contratante, que en su momento fue EBSA y actualmente es GENSA, ha tenido que asumir las penalizaciones por desviaciones cobradas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.).

Las penalizaciones cobradas a la entidad contratante por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ascienden a la suma de \$1.329.094.266. Entonces a raíz de tal situación mediante comunicación radicada el 24 de julio de 2009 en CES, EBSA y GENSA reclamaron el pago de los valores adeudados por el contratista, por concepto de las sumas que tuvieron que pagar al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.

En respuesta a la reclamación presentada por EBSA y GENSA, mediante comunicación de fecha 12 de agosto de 2009, radicada en EBSA el 18 de agosto de 2009, CES solicitó el envío de los soportes de la reclamación por

	<p>concepto de desviaciones, dichos soportes fueron enviados, sin embargo, CES no ha efectuado pago alguno a EBSA o GENSA de las sumas reclamadas.</p> <p>La cláusula décima novena del contrato contempla una penalización al contratista en el evento en que la Central no se encuentre en operación a la hora solicitada por el Centro de Control CES pagó a EBSA las penalizaciones del periodo comprendido entre enero de 1999 y agosto de 2002 por aquellas horas o fracciones de hora en las que el Centro de Control, requirió la planta y esta no estuvo en operación.</p> <p>A la fecha, CES no ha efectuado pago alguno a EBSA o GENSA por concepto de las penalizaciones contempladas en la cláusula décima novena del contrato.</p> <p>El contrato en su cláusula Décima Quinta literal (a) dispone que los precios pactados en él cubren todos los costos directos e indirectos de la inversión, impuestos, IVA, aranceles, intereses, repuestos, gastos de personal, imprevistos, utilidad, seguros, y cualquier otro costo en que el contratista pudiese incurrir, con la única excepción del pago impuesto del cuatro por ciento 4% contemplado en el artículo 12 de la Ley 56 de 1981.</p> <p>En la comunicación de 30 de junio de 2006, enviada al Municipio de Paipa por parte de CES, CES reconoció que había cometido un error en la liquidación de las transferencias y solicitó la devolución de las sumas pagadas de más.</p> <p>Así, está claro que la misma CES reconoció que había cometido un error en la liquidación de las transferencias y solicitó al Municipio de Paipa, a quien se le pagaba el 2% del valor de las transferencias, la compensación de las sumas pagadas de más. Sin embargo, a pesar de ser conocedora y consciente del error en la citada liquidación, cuyo monto fue pagado por EBSA y GENSA, la reconvenida CES se negó a devolver a EBSA y GENSA las sumas pagadas de más.</p> <p>Los valores pagados de más por parte de EBSA y GENSA por concepto de la liquidación equivocada que hizo CES de las sumas a pagar en relación con la ley 99 de 1993, ascienden a la suma de 223.079.176,33.</p> <p>El 30 de agosto de 2007, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. presentó a CES reclamación por los valores pagados de más, como consecuencia del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias, sin embargo, CES no ha efectuado pago alguno a EBSA o GENSA de las sumas reclamadas.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p>	
<p>Problema(s) principal(s) jurídico(s)</p>	<p>1) ¿Puede EBSA intervenir habida cuenta de que cedió su posición contractual a favor de GENSA y es competencia del Tribunal Arbitral la de resolver sobre las implicaciones patrimoniales derivadas de</p>

	<p>los actos administrativos expedidos con el objeto de penalizar a CES por el incumplimiento de sus obligaciones legales que impactaron el desarrollo del Contrato? (En relación con excepciones previas).</p> <p>2) ¿Está el Contrato incurso en alguna causal de nulidad habida cuenta del desarrollo del contrato, el objeto y la causa del mismo?</p> <p>3) ¿Incumplió la convocada el Contrato al no haber operado de manera razonable en su actuación, razón por la cual está obligada a indemnizar los perjuicios que de ello se hayan ocasionado a la convocante?</p> <p>4) ¿Hay alguna responsabilidad patrimonial de las convocadas para con la convocante derivada de la Cláusula Décima Tercera en relación con el exceso de disponibilidad de potencia pactado en el Contrato?</p> <p>5) ¿Toda vez que la convocante era responsable del mantenimiento de la planta le son imputables las penalizaciones cobradas a las convocadas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y debe por lo tanto reconocerlos?</p>
<p>Ratio decidendi (Tesis, regla de derecho)</p>	<p>(i) En relación con el Contrato y la alegada nulidad.</p> <p>Bajo esta perspectiva, mediante la celebración de contratos de compraventa o suministro de energía, el particular inversionista se comprometía a desarrollar por su propia cuenta un proyecto concreto mediante la financiación, construcción y operación de una planta de generación térmica determinada, mientras que la respectiva entidad pública -que fungía como contratante- se obligaba a remunerar la disponibilidad de potencia que garantizaba el contratista, en unas cantidades específicas, a una tarifa fija y por un plazo determinado que le permitiera recuperar la inversión y obtener un rédito.</p> <p>En resumen, se tiene que los contratos de compraventa o suministro de energía, así como el otorgamiento de garantías adecuadas a favor de los inversionistas, constituían instrumentos fundamentales para el desarrollo de las políticas implementadas por el Estado para equilibrar y lograr el respaldo que se requería en materia de generación de energía eléctrica.</p> <p>Fue así, entonces, como se definió de forma general el acuerdo de colaboración entre la empresa privada que se encargaría de la ejecución del proyecto Paipa IV y la entidad pública que asumió la obligación de pagar una tarifa como remuneración por la disponibilidad de potencia que debía garantizar el propietario de la planta. En efecto, al observar el alcance de las estipulaciones contractuales mediante las cuales se definieron las obligaciones del inversionista e, igualmente, al tener claridad respecto a su compromiso para ejecutar en un todo el proyecto Termopaipa IV, se colige que la relación contractual</p>

celebrada en su momento entre EBSA y CES se configuró atendiendo el esquema BOOM y, en todo caso, bajo las características de un convenio de asociación entre públicos y privados encaminado a lograr la confiabilidad del sistema energético en materia de generación de energía eléctrica -APP-.

Con esta perspectiva, adhiere el Tribunal a lo dicho en el Laudo proferido el 24 de octubre año 2004 en el sentido de entender que la relación contractual existente entre la EBSA y CES, la cual se formalizó con la suscripción del contrato No. 94.016 de cuatro (4) de marzo de 1994, corresponde a un contrato de compraventa de energía a largo plazo, el cual fue convenido como un acuerdo de colaboración que atiende a los postulados propios del esquema BOOM Build, Own, Operate and Maintenance - como especie del género APP- y que en materia de financiamiento fue estructurado según el esquema de "Project Finance".

De manera concreta, según se expuso párrafos atrás, varias estipulaciones del contrato bajo análisis son claras y consecuentes en señalar que CES se obligaba a garantizar la financiación, el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de la planta térmica de generación de energía con combustible autóctono, denominada Paipa IV, compromiso contractual que claramente se enmarca bajo el esquema que ha sido dispuesto técnica y financieramente para el desarrollo de proyectos de infraestructura denominado BOOM, advirtiendo igualmente que con fundamento en dicho sistema, el patrocinador conservaría la propiedad de la planta al finalizar el contrato.

Por su parte, recordando que un plazo extenso y la contemplación de tarifas fijas son puntos de coincidencia directa entre el BOOM y el "Project Finance", al constituir elementos esenciales de los mismos, se recuerda que tratándose del término del acuerdo para la Compra en Firme de Energía, las partes pactaron una duración de 20 años contados a partir del inicio de operación de la planta, la cual tuvo lugar en enero de 1991. Cabe resaltar que este lapso fue estipulado precisamente para que el particular contratista pudiera recuperar sus inversiones y lograr un rédito, toda vez que percibiría en dicho transcurso una tarifa fija garantizada desde el inicio.

Ahora, tratándose del régimen del precio convenido entre las partes, se advierte que sobre este particular se pactó en el contrato el pago de dos tarifas especiales, una que remuneraba la disponibilidad de potencia y otra que se pagaba por el suministro de energía. (i) En cuanto al estipendio convenido como contraprestación por mantener una disponibilidad de potencia, precio que técnicamente corresponde a la modalidad de consumo-pago denominada "Take or pay", la cláusula 15a del contrato No. 94.016 estipuló que por este aspecto se pagaría una tarifa en dólares correspondiente a US\$31.6 para los primeros diez años y de US\$28 para los diez años restantes del acuerdo, la cual sería fija, firme y no reajutable, salvo los eventos establecidos en el literal c) de la cláusula en mención contenida en la versión

integrada del contrato No. 94.016.

Teniendo en cuenta que el reparo sobre la validez propuesto respecto del literal c) mencionado será objeto de análisis posterior, vale destacar que según el contrato, el precio así pactado debía cubrir la totalidad de los costos directos e indirectos de la inversión, incluyendo "... gastos financieros, impuestos (con la única excepción del cuatro por ciento (4%) contemplado en el Art. 12 de la Ley 56 de 1981), IVA, aranceles, intereses, repuestos, gastos de personal, imprevistos, utilidad, seguros y cualquier otro costo en el que se pueda incurrir, incluyendo los gastos de operación y mantenimiento con la única excepción del costo del carbón".

Así las cosas, contando con suficiente claridad en cuanto al panorama factico, jurídico y económico en el que surgió el contrato No. 94.016, para el Tribunal dicha relación contractual no solo existe, sino que también es eficaz, toda vez que se advierte la debida satisfacción de cada uno de los elementos que son esenciales a dicha relación contractual y que corresponden a los siguientes: i) Un acuerdo de voluntades que implicará a su vez el consentimiento como resultado de la autodeterminación de las partes de celebrar la convención, quienes, además de un sentir interno, deberán exteriorizar su querer - declararlo-; ii) un objeto, consistente en la prestación proyectada a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica que, a su vez, va referida a un comportamiento de dar, hacer o no hacer; iii) una causa, entendida como aquella motivación o interés perseguido por los contratantes y que se concreta en la búsqueda de un propósito económico-social y, por último, iv) la forma solemne en los casos en que la normatividad expresamente así lo establezca, advirtiendo que la formalidad que se erige como elemento esencial es aquella denominada ad solemnitatem.

Bastan las consideraciones expuestas para inferir que la pretensión Primera Declarativa principal, formulada por la convocante en la demanda arbitral reformada, está llamada a prosperar y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de la presente decisión arbitral.

(...)

El hecho de haber cambiado el concepto de tarifa que se entendía como fija, firme y no reajutable, por un valor que pese a ser fijo y firme podía reajustarse en los eventos contemplados por el literal c) en cuestión, implicó en opinión de la parte convocada una clara violación al principio de igualdad, vulneración que consecuentemente daba lugar a que la referida estipulación contractual resultara viciada de nulidad por objeto ilícito.

Aunado a lo anterior, en la presentación de los alegatos finales, las convocadas reiteraron su solicitud de nulidad; sin embargo, es menester señalar que además de considerar como nulo el literal c) de la cláusula décima quinta, también alegó la invalidez de los numerales 1.37 y 1.38 de la versión integrada del contrato, considerando

que al agregarse el literal c) y al modificar los numerales en mención, se abrió la posibilidad para que la tarifa por potencia fuera reajustada durante la vigencia del contrato, aspecto que no había sido contemplado en los términos de referencia, pues era claro que el precio era fijo, firme y no reajutable.

En cuanto a la nulidad por objeto ilícito, se expresó en los referidos alegatos que ésta se configuraba no solo por advertirse una violación al principio de igualdad, sino también por evidenciarse que la modificación realizada por los contratantes era del todo contraria a los principios de selección objetiva y de intangibilidad del pliego de condiciones, pues el cambio extemporáneo e indebido de las reglas bajo las cuales se había llevado a cabo la Convocatoria Pública Internacional, trasgredió el derecho que tenían los oferentes a conocer previamente las condiciones del proceso de selección y, más grave aún, a presentar su propuesta de contrato con base en reglas claras, ciertas y definitivas.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto por el artículo 1741 del C. Civil, habrá nulidad absoluta y, por tanto, ésta deberá ser declarada oficiosamente por el Juez o a petición de parte o de un tercero interesado o del Ministerio Público, cuando se constate la existencia de una de las siguientes causales: (i) objeto ilícito; (ii) causa ilícita; (iii) falta de solemnidades e (iv) incapacidad absoluta de los contratantes. Por su parte, cuando se trate de cualquier otra especie de vicio, se estará en el campo de la nulidad relativa, en el cual solamente las partes podrán incoar su declaratoria tal como se ha expuesto.

Ahora, recordando que la cuestión de validez suscitada en el caso concreto se dirige a controvertir unos precisos apartes de la versión integrada del contrato por encontrarse supuestamente viciados de nulidad por objeto ilícito, es preciso tener en cuenta que por tratarse de una causal que tiene por efecto la nulidad absoluta del negocio -art. 1741, C.C.-, es de recibo concluir que ésta podría en principio ser incoada por alguna de las partes que intervinieron en su celebración, por un tercero interesado como sería el caso del Consorcio ABB en su calidad de oferente o por el Ministerio Público, sin perjuicio de que la misma pueda aparecer de manifiesto en el contrato, evento en el cual el Juez debería declararla oficiosamente.

Bajo este entendimiento, se encuentra que en el marco del presente trámite arbitral aquella cuestión ha sido propuesta directamente y con la concurrencia de su cedente, por la parte convocada titular de la posición contractual por ella recibida y quien en consecuencia, de acuerdo con el artículo 1742 atrás transcrito estaría formalmente habilitada para pretender la nulidad absoluta del contrato dada su propia condición; sin embargo, es de verse que pese a lo anterior, a dicha parte como causahabiente a título singular de la primera que es, no le asiste el interés jurídico necesario para formular un pedimento encaminado a controvertir la legalidad del acuerdo contractual, toda vez que fue EBSA quien no solo realizó el trámite administrativo previo a la suscripción de la versión integrada del contrato y prestó su

consentimiento al momento de su firma, sino que, además, nunca manifestó reparo alguno en cuanto a su validez durante casi 13 años luego de haberse celebrado el referido acuerdo, pese a tener pleno conocimiento sobre el contenido y los alcances del mismo, luego en estas circunstancias que la hacen inconciliable con la buena fe, la impugnación en sustancia no es atendible.

No obstante lo anterior, aun cuando ello es con creces motivo suficiente en Derecho para desechar la excepción propuesta por EBSA y GENSA, en gracia de abundar en garantías y con el fin de dar respuesta a cada uno de los argumentos esgrimidos en el proceso, a efectos de que ningún planteamiento quede sin respuesta, el Tribunal considera pertinente examinar a continuación el mérito de cada uno de los fundamentos en que se sustenta la petición de nulidad. Por ende, pasará a pronunciarse sobre los distintos argumentos que han sido esbozados en el marco de la presente discusión, para resolver con base en dicho análisis probatorio sobre la afirmada existencia del vicio de nulidad parcial que por objeto ilícito se propone frente a la versión integrada del contrato No. 94.016, siguiendo en el análisis el siguiente orden: En primer lugar, lo relacionado con el alcance de la institución jurídica de la nulidad del contrato por objeto ilícito; en segundo término, se realizará el estudio concreto de los principios que según la parte convocada resultaron vulnerados al suscribirse la versión integrada del contrato No. 94.016, específicamente, se razonará sobre la igualdad, la selección objetiva y la inalterabilidad del pliego de condiciones y luego, con base en ello, se abordará el estudio concreto del material probatorio a fin de resolver si efectivamente existe o no la irregularidad emergente del cambio de las condiciones contractuales alegado, punto este último respecto del que el Tribunal enfocará su estudio en dos aspectos concretos, uno primero referido a determinar el alcance de las condiciones que fueron contempladas en los términos de referencia en relación con la normatividad que debían conocer y considerar los proponentes para confeccionar sus ofrecimientos, análisis indispensable para tener claridad en cuanto a lo estipulado contractualmente sobre el riesgo por cambios de ley y concretamente sobre la asignación del mismo; y una segunda situación jurídica a examinar por parte del Tribunal y que está relacionada con el punto anterior, se centrará en establecer si la celebración de la versión integrada del contrato No. 94.016, implicó efectivamente un cambio de las condiciones que inicialmente se habían contemplado respecto a la fórmula de la tarifa definida como fija, firme y no reajutable, la cual se pagaría por disponibilidad de potencia.

(...) (Se hace una escogencia de algunas cláusulas contractuales que se refieren a las regulaciones promulgadas con posterioridad al Contrato).

Consecuente con lo expuesto hasta aquí, las disposiciones transcritas hacen referencia de nuevo a la obligación que tenían los oferentes en el sentido de declarar que para el momento de presentación de sus propuestas conocían y habían estudiado las reglamentaciones gubernamentales y las leyes y

	<p>costumbres locales aplicables al contrato, frente a lo cual debe concluirse que la normatividad a la cual aludían los referidos textos correspondía a aquella que se encontraba vigente para el momento en que se suscribía la mencionada carta de presentación de la oferta.</p> <p>Basta observar detenidamente los términos contenidos en los apartes documentales transcritos y que se refieren a “reglamentaciones gubernamentales”, “leyes”, “costumbres locales” y “reglamentaciones colombianas”, para colegir que todas estas expresiones, las cuales se declararon en tiempo presente según el contexto de la oración, solamente podían comprenderse como aquellas normas que se encontraban vigentes para el momento en que el respectivo oferente firmaba su carta de presentación de la propuesta.</p> <p>En efecto, lo razonable es suponer que las “leyes” son exclusivamente aquellas formalmente promulgadas por el Congreso de la República, más no los proyectos que se encuentren en curso y mucho menos las simples intenciones que puedan tener los ponentes sobre una materia determinada que pretendan regular. Igual razonamiento cabe frente a las “reglamentaciones”, por las que habrá de entender solamente aquellas normas, bien sea de carácter reglamentario o regulatorio, que ya existen y hacen parte del ordenamiento jurídico dada su debida creación y su consecuente publicación.</p> <p>(En relación con los tributos en sentido general)</p> <p>Conforme a las consideraciones expuestas, está demostrado que los oferentes interesados en participar en la Convocatoria Pública Internacional, tenían la obligación de informarse, estudiar y considerar la normatividad y las demás disposiciones jurídicas que para ese momento se encontraran vigentes, de manera que para la estructuración de su ofrecimiento en general y específicamente para el cálculo de la tarifa que por concepto de disponibilidad de potencia se propondría, solamente debían ser consideradas las leyes, reglamentaciones y las demás prescripciones normativas que para ese preciso momento ya existían y hacían parte del ordenamiento jurídico, razonamiento que obviamente aplicaba para el caso de los tributos, impuestos y demás gravámenes vigentes que para ese momento afectaban la ejecución del proyecto.</p> <p>Así las cosas, tratándose de la normatividad que debían estudiar y cumplir los oferentes con ocasión del contrato, los términos de referencia establecieron, de un lado, una regla general, y, de otro, unas precisas excepciones. En efecto, se advierte que en todos y cada uno de los apartes del pliego en los cuales se hacía alusión a “leyes”, “reglamentaciones”, “normas”, “impuestos”, “tributos”, “gravámenes”, “disposiciones normativas”, entre otras de igual naturaleza y generalidad, debía entenderse que dichas expresiones aludían solamente a normas vigentes, constituyéndose ésta en la regla general de interpretación que fue contemplada contractualmente sobre la materia.</p> <p>Por su parte, con carácter restrictivo, específico y expreso,</p>
--	--

el pliego se encargó de regular unas excepciones precisas en las que no solo aplicaban las disposiciones vigentes en las referidas materias, sino que también obligaban aquéllas que se establecieran con posterioridad a la presentación de las ofertas. Estos especiales casos corresponden a la normas proferidas en materia de seguridad e higiene industrial y medicina del trabajo, clasificación que dada su precisa identificación por parte de la cláusula trigésima segunda, no puede ampliarse y mucho menos interpretarse de forma extensa e irrestricta, más cuando la misma disposición se encargó de establecer que tratándose del cumplimiento de las disposiciones emitidas en materia de seguridad e higiene industrial y medicina del trabajo, no habría lugar a reconocimientos económicos adicionales ni a extensión de plazos ni a otro tipo de contraprestaciones, consecuencia que de manera alguna puede hacerse extensiva a los demás casos en los que el pliego hace referencia a "leyes", "reglamentaciones", "normas", "impuestos", "tributos", "gravámenes", "disposiciones normativas", entre otras de igual naturaleza y generalidad, toda vez que éste no fue el querer de la entidad pública al redactar unilateralmente las condiciones de la convocatoria y, por tanto, mal haría el intérprete en otorgar en este sentido un entendimiento distinto al que claramente se desprende de la voluntad de quien elaboró las mencionadas bases de la convocatoria y la contratación.

Atendiendo las consideraciones antes expuestas, se concluye que, contrario a lo argumentado por la convocada con el apoyo del Señor Procurador en su concepto de fondo, con la estipulación del literal c) a la cláusula 15ª de la versión integrada del contrato No. 94.016, no fueron variadas las condiciones inicialmente establecidas en materia de riesgo por cambios de ley o riesgo regulatorio. En efecto, a modo de resumen se reitera que, interpretando de manera integral o sistemática los términos de referencia que rigieron la convocatoria pública, se avizora que cuando en ellos se hacía referencia a la obligación de los proponentes de informarse y estudiar la normatividad que estuviera relacionada con el contrato a efectos de realizar con base en ello sus ofrecimientos, se trataba siempre de leyes, reglamentaciones, tributos, impuestos o gravámenes que estuvieran vigentes para el momento de presentación de la propuesta, de ahí que se imponga admitir que fue la entidad pública contratante quien asumió desde un inicio el riesgo por cambios de ley, circunstancia que incluso se acompaña con la finalidad de los contratos celebrados bajo los postulados BOOM, en los cuales, precisamente, el Estado brinda una serie de seguridades a los inversionistas con el ánimo de lograr su participación en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura, entre ellas, la asignación del riesgo regulatorio a la entidad pública contratante.

Atendiendo lo analizado hasta aquí en relación con la solicitud elevada por la Convocada para que fuera declarada la nulidad por objeto ilícito del literal c) de la cláusula décima quinta de la versión integrada del contrato No. 94.016, el Tribunal encuentra que luego de analizar a profundidad los elementos materiales de prueba que

reposan en el expediente, no hay lugar a la declaratoria deprecada por EBSA-GENSA en este sentido, toda vez que al considerar el alcance de lo convenido por las partes en la cláusula décima quinta y más precisamente en su literal c), se advierte que de manera alguna lo que allí se dispuso implicó una modificación de las condiciones inicialmente contempladas en los términos de referencia en materia de riesgo por cambios de ley y régimen de tarifas.

En efecto, según se expuso a profundidad párrafos atrás, tratándose de riesgo regulatorio, el pliego de condiciones, a juicio del Tribunal, fue claro en establecer que el mismo sería asumido por la entidad pública contratante, salvo lo relacionado con la seguridad e higiene industrial y medicina del trabajo, pues estos precisos aspectos fueron atribuidos al contratista de manera expresa. De esta forma, si bien el literal c) se encargó de dar alcance al denominado riesgo por cambios de ley, no puede concluirse por ello que dicho acto implicó la transferencia del mismo a la entidad pública, pues quedó plenamente demostrado que desde la misma concepción del negocio, el riesgo regulatorio radicaba en cabeza del ente contratante.

Bajo estas condiciones, hay que entender que lo estipulado por el numeral c) corresponde simplemente a una precisión que las partes consideraron importante hacer en materia de riesgo por cambios de ley, circunstancia que, de contera, no podrá entenderse como una modificación sustancial a los pliegos de condiciones, toda vez que fue precisamente en los mismos donde el Tribunal entiende que en cabeza de la entidad pública contratante estaba radicado el riesgo en mención.

En cuanto al fundamento correspondiente al régimen de precios establecido en el contrato, el Tribunal tampoco advierte que al contemplarse la posibilidad para efectuar ajustes al precio por potencia -literal c) de la cláusula décima quinta-, hubieren sido alterados o desconocidos los términos de referencia, pues el entendimiento que debe darse a la expresión "precio fijo, firme y no reajutable" es en pro del contratista y no en contra de sus intereses, toda vez que el precio así entendido constituyó una de las garantías primordiales para que el inversionista no viera disminuido el flujo de caja inicialmente proyectado, dada la variación negativa que pudiera sufrir la tarifa.

Es claro, entonces, que en los eventos en que se haga necesario ajustar positivamente la tarifa a efectos de compensar o reembolsar al contratista los dineros que deba pagar para cubrir obligaciones creadas por normas expedidas o modificadas con posterioridad a la presentación de su propuesta, será del todo procedente que las partes logren válidamente un acuerdo encaminado a establecer dicho ajuste, pues solo de esta forma se respetaría el derecho del inversionista a recibir una tarifa firme y condicional durante todo el plazo del contrato, recordando en todo caso que el reconocimiento que allí se hace no podrá contemplar ningún concepto por utilidad o rentabilidad.

En resumen, al no evidenciarse que el literal c) de la cláusula 15a implicó una modificación viciada de ilicitud a las condiciones inicialmente contempladas por los términos de referencia en materia tarifas y riesgo regulatorio, se concluye que en el caso concreto la afirmada violación de los principios de igualdad y selección objetiva ni de la denominada inalterabilidad o intangibilidad del pliego de condiciones, no procede tenerla por configurada en los términos antes expuestos.

En relación con el alegado incumplimiento y los perjuicios derivados.

En efecto, ante los cambios aplicables en la legislación de naturaleza impositiva principalmente, sobrevinientes con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y cuya incidencia perturbadora del cuadro de costos estructural en el cálculo de la rentabilidad del proyecto objeto del contrato 94.016, notificó CES en la comunicación por esa entidad dirigida a GENSA con fecha 10 de enero de 2006 [Folio 370 del Cuaderno de Pruebas No. 1], es lo cierto que, al tenor de las estipulaciones en mención y específicamente del ordinal c) de la cláusula 15ª, con la debida diligencia y actuando de buena fe las dos partes, tal y como quedó explicado a espacio con anterioridad, se encontraban en la obligación de proceder con razonable prontitud a restaurar el equilibrio negocial una vez puestas de acuerdo acerca de la existencia y el alcance cuantitativo de una situación idónea en orden a justificar la aplicación de la apuntada cláusula, empleando para alcanzar aquél fin uno cualquiera de los dos medios instrumentales en esta última previstos, vale decir, introduciendo un ajuste equitativo al precio por potencia "...con vigencia para el resto del plazo del Contrato..." o en su defecto, acordando las condiciones bajo las cuales GENSA, cesionaria de la posición de "Contratante", asumiría en forma directa el pago a CES –"Contratista"- del valor correspondiente, ello sin perjuicio de la eventual ampliación, a cargo de la primera, de las garantías a favor de la segunda en el caso de que las exacciones fiscales adicionales, en su conjunto, superen las suma agregada de U.S \$ 5'000.000 en lo que vaya corrido del contrato.

A pesar de que el impacto de los cambios en cuestión sobre la operación del proyecto, con corte a abril de 2007, se estimaban ya para ese entonces en la cuantiosa suma total de \$ 15.309'488.816 [Folios 385 y 386 del Cuaderno de Pruebas No. 1], muestran los autos que transcurrieron más de tres años, desde el 10 de enero de 2006 hasta el 25 de marzo de 2009, sin que GENSA sentara la "...posición oficial..." sobre el fundamento de la compensación económica solicitada por CES, anunciada en la comunicación de fecha 18 de marzo de 2008 [Folio 402 ib], habiéndose limitado tan sólo a postergarla indefinidamente, aduciendo entre otras cosas que le era necesaria información adicional para analizar y verificar los costos reales por KW de potencia, información que no demostró se le hubiera negado a pesar de lo que en sentido contrario se afirma por CES en la carta misiva de 28 de octubre de 2008 [Folios 413 y 414 ej.], siendo además de tener en cuenta acerca de este particular

punto que, en atención a la naturaleza de la prestación de actividad objeto de la obligación involucrada y con arreglo al Art. 1604, inciso 3º, del C. Civil, la carga de la prueba de la diligencia o cuidado, trátase ya de culpa contractual o ya de culpa aquiliana, por principio le incumbe a quien ha debido emplearla si pretende exonerarse de responsabilidad.

Así, pues, con anterioridad a la iniciación del presente proceso arbitral y sin concurrir motivo atendible que en pos de las exigencias de la buena fe pueda explicar esa manera de obrar, GENSA se abstuvo por años de fijar lo que llamó su "...posición oficial..." acerca de la gravosa penalización tributaria sobreviniente experimentada por el proyecto "Paipa IV", contingencia esta prevista bajo el concepto amplio de fuerza mayor y cuyo eventual impacto económico-financiero en el precio para el suministro de energía y potencia estipulado se le asignó, obstruyendo en consecuencia y con evidente menosprecio por el legítimo interés de su contratante, la efectiva operancia del mecanismo de adaptación contractual acordado para que tuviera aplicación frente a la realización de riesgos de tal estirpe, lo que de suyo hace a aquella civilmente responsable de los daños de índole patrimonial experimentados por CES que tuvieron origen en esa conducta, puestos de manifiesto por lo tanto en los mayores costos que por el motivo señalado y conforme a la prueba producida en esta actuación, tuvo que por su cuenta asumir dicha compañía tal y como en seguida pasa a puntualizarse, fijando las bases en función de las cuales habrá de determinarse el monto del resarcimiento que reclama la convocante, considerando para el efecto, no solamente el valor objetivo del daño emergente circunscrito en consecuencia al importe de esos mayores costos, sino mediante un cálculo de mayor complejidad que obliga a tomar en cuenta en su integridad el interés merecedor de tutela resarcitoria del acreedor, comparando su situación patrimonial después del incumplimiento con el estado imaginario que ella presentaría si la obligación hubiese sido satisfecha, ya que el daño que este experimenta, explica la doctrina [Cfr. Sergio Gatica Pacheco. Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato. Cap. vii , N. 122], "...no sólo está constituido por el valor objetivo de la prestación incumplida, sino que está representado en la realidad por la perturbación que ha experimentado el interés que tenía en la ejecución de ella, y ello obliga entonces a considerar de manera preferente, el estado en que queda, de hecho, el patrimonio de cada acreedor...", procurando así, de conformidad con el Art. 16 de la L. 446 de 1998 y con vista en los resultados de la prueba naturalmente, establecer un justo equilibrio entre los principios de derecho y los elementos de hecho relevantes que cada litigio ponga en juego.

En ese orden de ideas y establecido, según se vio en los acápites anteriores, que el contrato No. 94.016 y sus modificaciones, existe, se encuentra vigente y vincula a las partes suscribientes del mismo, que la estipulación contenida en el literal c), de la cláusula 15a de la versión integrada de dicho contrato no se encuentra viciada de nulidad, y que el comportamiento observado por GENSA

contraría el genuino significado de esa misma estipulación, procede examinar las pretensiones formuladas por la parte convocante con base en el referido literal c) de la cláusula 15a, contenidas en la segunda, tercera, cuarta, sexta, séptima y octava pretensiones de la demanda reformada, en las que se solicita que se declare que con posterioridad al acto de adjudicación del contrato - 22 de octubre de 1993- se presentaron cambios legislativos que implicaron la creación o el aumento de impuestos y tributos aplicables a CES que significaron un aumento de los costos del proyecto, los cuales, por no haberles sido pagados por GENSA ni EBSA cuando fueron directamente reclamados, determinó, en sentir de CES, un incumplimiento de la estipulación contractual mencionada, lo que debe dar lugar a que se declare el respectivo incumplimiento y consecuentemente se condene a las dos empresas convocadas a pagar el valor de tales aumentos de costos, debidamente actualizados y con adición de intereses moratorios calculados a la máxima tasa permitida por la ley y el contrato, entre la fecha en que cada suma fue cancelada y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.

En relación con las obligaciones derivadas de la Cláusula Décima Tercera del Contrato, donde EBSA garantiza a CES la compra de 1.440 MW mes de potencia disponible durante cada año energético y CES, por su parte, se obliga a mantener la disponibilidad de la Central, hasta un máximo de 150 MW durante ese mismo término.

Dentro de los términos elementales de la buena fe que deben presidir las negociaciones bilaterales, la mecánica acordada fue: CES, cumplida su obligación anual garantizada antes de finalizar el año energético y cumplido el tope del millón de MWH despachados, ésta proyecta la disponibilidad de potencia que la Planta aún está en capacidad de poner a disposición de EBSA-GENSA para la comercialización de energía, y esta empresa se compromete a ofrecerla en el mercado, mediante su mejor esfuerzo de gestión, dentro de las condiciones más convenientes, en cuestión de precios, para que la planta salga despachada.

Aunque el tema en cuestión, según lo analizado, se proyecta como un negocio separado del objeto principal del contrato en su fase financiera, visto elementalmente como la compra garantizada de disponibilidad de potencia por EBSA-GENSA a CES en una cantidad precisa de MWH a una tarifa prefijada, dentro de los términos acordados anualmente, desde el punto de vista jurídico del análisis, no puede aquél mirarse aislado del contexto general del PPA y del propósito del mismo que va mucho más allá de la operación comercial. Los requisitos exigidos en la cláusula Décima Tercera b), (ii), inciso segundo, para concretar el negocio sobre potencia en exceso, como se vio, se refieren al cumplimiento previo de las obligaciones principales del contrato 94.016 por cada parte obligada, sin poderse olvidar que para lograrlo, CES contractualmente asumió el riesgo de operación de la Planta y EBSA-GENSA, a su vez, el de comercialización de la energía generada en la disponibilidad de potencia,

comprometiéndose al pago de la cantidad garantizada de 1.440 MW de potencia, a la tarifa prefijada en el contrato.

Por tanto, considera el Tribunal que este negocio, a pesar de estar incluido en la cláusula referida a las Cantidades Garantizadas (13ª), no extiende el aval de compra por parte de EBSA a cantidades que excedan los 1.440 MW de potencia, así como tampoco consagra para EBSA la obligación de conseguir el despacho de la planta, más allá del millón de MWh a que se comprometió contractualmente. Lo anterior, además de derivarse de la redacción de la cláusula individualmente considerada, se explica por la estructura financiera del PPA, cuidadosamente examinada en otro capítulo de este laudo, para la cual es indiferente, que este tipo de negocio se realice o no al final de cada año energético. Esto lo confirma el hecho de que durante más de diez años de operación comercial, solamente, se ha concretado en el año energético 2002-2003 y 2009-2010, como se verá más adelante.

En otras palabras, la negociación del exceso de potencia que CES puede ofrecer a EBSA-GENSA no convierte en obligatoria su compra y mucho menos le exige el pago de la misma tarifa contractualmente acordada, como tampoco el resultado de conseguir el despacho de la planta.

Año energético 2006 – 2007

El ámbito de la obligación que a juicio de CES fue incumplida por EBSA-GENSA, al referirse al comportamiento que ésta debe adoptar para lograr el resultado de vender en el mercado las unidades de energía generadas por el exceso de potencia de la Planta Paipa IV, corresponde a una prestación de medio, cuyo incumplimiento se genera en acciones u omisiones contrarias a la diligencia y cuidado que, en este caso específico, son propias no sólo de EBSA-GENSA sino dependen también de otros agentes que interactúan en el Mercado de Energía Mayorista (MEM).

Para deducir responsabilidad contractual de EBSA por la no obtención del despacho de la Planta en las cantidades señaladas por CES para alcanzar el 1.000.000 de MW de generación durante el transcurso de los días 22 a 25 de septiembre de 2007, no basta que ello así haya ocurrido, precisamente por la naturaleza jurídica de la actividad, consistente, como lo dice la misma cláusula, en "... realizar sus mejores esfuerzos para buscar dichas oportunidades y negociar y celebrar dichos contratos con las autoridades apropiadas que representen el mercado al contado u otros clientes."

Las reglas probatorias a que están sometidas las obligaciones de medio no son las mismas que las aplicables a las obligaciones de resultado por cuanto en las primeras, la prestación se refiere al desempeño del deudor de una actividad tendiente a producir un eventual resultado a favor del acreedor; es decir, que su objeto consiste en aportar toda la diligencia posible con el fin de obtenerlo. Por su parte, en las obligaciones de resultado, dado que la prestación es específica y determinada, es

suficiente comprobar su incumplimiento para presumir la responsabilidad del deudor, la cual puede ser desvirtuada mediante la demostración de los eximentes que la ley y la jurisprudencia determinan.

Por tanto, la carga de la prueba en caso de alegar el incumplimiento en las obligaciones de medio recae sobre el acreedor, quien deberá demostrar aquellas acciones descuidadas, imprudentes o mal intencionadas que condujeron a la no obtención del resultado esperado.

Según lo alegado por CES, existió por parte de GENSA la intención de impedir que la planta alcanzara el millón de MWH de despacho, con el fin de que no se dieran los supuestos de exceso de potencia para obtener la disponibilidad de la planta y generar unidades de energía con la opción de ser comercializadas en el mercado. Es decir, que además de la voluntad de incumplimiento de su obligación de gestión, existió la intención de causar un perjuicio a CES; se trató entonces de una actuación dolosa, en los términos del art. 63 del C.C.

Debe advertirse que esta imputabilidad, sigue los principios básicos de la carga de la prueba, pues no es dable la aplicación de una presunción de mala fe sino en los casos que la ley disponga, conforme lo prescribe el art. 1.516 del C.C. Por tanto, en el evento que se resuelve, ha de probarse la intención dolosa de GENSA, para poder establecer la responsabilidad contractual que se pretende por parte de CES.

La conducta de GENSA, reflejada en haber ofertado con precios más altos en el mercado durante los días del 23 al 30 de septiembre de 2007, no puede ser calificada por el Tribunal como de mala fe o dolosa, según la Pretensión Quinta la demanda de CES, por cuanto no está demostrado que la estrategia comercial desplegada por GENSA tuviera el móvil específico de impedir el despacho de la planta en esos días. Tampoco está acreditado que la composición de los precios de esos días, fuera un suceso excepcional en el mercado; se anota por lo demás, que no contrariaron las disposiciones regulatorias de la CREG.

Los hechos supuestamente generadores del pretendido incumplimiento, a juicio de CES son los precios de las ofertas formuladas por EBSA durante el mes de septiembre de 2007, especialmente los correspondientes a los días transcurridos del 22 al 30, por contener un aumento inusual en comparación con los días anteriores del mismo mes. No obstante, la Resolución 055 de 1994 y el Anexo A de la Resolución 024 de julio de 1995, ambas de la CREG, al determinar los criterios que deben tener en cuenta los agentes para fijar el precio de energía que ofrecen en la Bolsa las plantas termoeléctricas, indican que su estructuración debe considerar diversas variables, tales como el costo incremental del combustible, el de la administración de la planta, el de operación y mantenimiento de la misma, los costos de arranque y parada de la operación de generación y un estimativo de su eficiencia térmica.

Los técnicos que declararon en el proceso por solicitud de

CES y de EBSA ilustraron al Tribunal sobre dichos factores y sus dichos son concordantes en cuanto no se conoce la razón de la subida de los precios en esos días, todo lo cual conduce al Tribunal a no encontrar la prueba de la alegada estrategia malintencionada de EBSA tendiente a evitar la generación de potencia en exceso.

Finalmente, definida la venta de exceso de potencia como un negocio entre las partes con beneficios mutuos pero dependiente de su acuerdo de voluntades, según lo atrás definido, no se encuentra una razón para el supuesto incumplimiento, ya que de haberse obtenido la generación del 1.000.000 MW en esos días, tampoco era obligatorio el que CES diera su autorización para la realización del negocio mediante la oferta en el mercado y tampoco lo era la comercialización por parte de EBSA del exceso de potencia, si lo hubiera.

Los perjuicios cuyo reconocimiento se solicita, no configuran un daño cierto, pues además de no haberse podido aplicar la normatividad contractual de la venta de potencia en exceso, el daño reclamado es hipotético y sólo se integra de especulaciones.

En consecuencia prosperarán las pretensiones Quinta, Novena y su subsidiaria formuladas por CES en la reforma de la demanda. En cuanto a las excepciones propuestas por EBSA-GENSA se consideran probadas la Trigésima Tercera a la Trigésima Quinta de la respectiva contestación; sin ser llamadas a prosperar las numeradas como Trigésima Sexta y Trigésima Séptima.

Año Energético 2002 – 2003.

El 24 de septiembre de 2003 la Planta alcanzó una potencia disponible de 1.440 MW mes, entre las 3:00 y las 4:00 am había generado hasta ese momento 1.036.183.238 KWh [Dictamen Técnico Respuestas EBSA-GENSA, pág. 5]

Durante el año energético 2002 – 2003 la planta generó un total de energía de 1.118.091.948 KWh [Dictamen Técnico Respuestas EBSA pág. 4]

La potencia disponible en exceso y la energía generada en exceso suministradas y facturadas por CES a EBSA en el año energético 2002 2003 desde el momento en que la Planta alcanzó una disponibilidad de 1.440 MW mes y una generación superior a 1.000.000 de MWh fueron respectivamente 102.94 MW mes y 82.027 MWh [Dictamen Técnico Respuestas CES Aclaraciones pág. 23].

Para los períodos del 24 al 30 de septiembre de 2003, octubre y noviembre de 2003, EBSA pagó a CES el 75% de la tarifa de potencia disponible, excepto para el día 24 de septiembre, para el cual una parte de la disponibilidad se facturó al 100% y la otra al 75% [Dictamen Técnico Respuestas EBSA págs. 11 y ss.].

En las Planillas de Programación Mensual de Generación Paipa IV, que el Director de Generación de EBSA envió a

CES para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, aparece una programación de potencia por parte de EBSA por fuera de las cantidades garantizadas por CES, lo cual permite establecer que las partes conocían el momento en el cual se cumpliría con las cantidades garantizadas. Mediante la comunicación 42000-639 de 24 de septiembre de 2003 remitida a CES, EBSA certificó lo anterior [Cuad. de Pruebas N° 4 fls., 2,3,4 y 5].

No hay prueba en el proceso de que a partir del 24 de septiembre de 2003 CES hubiera autorizado a EBSA especialmente para la venta de la energía que a partir de esa fecha generara la planta hasta la finalización del año energético, es decir hasta el último día de octubre de 2003.

Mediante las facturas números 78, 81 y 83, CES cobró a EBSA por la disponibilidad de potencia en exceso durante las siguientes fechas: del 24 al 30 de septiembre de 2003 usd \$754.706,60; por el mes de octubre de 2003: usd \$1.105.904,40; por el mes de noviembre de 2003: usd \$591.512,50, para un total de usd \$2.452.123,50 (\$6.797.832.808,10). – Está demostrado el pago de estas facturas, sin que se hubieren formulado observaciones al respecto, lo que indica al Tribunal que la generación de energía de la planta en esos días fue comercializada por EBSA en el mercado.

La excepción de pago prevista en la norma contractual se refiere a los eventos en los cuales la planta ha salido despachada por más de 1.000.000 KW h antes de cumplir con la generación de los 1.440 MWm lo que puede suceder por la capacidad mayor de la planta.

En estos casos, las unidades adicionales al millón de compra garantizado por EBSA, no pueden ser objeto de pago extra a CES antes de alcanzar la planta la disponibilidad de 1.440 MW mes garantizada, pues se desarticularía la ecuación financiera del PPA estructurada en los precios fijos acordados para la tarifa de potencia y las cantidades de disponibilidad y de generación de MW garantizadas en la norma bajo estudio.

Advierte el Tribunal que al tener la planta una capacidad de generación de potencia 150MWm, y que su garantía de generación sólo es del 80% de su capacidad, como lo establece el final de la misma cláusula, sería posible que durante el año energético, de salir despachada la planta durante las 24 horas del día, y en los 365 días del año, se cumpliera con la generación de 1.051.200 KWH, por lo cual es probable alcanzar el cumplimiento de las cantidades garantizadas en diferentes fechas de la finalización del año energético.

Por ello es coherente la previsión de que “En este caso, EL CONTRATANTE, solo pagará la energía recibida que exceda la cantidad de energía que EL CONTRATANTE reciba durante el período arriba mencionado.”.

Los pagos efectuados por EBSA por concepto de excedentes de potencia al final del año energético 2002-2003, a la tarifa del 75% de la acordada contractualmente, fueron legítimos, ya que no hubo precios diferentes

acordados por las partes y se cumplieron los supuestos de la norma sin lugar a aplicación de la excepción de pago contemplada en la misma.

CES interpuso la excepción de prescripción sobre la acción de pago de lo no debido, de que trata la pretensión de EBSA-GENSA analizada. El Tribunal al haberla analizado sin acceder a su prosperidad, no se pronunciará al respecto por economía procesal. En sentencia de abril 30 de 1.960 (Gaceta XCII), al respecto determinó: “La naturaleza de la excepción de prescripción, permite al sentenciador estudiar en primer término, sin que se le imponga la necesidad de resolver, acerca de la existencia de la obligación misma que la excepción perentoria destruye.”

En relación con las penalizaciones impuestas a las convocadas por la falta de disponibilidad de la planta.

Planteada como queda visto la cuestión que requiere ser resuelta y, en atención a los resultados de la prueba practicada sobre el particular, procede en primer lugar a examinar el alcance de las disposiciones contractuales sobre la materia, en conjunto con la cláusula 19ª, ya que en ésta las partes previeron específicamente el suceso de indisponibilidad de la planta para atender los requerimientos de despacho, después de haberse reportado a EBSA-GENSA su programación horaria para el día siguiente.

De todo el panorama normativo de las penalizaciones, según lo relacionado anteriormente, es claro que CES y EBSA sí previeron contractualmente en la cláusula 19ª, los eventos de desviaciones o de fallas de la Central durante el arranque de generación de energía, así como también dispusieron las sanciones correspondientes para aplicar a CES como operadora de la planta. En el texto originario del contrato suscrito en 1993, incluyeron además la siguiente expresión que posteriormente desapareció en la versión integrada en 1996: “Los costos por concepto de penalizaciones se descontarán de las facturas pendientes de cancelación por parte del CONTRATANTE.”

No se requiere de interpretación jurídica alguna para deducir que lo que las partes acordaron fue que de darse el suceso previsto en la norma contractual de que la Central no entrara en operación a la hora requerida por el Centro Nacional de Despacho, EBSA-GENSA penalizaría a CES mediante la sanción económica calculada como allí se dispone, cuya metodología de cálculo fue dirimida por el especialista Germán Corredor en el año 2002 al presentarse divergencias sobre el particular [Cfr. Concepto del técnico Germán Corredor, sobre la forma de calcular esta sanción. Cuaderno 21]. Es decir, que en este contexto no hay duda de la responsabilidad de CES por la ocurrencia de tal evento específico y por ende, de su obligación de pagar a EBSA-GENSA la sanción establecida en la norma contractual.

Todo lo anterior conduce al Tribunal a determinar que el riesgo de la operación de la planta está asignado a CES, quien es el responsable de su funcionamiento en las

	<p>mejores condiciones técnicas, por lo que las fallas derivadas de esta actividad, le son imputables, por el cumplimiento defectuoso de la obligación de tenerla disponible para generar energía en las cantidades y oportunidades acordadas contractualmente, con las especificaciones técnicas allí determinadas y con sujeción a las reglas del mercado. Esta obligación está técnicamente regulada en el contrato y se entiende que no puede trasladarse a EBSA-GENSA el riesgo de su incumplimiento, salvo en los eventos en los cuales tengan incidencia. Por ello, aunque no esté establecida expresamente en el contrato la imputabilidad económica de las sanciones regulatorias a cargo de CES, la relación de causalidad de las penalizaciones impuestas a EBSA-GENSA por fallas en la operación de Paipa IV, le deben ser reembolsadas por CES, como responsable del funcionamiento de la Central, sin poderse decir que sea su causa la regulación de la CREG, y que por tanto son parte del riesgo regulatorio de EBSA-GENSA, como equivocadamente sostiene CES.</p> <p>Está demostrado que las desviaciones penalizadas por el Administrador del Sistema XM tienen su causa inmediata en el funcionamiento de la planta, y que se registran por sucesos de diferente índole, con mayores o menores incidencias en la operación. Por ello deben individualizarse para establecer aquéllas, que según alega CES, se originan en hechos externos a la misma operación.</p> <p>En consecuencia, por vía de reintegro, por razón del pago de las penalizaciones ya realizado por EBSA-GENSA al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales XM, causadas por los demás eventos que allí se relacionan y sobre los cuales el Tribunal considera que son relativos a la operación de la planta Paipa IV a cargo de CES, esta sociedad deberá reconocer la suma de \$ 1.102.599.200 que es la resultante de descontar del total del valor neto de todas las penalizaciones, los conceptos ya estudiados y definidos individualmente por el Tribunal.</p>
Tema principal	Incumplimiento de deberes del Contrato y sus consecuencias patrimoniales.
Tema Accesorio 1	Nulidad Relativa de los contratos
Tema Accesorio 2	Existencia, eficacia y vigencia del Contrato.
Tema Accesorio 3	Estructura general de los contratos de compraventa o suministro de energía a largo plazo.
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Contrato de Compraventa.
Subclasificación	Contrato de Compraventa de Energía a Largo Plazo.
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)	El concepto no está transcrito, sino que se deriva de la citación que en sus consideraciones hace el Tribunal de la posición adoptada por el Ministerio Público
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ul style="list-style-type: none"> - Código Civil. Ley 57 de 1887. - Código de Comercio Decreto 410 de 1971. - Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970

	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política de 1991. - Ley 6 del 30 de junio de 1992. - Ley 142 de 1994. - Ley 143 de 1994. - Ley 223 del 20 de diciembre de 1995. - ley 99 de 1993. - Ley 100 de 1993. - Ley 23 de 1991. - ley 56 de 1981. - Ley 222 de 1995. - Ley 488 del 24 de diciembre de 1998. - Ley 508 de 1999. - Ley 633 del 29 de diciembre de 2000. - ley 610 de 2000. - Ley 797 del 29 de enero de 2003. - Ley 788 de 27 de diciembre de 2002. - Ley 863 del 29 de diciembre de 2003. - Ley 1111 de 27 de diciembre de 2006. - Ley 1508 de 2012. - Ley 1150 de 2007. - Resolución CREG-024 de 1995, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. - Resolución CREG 051 de 2009, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. - Resolución 112 de 1998, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. - Resolución CREG 055 de 1994, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. - Decreto 700 de 1992. - Decreto 222 de 1983. - Decreto 2331 de 1998. - Estatuto tributario vigente a la fecha del laudo.
<p>Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Sentencia de 6 de marzo de 2012, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dice: “la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.</p> <p>Sentencia de 19 de diciembre de 2006, de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado “que la posibilidad que legitima al tercero ‘es un interés económico que emerge de la afección que le irroga el contrato impugnado’, y que ‘... no es distinto al presupuesto material del interés para obrar que debe exhibir cualquier demandante, entendiendo por este el beneficio o utilidad que se derivaría del despacho favorable de la pretensión, el cual se traduce en el motivo o causa privada que determina la necesidad de demandar”.</p> <p>Sentencia de 24 de octubre de 2011, de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “trascienden, sin lugar a dudas, el plano moral al cual suelen adscribirse, para convertirse, en cambio, en verdaderas reglas de convivencia social de tan singular importancia que podría decirse, sin incurrir en exageraciones, que son presupuesto indispensable para la</p>

vida en comunidad”.

Sentencia C- 131 de 2004, de la Corte Constitucional ha indicado: “... es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico”.

Sentencia de 29 de agosto de 2007, de la Sección Tercera de la Consejo de Estado concluyó que: “...el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas”.

Sentencia T-791 de 2000, de la Corte Constitucional concluyó que: “... el particular contratante presta su consentimiento con el convencimiento de que lo que pacta se cumplirá”.

Sentencia de dos (2) agosto de 1999, de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... nadie es oído alegando su propia iniquidad”

Sentencia de 24 de junio de 1997, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia indicó: la nulidad absoluta que se produce cuando un negocio adolece de ilicitud en su objeto, al ser declarada judicialmente, descarta toda eficacia del acto afectado”.

Sentencia de 12 de agosto de 1971, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia concluyó: “... cuando carece de cualquiera de los siguientes requisitos: la capacidad de las partes contratantes (C.C., art. 1502, ord. 1o); la licitud del objeto u objetos de las obligaciones que está destinado a crear (ord. 3o ibídem); la licitud de la causa (ord. 2o, ibídem); y ciertas formalidades impuestas por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (art. 1500)”.

Sentencia de nueve (9) de diciembre de 2004 de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia concluyó: "...Según los lineamientos seguidos por la doctrina y la jurisprudencia, el objeto en los actos jurídicos, debe mirarse desde dos puntos de vista: el primero, en sentido genérico o abstracto como la voluntad, la intención o el querer que tienen las partes en su formación en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que les asiste para regular determinadas relaciones jurídicas con incidencia en la esfera de su patrimonio; y el segundo, en sentido específico, que se refiere, ya tratándose de un contrato, a las prestaciones propias de las obligaciones derivadas del mismo que se traducen en un comportamiento del deudor consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, y finalmente también en los hechos o cosas materialmente consideradas; todo según lo que expresen las partes en el correspondiente acto o contrato, o, ante su silencio, el legislador."

Sentencia de tres (3) de diciembre de 2007, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, concluyó que: "El principio de legalidad, fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y de las autoridades y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado. Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado -y la contratación lo es- se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 60, 121 y 122 de la Constitución Política."

Sentencia C-449 de 1992, de la Corte Constitucional, concluyó: "... el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz".

Sentencia de 11 de marzo de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dijo: "...Las ofertas deben formularse sobre unas bases dispuestas por la entidad, a tono con la ley, en forma idéntica para todos los participantes; dichas bases no pueden ser modificadas o desconocidas a la hora de la calificación, bajo el argumento de la necesidad de incorporar factores no previstos o de evaluar de manera distinta los establecidos en el pliego, por urgencias de la entidad o para los fines perseguidos con el contrato a celebrarse. Si el factor de que se trata revestía tanta importancia, debió ser incluido en el pliego de condiciones, de manera que todos los participantes hubiesen podido ofertar ese factor de conformidad con lo pedido".

Sentencia de 18 de julio de 2001, de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó: "... los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración".

Sentencia de tres (3) de diciembre de 2007, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dice: La igualdad ha sido tratada constitucionalmente desde varias dimensiones, como premisa inherente al Estado Social de Derecho, como derecho fundamental y como principio que ilumina el ejercicio de la función administrativa. En efecto, entendiéndose que en cualquier caso la igualdad se erige como el derecho natural que exige un trato semejante entre los hombres -quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt-, es preciso tener en cuenta que sus premisas y postulados encuentran aplicación en cada una de las esferas del derecho, entre ellas, por supuesto, en la contratación pública vista como expresión de la función administrativa.

Recordando que el principio de igualdad encuentra plena aplicación en materia de contratación estatal, es claro que bajo sus postulados cada uno de los interesados en participar en los distintos procesos de selección de contratistas que sean abiertos por entidades públicas, tendrán el derecho de ser tratados bajo condiciones de igualdad y contar así con similares oportunidades para conocer la información que sea pertinente y, además, para realizar sus ofrecimientos bajo las mismas bases y condiciones que han sido puestas a disposición de la totalidad de proponentes, viabilizando de esta forma una participación general en circunstancias de paridad.

Las bases y condiciones predispuestas por la entidad para regir el procedimiento de selección del contratista y la ejecución misma del contrato constituyen sin duda un factor determinante para garantizar la selección objetiva, a lo cual debe agregarse que el clausulado estipulado con tal fin deberá fijarse de manera clara, detallada y concreta.

Sentencia C-400 de 1999, de la Corte Constitucional concluyó: Así las cosas, la materialización del principio de selección objetiva está sujeta a la determinación previa de unas condiciones impersonales y ecuanímes bajo las cuales los distintos oferentes concurren al respectivo procedimiento y presentan sus propuestas de contrato, todo ello encaminado siempre a seleccionar de manera diáfana aquel ofrecimiento que se erija como la mejor opción para la entidad contratante. Esto supone que la decisión en cuanto al ofrecimiento más ventajoso no puede fundarse en criterios o razones de orden subjetivo que se circunscriban a premiar intereses particulares o personales, de ahí la importancia que la selección de la propuesta se efectúe siempre en atención a los parámetros que de manera objetiva y debidamente sustentada sean definidos oportunamente en los términos

de referencia.

Sentencia de ocho (8) de junio de 2006, de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que: Observando estos dos supuestos, se advierte que el principio de selección objetiva estará garantizado si las modificaciones a los pliegos se realizan entre el llamado a presentar ofertas y el cierre del plazo definido para entregar las mismas, siempre y cuando dichos cambios sean dados a conocer y puestos a disposición de los oferentes en igualdad de condiciones. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo para los casos en que las modificaciones se realicen de manera consustancial al acto de evaluación o con la adjudicación, pues los cambios realizados en dichas oportunidades se encuentran proscritos y, por tanto, no bastará que los mismos sean publicados y conocidos por los demás oferentes, quienes en todo caso verían quebrantados los principios de igualdad y selección objetiva al no contar con la oportunidad para corregir sus propuestas de contrato y participar del proceso bajo condiciones semejantes.

Sentencia de 11 de abril de 2002, de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó: “La claridad e inalterabilidad de las condiciones del proceso licitatorio son características que tienen su fundamento en los elementos esenciales del mismo, cuales son: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones”.

Sentencia de 18 de julio de 2001, de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó: El Pliego de condiciones es el instrumento que disciplina el procedimiento de selección y delimita el contenido y alcance del correspondiente contrato.

Sentencia de ocho (8) de junio de 2006, de la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo que: es preciso resaltar que la satisfacción plena de las funciones encomendadas al Pliego solo se logrará cuando el mencionado conjunto de normas que en él se contiene sea realizado y publicitado con antelación a la apertura del respectivo procedimiento y no después, como quiera que una de sus características esenciales corresponde a su intangibilidad o inalterabilidad, cuyo propósito no es otro distinto a garantizar la prevalencia de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva.

Sentencia de 27 de marzo de 1992, de la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo: “Como se desprende de su índole de acto administrativo, el pliego produce efectos jurídicos propios. Y tal como lo dice el mismo autor citado, ‘no puede ser alterado ni modificado por la administración después de hecho el llamado a quienes deseen celebrar el contrato, sino dentro de ciertos límites y consecuencias’. (...) Como acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad”.

Sentencia del nueve (9) de mayo de 1996, de la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo: "... un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador. Eso equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula...".

Sentencia de dos (2) de agosto de 2006, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado dijo: "... mecanismo transitorio de financiación para resolver la difícil situación por la que atravesaban los sectores financiero y cooperativo.

Sentencia de 26 de octubre de 2006, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado Concluyó: "... como sujetos pasivos de la sobretasa a los contribuyentes obligados a declarar impuesto de renta; como base gravable el impuesto neto de renta determinado en el respectivo año gravable; la obligación de liquidarla en la respectiva declaración; así como la prohibición de llevarla como deducción o descuento tributario".

Sentencia C-572 de 2003 de la Corte Constitucional concluyó: "... todas las personas, por el simple hecho de participar en la vida social, tienen el deber moral de pagar los tributos que se causen a su cargo".

Sentencia C-876 de 2002 de la Corte Constitucional concluyó "En ese orden de ideas, la proclamación de derechos constitucionales va acompañada de la formulación de deberes que deben ser asumidos tanto por las personas, la sociedad y el Estado, y que se predicán de cada uno de esos sujetos constitucionales en sus relaciones con los otros."

Sentencia de 21 de octubre de 2004, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó: "... con la finalidad de obtener recursos para destinarlos al restablecimiento de la normalidad, es decir, para conjurar los actos de índole criminal y terrorista que generaron la perturbación del orden público e impedir que se extendieran sus efectos".

Sentencia C-876 de 2002 de la Corte Constitucional concluyó: "... con los recursos necesarios para financiar la fuerza pública y las demás instituciones que deben intervenir para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos, motivo por el cual es necesario imponer y recaudar nuevas contribuciones fiscales", destacando en consecuencia la imperiosa necesidad "... de que todas las personas hicieran un significativo esfuerzo tributario para poner al Estado en condiciones de garantizar la seguridad ciudadana en vastas zonas de su territorio ... con pie de fuerza, equipos de comunicación, dotación y medios militares y de policía adicionales a los hoy limitados e insuficientes de que dispone".

Sentencia de 16 de noviembre de 2011, de la Sección Primera del Consejo de Estado concluyó: “Para la Sala, es entonces evidente, que ECSA en su condición de empresa prestadora de servicios públicos en la modalidad establecida en el artículo 15.2 de la Ley 142 de 1994, está sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD, motivo por el cual estaba obligada a inscribirse en el Registro respectivo, en los términos y condiciones previstas para el efecto (...) “Por lo tanto, por no haber cumplido su deber de registrarse dentro del término establecido, resulta claro que ECSA –independientemente de que con posterioridad hubiese hecho la inscripción– incurrió en infracción de la norma legal a que se encontraba sujeta, y en consecuencia, la Superintendencia del ramo debía aplicar la sanción prevista en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994.”

Sentencia de dos (2) de agosto de 2007, Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó: “[...]a tarifa máxima no puede exceder del 1% de los gastos de funcionamiento de la entidad contribuyente inherentes al servicio regulado, correspondientes al año anterior objeto del cobro. La tarifa debe fijarse con base en el estudio de los estados financieros (...)”

Sentencia de 31 de enero de 1997, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó: “... una especie de tributo, y por tanto, una erogación de carácter obligatorio por cuanto emana del poder de imposición del Estado, a cargo de un grupo o sector determinado de personas, que tiene una destinación específica a la obra pública, función pública o servicio que le sirve de causa y cuyos beneficiarios son los mismos contribuyentes”.

Sentencia de cinco (5) de julio de 1996, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó: “... es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados”.

Sentencia No. 41 de 21 de abril de 1988, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia concluyó: “... que deben pagar los beneficiarios directos de ciertos servicios públicos especiales, sin consideración a su demanda directa o solicitud individual por parte de aquellos”, encasillando como tales las que pagan las sociedades y los bancos a la Superintendencia de Sociedades y Bancaria, respectivamente, para costear parte de la vigilancia que ejerce el Gobierno sobre dichas entidades, y en general las que pagan los comerciantes a las cámaras de Comercio, y las de los establecimientos públicos con que se cubre el costo de fiscalización que sobre ellos ejerce la Contraloría General de la República (Hacienda Pública, Alejandro Ramírez C. Tercera Edición 1986).”.

Sentencia de 18 de abril de 1997, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado dijo: El Impuesto sobre las Ventas o Impuesto al Valor Agregado -IVA- existe de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico colombiano como un impuesto de naturaleza indirecta.

	<p>Sentencia C-228 de 1993 de la Corte Constitucional concluyó que: "... todos los servicios prestados en el territorio nacional estarán gravados con el IVA, salvo las excepciones consagradas en los artículos 19-31 de la norma en mención. Es por ello que el legislador modificó varias normas del anterior régimen tributario como es el caso de los artículos 420 y 437, entre otros".</p> <p>Sentencia de ocho (8) de marzo de 1996 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó: " que si bien el impuesto sobre las ventas es un tributo de carácter indirecto en el que no coinciden en términos económicos el contribuyente y el responsable, pues en últimas quien soporta la carga fiscal es el comprador del bien o servicio gravado, ya que a éste se traslada, la ley, para facilitar el recaudo del impuesto determinó a los responsables directos de su pago, mediante el establecimiento de la relación jurídico tributaria con los denominados sujetos pasivos jurídicos o contribuyentes de "jure" y desligada del sujeto incidido con el gravamen. De manera que el "Responsable" persona que responde directamente ante el Estado no sólo por la obligación sustancial de pago, sino también por otras obligaciones instrumentales y formales".</p> <p>Sentencia C-760 de 2004 del Corte Constitucional concluyó: "... todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto".</p> <p>Sentencia de abril 30 de 1.960 de Corte Suprema de Justicia concluyó que: "La naturaleza de la excepción de prescripción, permite al sentenciador estudiar en primer término, sin que se le imponga la necesidad de resolver, acerca de la existencia de la obligación misma que la excepción perentoria destruye".</p>
<p>Jurisprudencia Arbitral indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Laudo de 26 de marzo de 2010, de TGI S.A, E.S.P contra ECOGAS. Dice : "...se trata de un acto único de disposición de la relación contractual íntegra, guiado por un propósito práctico inteligible sin mayor dificultad y que la doctrina precisa en los siguientes términos, luego de hacer ver con razón (...) que todos los entes y entre ellos los contratos, tienen calidad suficiente para ser objeto de un acto o declaración de voluntad. Desde otro punto de vista, (...) la velocidad que ha alcanzado el comercio en los últimos tiempos, hace a veces necesario dar a los contratos una mayor movilidad que la que han tenido hasta ahora, y permitir su cesión o transferencia entre vivos. Según señala Andreoli, a la creciente celeridad en el desarrollo de las transacciones debe responder una semejante movilidad de los contratos, los cuales son valores económicos idóneos para una adecuada forma de circulación (...) Si se reconoce un valor económico al contrato, debe admitirse su capacidad para circular en el comercio jurídico (...), y es la cesión del contrato en su integridad precisamente, un instrumento dispuesto para alcanzar esa finalidad en tanto que por su conducto se llega al resultado de que un tercero extraño sub entra en la categoría de parte contractual, en lugar de uno de los contratantes originarios ...", por manera que, en</p>

consonancia con estos derroteros conceptuales, bien puede decirse que por obra de la figura en referencia se produce la subrogación voluntaria de una de las partes en un contrato por un tercero, el cual asume, en toda su complejidad, la misma posición jurídica activa y pasiva del subrogado que por consiguiente, no se circunscribe únicamente a los solos derechos y obligaciones principales que a primera vista el contrato genera, aspecto específico éste en el cual radica, al decir de un expositor [Gonzalo Figueroa Yañez. La Asunción de Deudas y la Cesión de Contrato. 2a parte, N. 16], el auténtico significado de la ameritada cesión que si se admite, "...será capaz de traspasar al tercero la totalidad de los derechos y obligaciones principales, y además todos estos derechos potestativos, acciones -v.rg, las de nulidad, rescisión y resolución- facultades, excepciones, garantías, deberes y obligaciones secundarios, esto es la posición contractual misma...", conservando el contrato objeto de cesión la unidad jurídica que le es propia, en el entendido que "...el complejo de efectos jurídico-obligacionales no constituye una simple adición de cosas independientes, sino que se integran todos ellos en una síntesis superior que les da sentido..."

Laudo Arbitral proferido el 21 de octubre de 2004, de Empresa de Energía de Boyacá contra Compañía eléctrica de Sochagota analizó el mismo contrato de la presente controversia: "... la genuina procedencia de tales documentos y el tipo de función estatal, exigente en grado superlativo desde el punto de vista científico y técnico que en ellos se pone de manifiesto; la planeación cuyo arraigo constitucional en Colombia se remonta a 1945, supone ante todo un proceso de racionalización de las decisiones gubernamentales, con trascendencia principalmente en los órdenes económico, social, ambiental y urbanístico, que lleva aparejada la necesidad de establecer indicativamente los objetivos que en dichas áreas se pretenden lograr dentro de cierto plazo, así como los medios que deben conducir a alcanzarlos, luego en último análisis, se trata de una técnica operativa que se propone introducir un apreciable ingrediente de razonable certeza y seriedad en los respectivos estudios, evaluaciones, mediciones y proyecciones que hace aquel organismo, circunstancia que por lo tanto conlleva el que esa clase de información, en cuanto a la definición de la política estatal con base en el instrumento de la planeación, merezca particular credibilidad". "...los contratos de compra o suministro de energía y combustible a largo plazo, unidos a las garantías suficientes que los respalden a satisfacción de los empresarios inversionistas".

"— En ellos el largo plazo y el carácter fijo de la tarifa de compra durante ese período, no son en modo alguno factores aleatorios que dependan del gusto de los contratantes. Obedecen al meticuloso diseño previo de la operación de financiamiento del proyecto, toda vez que radica en ellos la rentabilidad esperada del mismo para el inversionista que lo desarrolla, representada dicha rentabilidad en un flujo de caja estable y remuneratorio de la inversión, a la vez que le permite al patrocinador, comprador, asegurar la continuidad del suministro del recurso energético para atender la demanda de los

usuarios finales. Por ello, se dice con acierto por el CONPES en el documento recién citado, que se trata en últimas de ‘...instrumentos financieros, resultado de acuerdos libres entre generadores y distribuidores (...).

— En cuanto dice a su estructura económica básica, si lo que se contrata para luego de construida la planta son volúmenes de potencia disponible y de energía para despacho efectivo, los contratos pueden estar compuestos ‘...de una tarifa para la potencia, la cual incluye los costos fijos de la inversión, y una tarifa para la energía despachada, la cual incluye únicamente costos variables de la operación. El cargo por la potencia se paga de acuerdo con la disponibilidad de la planta, independiente de la producción —modalidad de tarifa que es conocida con la expresión “take or pay”— y se deben establecer con claridad por lo menos (...) el sitio de entrega, el plazo del contrato, las fórmulas de precios por la potencia y la energía, y los mecanismos de liquidación...’, pudiendo estos últimos ser fijados en efectivo bajo el supuesto de que ‘...los acuerdos contractuales son independientes de la operación de la planta respectiva...’.

En síntesis, ‘...los parámetros tarifarios deben cubrir la tarifa de potencia y la tarifa de energía, la cual puede estar relacionada con el precio del combustible y con índices de precios variables. Además, se pueden fijar otros parámetros tarifarios tales como fórmulas de ajuste, bonificaciones y castigos por indisponibilidad...’. “...la prolongada duración de los suministros —20 años— no fue un capricho, ni una imposición de CES, sino el término necesario para reembolsarle una inversión muy cuantiosa, junto con la rentabilidad esperada, toda vez que el Estado no contaba con recursos para la construcción de estas plantas, de manera que decidió invitar al sector privado, ofreciéndole, como contraprestación, el pago mensual de una tarifa por disponibilidad de potencia, durante todo el lapso de duración del contrato”.

“... desde un punto de vista más jurídico que técnico, en este estrecho enlace de los contratos de crédito con los de compra en firme - contratos que no obstante su individualidad han de funcionar como sistema en vista de la finalidad de la operación económica de la que son parte- y en la medida que es dicho enlace la condición que asegura la disponibilidad de recursos financieros a largo plazo, radica la sustancia vital del “Project Finance” en la modalidad del que tuvo lugar para construir la planta Termopaipa IV”. “... tienden en su conjunto a la realización de una operación económica unitaria y compleja que explica, tanto el contenido del negocio en sí mismo considerado como la conexión objetiva existente entre los varios compromisos obligatorios que lo integran, puestos al servicio de su finalidad”.

“Lo relevante, para nuestro caso, es que la validez del acto no se determina con base en la legislación aplicable al tiempo de su celebración (L. 153/887, art. 38), sino a la luz de la ley posterior, que derogó la disposición imperativa violada, con lo cual ha de concluirse que el orden público que el legislador quiere preservar es el actual, esto es, el imperante al momento de dictar

sentencia, y no un orden público artificial o meramente teórico que quedó atrás, superado no solo por las circunstancias, sino por los cambios mismos del ordenamiento.”

“... “Mediante este estatuto se pretendió agilizar la contratación estatal, destacándose la necesidad de adoptar procedimientos especiales para facilitar las medidas tendientes a fortalecer el sector eléctrico nacional (art. 2o). Por su parte, los numerales 5o y 6o del literal c) de la misma disposición contemplaron los elementos específicos para determinar las etapas de celebración y perfeccionamiento de los contratos suscritos dentro de este marco normativo”. “El Decreto 700 de 1992, fuente normativa como se sabe del contrato 94.016, dispuso que los contratos celebrados bajo su régimen incluirían estipulaciones regidas por el derecho privado..... además de las que las partes estimen convenientes”.

“...Los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que vienen de exponerse, permiten inferir que la distribución de riesgos convenida en el contrato 94.016 es válida y vinculante, de manera que cada parte debe soportar los efectos de los eventos aleatorios que asumió como propios. (...) Esto es así, por cuanto los acuerdos sobre asunción de riesgos, en el caso bajo estudio, fueron fruto de la libre y espontánea voluntad de los contratantes, sin imposición de ninguna naturaleza, toda vez que EBSA, en desarrollo de los lineamientos fijados por el CONPES, planteó, en los pliegos de condiciones de la licitación, un esquema de riesgos que el contratista aceptó, quedando así plasmado en el contrato.

Según dicho esquema EBSA asumió ciertas contingencias y otras fueron trasladadas a CES. Por lo demás, el criterio de reparto se justificaba plenamente en cuanto a su razonabilidad, dado que a través del régimen de riesgos se quería atraer empresas privadas, nacionales y extranjeras, para que invirtieran en generación térmica, para darle firmeza y confiabilidad al sistema energético nacional, reduciendo su dependencia del recurso hídrico. Para ese propósito era menester dejar a salvo a los mencionados inversionistas de la potencial ocurrencia de determinadas eventualidades, como las concernientes a la comercialización de la energía, cambios regulatorios y devaluación.

(...) De acuerdo con lo anterior, para el tribunal es claro que el riesgo de que durante la ejecución del contrato se introdujeran cambios en la normatividad que gobierna el mercado de energía, fue una contingencia asumida por EBSA y que de la misma quedó excluida CES. Esta conclusión encuentra respaldo en lo previsto en la citada cláusula décima quinta del contrato, en especial en su literal c)...”. “(...) No obstante que este pronunciamiento con alcance judicial, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 47 de la ley 610 de 2000, releva a la Contraloría de pronunciarse sobre hecho investigado, esta Delegada reitera en este punto lo antes anotado en ese sentido que en la cláusula vigésima segunda de la minuta del contrato del pliego se excluyó de la responsabilidad del contratista la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o

caso fortuito, como es el caso de los cambios de ley, según lo definieron las partes en la modificación del literal c., de la cláusula décima quinta del contrato.

(...) En conclusión, esta Delegada encuentra que la modificación de la versión original del contrato 94-016 que enuncia el presente literal, no comportó cambio de las condiciones de la licitación del proyecto, por cuanto no se modificó la asignación de riesgos por fuerza mayor que se estableció en el pliego de condiciones, por lo que dicha estipulación incluida en la versión integral del contrato se encuentra ajustada a la ley...". "El Decreto 700 de 1992, fuente normativa como se sabe del Contrato 94.016, dispuso que los contratos celebrados bajo su régimen incluirían estipulaciones regidas por el derecho privado, "... además de las que las partes estimen convenientes.", lo que indica que les estaba permitido a los contratantes pactar un régimen de responsabilidad particular, como el contenido en las cláusulas que se analizan.

El Artículo 1604 del Código Civil exime de responsabilidad al deudor por la ocurrencia del caso fortuito; sin embargo, en su inciso final permite estipulaciones en contrario. En otras palabras, en el presente caso, por razón del régimen de derecho privado del Contrato, además de la expresa disposición del Decreto 700 referida, a los contratantes les estaba permitido pactar un régimen de responsabilidad más riguroso que el dispuesto en la ley, con el fin de obtener el cumplimiento del objeto contratado, el cual, según lo visto, era de interés general.

(...) Tanto en el texto contractual suscrito el 4 de marzo de 1994, como en la Versión Integrada de 9 de febrero de 1996, se aprecia que las partes establecieron un régimen especial para determinar los efectos de la ocurrencia de eventos constitutivos de fuerza mayor. Para ello, definieron en la cláusula Trigésima Cuarta el concepto de fuerza mayor y excluyeron de sus efectos liberatorios una serie de hechos concretos provenientes del contratista, con el fin de puntualizar la responsabilidad a su cargo.

En aquella versión de 1996, que recogió diversas modificaciones plasmadas en acuerdos complementarios, entre ellas las contenidas en el Otrosí N 9 de 1 de febrero de 1996, las partes ampliaron el alcance de los eventos constitutivos de fuerza mayor, agregando hechos provenientes del contratante, y regularon sus consecuencias. (...) advierte entonces el Tribunal que este régimen de responsabilidad no solamente está convenido en las estipulaciones cuya nulidad se pide sea declarada en la demanda; también en la Cláusula Decimoquinta (precios y condiciones de los precios, literal c), las partes regularon las consecuencias de presentarse eventos considerados contractualmente como de fuerza mayor.

Puede verse que allí también asimilaron los cambios de legislación a eventos constitutivos de tal índole y asimismo regularon las consecuencias de su ocurrencia. De todo este análisis se deriva la licitud de las estipulaciones atacadas, pues además de estar permitida su inclusión en el Contrato, son coherentes con la estructura integral y el propósito final que tuvieron en mira las partes al

celebrarlo.”.

“Adicionalmente, para hacer atractivas las inversiones en el campo mencionado, en una época de transición entre un mercado monopolístico estatal y uno de libre competencia, era necesario superar buena parte de las incertidumbres que normalmente rodean el desarrollo de esta clase de proyectos, para lo cual se decidió que los inversionistas privados serían exonerados de afrontar ciertos riesgos de importancia, en particular el de comercialización —consistente básicamente en los altibajos de la demanda de energía y las oscilaciones de los precios—; el riesgo cambiario; el riesgo regulatorio y el riesgo de insolvencia, toda vez que a la sazón se hallaba en ciernes la implementación de un mercado mayorista en el que imperaría un sistema competitivo, con libre acceso e igualdad de oportunidades para los participantes.

Para cumplir este objetivo, se optó por ofrecer a los inversionistas un esquema contractual BOOM-PPA, que cubría los riesgos comerciales, regulatorios y cambiarios, complementado con una garantía de la FEN, que cubría el riesgo crediticio que representaban las empresas de energía regionales que serían escogidas en cada caso para adelantar los proyectos...”, agregando que, “...por intuir estos cambios y anticipar los riesgos que de ellos podrían derivarse, las señaladas autoridades, para estimular la inversión privada en generación térmica, que era un propósito nacional para hacer más seguro y confiable al sistema en su conjunto, adoptaron la determinación de excluir a los inversionistas de estas vicisitudes, para lo cual establecieron que las electrificadoras que desarrollarían los proyectos, como en este caso EBSA, asumirían los riesgos de comercialización o de mercado; de cambios regulatorios y de devaluación, mediante la celebración de contratos PPA-BOOM, en los que las obligaciones contraídas a través de ellos por la entidad pública serían respaldadas por garantía de la FEN”. “De las estipulaciones transcritas se desprende que el contratista tiene derecho, de manera firme e incondicional, a percibir una tarifa mensual que remunera la potencia disponible de la planta, sin que esta contraprestación a cargo de EBSA esté supeditada a la generación efectiva de energía, ni al despacho que se haga o se deje de hacer de la aludida planta.

Tampoco está condicionada la señalada remuneración al comportamiento de factores endógenos o exógenos relacionados con EBSA, o con sus actividades y negocios, ni con la evolución del mercado de energía, ni con la de los índices macroeconómicos del país. Por tanto, la forma como se paga la tarifa de potencia disponible permite deducir que el contratista no está llamado a afrontar las vicisitudes comerciales derivadas de las oscilaciones de la oferta y/o la demanda de energía y potencia, ni de las que se desprenden del nivel de precios en el mercado; ni de las resultantes de los buenos o malos negocios que realice EBSA. Tampoco le corresponde asumir las secuelas provenientes de modificaciones regulatorias que afecten las transacciones de energía y potencia, ni los cambios erráticos en el crecimiento de la economía, ni en el consumo del país.

(...) Debe recordarse a este respecto que, tal como se explica en otros apartes de este laudo, el propósito fundamental del contrato 94.016 estaba dirigido a dotar al sistema interconectado nacional de una capacidad generadora adicional, destinada a darle respaldo y firmeza, principalmente en épocas de escasez hídrica, para reducir así su dependencia de este elemento, a fin de disminuir las probabilidades de racionamientos como los ocurridos en el pasado reciente. De ahí que el objeto del negocio jurídico fuera la disponibilidad de potencia que ofrecía la nueva planta, y que la forma de remunerar al inversionista privado consistiera en el pago de una tarifa fija mensual independiente de la energía generada.

Por ello se montó un esquema contractual conocido como PPA- BOOM, mediante el cual se aseguraba al contratista el reembolso de su inversión con una determinada rentabilidad. Por ello también —y en virtud de la fase de transición que se adelantaba como consecuencia de los cambios regulatorios que se hallaban en ciernes— se relevó al contratista de los riesgos derivados de las inminentes reformas normativas y de las vicisitudes del mercado, tales como la fluctuación de la demanda y la oscilación de los precios. Por tanto, el pago de la contraprestación en favor del inversionista no se supeditó a que EBSA pudiera vender o no la potencia o la energía resultantes de la ejecución del contrato, ni se condicionó a que obtuviera determinados precios en esas transacciones. Eso significa que la suerte que pudiera correr EBSA en la enajenación de esos bienes, constituye un factor que es por completo ajeno a CES, como lo es también la eventual desaparición del mercado de disponibilidad de potencia, la creación del cargo por capacidad y sus repercusiones.”.

“...Esto explica, paralelamente, que, en razón de la carencia de fondos públicos, y con el fin de atraer recursos privados, para adelantar el imprescindible plan de expansión de generación térmica, se hubiera decidido rodear a los inversionistas de mecanismos jurídicos de protección que les aseguraran el reembolso de sus inversiones con una rentabilidad adecuada. Por esta razón, se ha reiterado con ocasión del estudio de distintos puntos en este laudo, se les ofreció un esquema contractual PPA-BOOM, complementado con garantía de la FEN, lo que en conjunto les respaldaba el pago de los derechos de crédito que les correspondían, dejándolos a salvo de la perspectiva, cierta y prevista, de que las ventas de energía no produjeran suficientes recursos para dichos pagos, en particular – como se dijo – porque las plantas térmicas estaban destinadas a generar de manera temporal y no permanente. Así mismo, ese esquema de protección para los inversionistas privados los exoneraba de correr riesgos de una señalada importancia, como los de afrontar la incertidumbre de los cambios regulatorios que se avecinaban, los de las fluctuaciones de la tasa de cambio y las vicisitudes propias de la comercialización de la potencia y la energía, en especial las oscilaciones de su demanda y los altibajos de sus precios.”.

“...que la evaluación de un proyecto como el que nos ocupa no puede hacerse sobre el mero cálculo de su

	<p>rentabilidad, tal como lo haría un inversionista particular, pues se trata de una inversión efectuada en interés general, que buscaba un beneficio económico y social para la comunidad toda, beneficio que por sí solo justificó llevar a cabo la construcción de la planta Termopaipa IV, a pesar de que se sabía a ciencia cierta, como lo demuestran los estudios de la FEN de 1993 y 1994, que dicho proyecto no era financieramente viable. Aun así, se decidió realizarlo, no por la expectativa de rentabilidad financiera, sino por las razones de interés público que se dejan expuestas y que a la postre determinaron su desarrollo.</p> <p>Tales motivaciones y metas no pueden perderse de vista a la hora de ponderar las ventajas y costos de su realización, pues las decisiones adoptadas al respecto por las autoridades gubernamentales siempre se inspiraron en ellas y las tuvieron como respaldo y fundamento". "... las partes no hubieren pactado libremente un régimen específico de distribución de riesgos, de acuerdo con el cual una de ellas deba asumir las secuelas de tales hechos sobrevinientes".</p>	
	VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	1190	
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	933	
Suspensiones solicitadas por las partes (en días)	801	
Suspensiones por causa legales (en días)	0	
	VIII. DECISUM	
Respuesta al problema planteado:		
	PRETENSIONES	DECISIÓN
<p>Decisión unánime: <u>SI</u></p> <p>Salvamento de voto: _____</p> <p>Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal ----NO----</p> <p>Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal ----SI----</p> <p>Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvenición ---- NO---</p> <p>Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvenición. ---- SI ----</p>	<p>Pretensiones Demanda Principal:</p> <p>PRIMERA: Que se declare que el Contrato 94.016 suscrito entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. el 4 de marzo de 1994 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia, y sus modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.</p> <p>SEGUNDA: Que se declare que con posterioridad al 22 de octubre de 1993, fecha de adjudicación del Contrato 94.016, se crearon los siguientes nuevos</p>	<p>Decisión:</p> <p>PRIMERO: Desestimar por falta de fundamento la objeción por error grave formulada por la parte convocada respecto del dictamen rendido por el perito Ramiro Enrique De La Vega Angulo. Tiene el perito en consecuencia y de conformidad con los artículos 239, 388 y 389, del Código de Procedimiento Civil, derecho a hacer suyos los honorarios fijados como retribución de su trabajo en auto de fecha 9 de febrero de 2011- acta No. 25.</p> <p>SEGUNDO: Declarar que el contrato 94.016 suscrito entre la Compañía Eléctrica</p>

	<p>tributos o se incrementaron las tarifas de unos ya existentes, por las disposiciones legales que se señalan a continuación o las que el Tribunal establezca:</p> <p>2.1. El gravamen a las transacciones financieras, el cual fue creado inicialmente por el Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998.</p> <p>2.2. La sobretasa al impuesto de renta y complementarios, que fue creada por la Ley 788 del 27 de diciembre de 2002.</p> <p>2.3. El impuesto para preservar la seguridad democrática, posteriormente impuesto al patrimonio, el cual fue creado mediante el Decreto 1838 del 11 de agosto de 2002.</p> <p>2.4. Las contribuciones especiales que deben hacerse a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, establecidas por las Leyes 142 y 143 del 11 de julio de 1994.</p> <p>2.5. La tarifa del impuesto sobre las ventas y/o impuesto al valor agregado (en adelante I.V.A.), la cual fue incrementada por las Leyes 223 de 1995, 488 de 1998 y 633 de 2000.</p> <p>TERCERA: Que se declare que con posterioridad al 22 de octubre de 1993, fecha de adjudicación del Contrato 94.016, se incrementaron los aportes por concepto de pensiones a cargo de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., según lo dispuesto por las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y 1122 de</p>	<p>de Sochagota S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. el 4 de marzo de 1994 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia, y sus modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.</p> <p>TERCERO: Declarar que con posterioridad al 22 de octubre de 1993, fecha de adjudicación del contrato 94.016, se crearon los siguientes nuevos tributos o se incrementaron las tarifas de unos ya existentes: el gravamen a las transacciones financieras; la sobretasa al impuesto de renta y complementarios; el impuesto para preservar la seguridad democrática, posteriormente impuesto al patrimonio; las contribuciones especiales que deben hacerse a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y la tarifa del impuesto sobre las ventas y/o impuesto al valor agregado.</p> <p>CUARTO: Declarar que con posterioridad al 22 de octubre de 1993, fecha de adjudicación del contrato 94.016, se incrementaron los aportes por concepto de pensiones a cargo de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P.</p> <p>QUINTO: Declarar que ni Gestión Energética S.A. E.S.P. ni la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. han reconocido a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. las sumas que esta entidad ha tenido que cancelar por concepto de los nuevos tributos que se han creado con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y por concepto de los incrementos que han tenido</p>
--	--	--

	<p>2007, o las disposiciones que el Tribunal establezca.</p> <p>CUARTA: Que se declare que ni Gestión Energética S.A. E.S.P. ni la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. han reconocido a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. las sumas que esta empresa ha tenido que cancelar por concepto de los nuevos tributos que se han creado con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y por concepto de los incrementos que han tenido el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad a esa misma fecha, a que hacen referencia las anteriores pretensiones segunda y tercera de esta demanda.</p> <p>QUINTA: Que se declare que Gestión Energética S.A. E.S.P. y/o la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. no hicieron sus mejores esfuerzos ni actuaron de buena fe en la búsqueda de oportunidades para vender la potencia disponible y la energía en exceso que CES suministró en el año energético 2006-2007 después de que la planta Paipa IV alcanzó una potencia disponible de 1.440 MW-mes.</p> <p>SEXTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. incumplieron el Contrato 94.016, en particular en lo que se refiere a su Cláusula Décima Quinta, literal (c), y a su Cláusula Décima Tercera, literal (b).</p> <p>SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula</p>	<p>el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad a esa misma fecha.</p> <p>SEXTO: Declarar que Gestión Energética S.A. E.S.P. incumplió el contrato 94.016, en particular en lo que se refiere a su cláusula décima quinta, literal c.</p> <p>SÉPTIMO: Condenar, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento que antecede, a Gestión Energética S.A. E.S.P. y, en subsidio, a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., a pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo a título de indemnización de perjuicios, la suma de SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUARENTA Y SIETE PESOMONEDA CORRIENTE (\$ 73.831.339.047,00), más los intereses de mora sobre esa suma o saldos de la misma, liquidados a la máxima tasa legal comercial autorizada y que llegaren a causarse una vez vencido el plazo señalado.</p> <p>OCTAVO: Desestimar, por falta de fundamento, las restantes pretensiones contenidas en el capítulo petitorio de la demanda principal en su texto reformado.</p> <p>NOVENO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento en su integridad las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda principal en su texto reformado, como excepciones trigésima</p>
--	--	--

	<p>Décima Quinta, literal (c), del Contrato 94.016, se condene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., a título de indemnización de perjuicios, el valor total de las sumas que esta empresa ha tenido que cancelar por concepto de los nuevos tributos que se han creado con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y de los incrementos que han tenido el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad a esa misma fecha, a que hacen referencia las anteriores pretensiones segunda y tercera de esta demanda, según la cuantificación que resulte pericialmente demostrada en el proceso, debidamente actualizadas y con adición de intereses moratorios calculados a la máxima tasa permitida por la Ley y el Contrato 94.016, en la forma que el Tribunal Arbitral determine, entre la fecha en que cada suma fue cancelada y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.</p> <p>SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION SÉPTIMA: En subsidio de la anterior pretensión séptima, solicito que se condene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., a título de indemnización de perjuicios, el valor total de las sumas que esta empresa ha tenido que cancelar por concepto de los nuevos tributos que se han creado con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y de los incrementos que han tenido el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad</p>	<p>tercera, trigésima cuarta, trigésima quinta, trigésima novena y cuadragésima segunda.</p> <p>DÉCIMO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento parcial las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda principal en su texto reformado, como excepciones novena, décima primera, décima cuarta y décima quinta.</p> <p>UNDÉCIMO: Desestimar, por falta de fundamento, las restantes defensas distinguidas como excepciones en el escrito de respuesta a la demanda principal en su texto reformado.</p> <p>DUODÉCIMO: Declarar que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P, en virtud del contrato 94.016, ha tenido a su cargo la operación y mantenimiento de la Planta Paipa IV desde el 8 de enero de 1999, fecha de entrada en operación, hasta la fecha.</p> <p>DECIMOTERCERO: Declarar que durante la ejecución del contrato 94.016, la Planta Paipa IV ha presentado desviaciones mayores a la tolerancia del 5% establecida en la Resolución CREG -024 de 1995 y las resoluciones posteriores que la adicionan o modifican.</p> <p>DECIMOCUARTO: Declarar, que en los términos indicados en la parte expositiva de esta providencia las desviaciones de la Planta Paipa IV mayores al 5% de tolerancia establecida en la Resolución CREG -024 de 1995, son imputables a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. al</p>
--	---	---

	<p>a esa misma fecha, a que hacen referencia las anteriores pretensiones segunda y tercera de esta demanda, según la cuantificación que resulte pericialmente demostrada en el proceso, debidamente actualizadas y con adición de intereses comerciales, en la forma que el Tribunal Arbitral determine, entre la fecha en que cada suma fue cancelada y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.</p> <p>OCTAVA: Que la condena que sea impuesta a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. se adicione con el valor equivalente al treinta y tres por ciento (33%) de la misma, que corresponde al impuesto de renta y complementarios que grava dicha condena, de manera que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. recupere de manera completa, sin ningún descuento o afectación tributaria, las sumas que esta empresa ha tenido que cancelar por concepto de los nuevos tributos que se han creado con posterioridad al 22 de octubre de 1993 y de los incrementos que han tenido el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad a esa misma fecha, a que hacen referencia las pretensiones segunda y tercera de esta demanda.</p> <p>NOVENA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula Décima Tercera, literal (b), del Contrato 94.016, se condene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., a</p>	<p>tener a su cargo la operación de la Planta Paipa IV.</p> <p>DECIMOQUINTO: Declarar que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), ha exigido, en cuantía de MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.329.094.266,00), conforme al cuadro contenido en el escrito de reconvencción reformado, pagos por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia del 5% establecida en la Resolución CREG - 024 de 1995</p> <p>DECIMOSEXTO: Declarar que durante la ejecución del contrato 94.016, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., como agentes generadores responsables por la Planta Paipa IV ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), han tenido que asumir el pago de las penalizaciones cobradas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), por desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia del 5% establecida en la Resolución CREG - 024 de 1995.</p> <p>DECIMOSÉPTIMO:</p>
--	--	--

	<p>título de indemnización de perjuicios, el valor de la potencia disponible en exceso que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. suministró en el año energético 2006-2007, a un precio por cada MW-mes equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del pago de potencia previsto en la Cláusula Décima Quinta, literal (a), del Contrato 94.016, según la cuantificación que resulte pericialmente demostrada en el proceso, debidamente actualizado y con adición de intereses moratorios calculados a la máxima tasa permitida por la Ley y el Contrato 94.016, en la forma que el Tribunal Arbitral determine, entre la fecha en que la potencia disponible en exceso suministrada ha debido ser pagada según el Contrato y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.</p> <p>SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION NOVENA: En subsidio de la anterior pretensión novena, solicito que se condene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., a título de indemnización de perjuicios, el valor de la potencia disponible en exceso que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. suministró en el año energético 2006-2007, a un precio por cada MW-mes equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del pago de potencia previsto en la Cláusula Décima Quinta, literal (a), del Contrato 94.016, según la cuantificación que resulte pericialmente demostrada en el proceso, debidamente actualizado y con adición de intereses comerciales, en la forma que el Tribunal Arbitral determine, entre la</p>	<p>Declarar que, en los términos señalados en la parte expositiva de esta providencia, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. han sufrido un perjuicio imputable a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. como responsable de la operación de la Planta Paipa IV, al tener que pagar al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), el valor correspondiente a las penalizaciones por concepto de desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV.</p> <p>DECIMOCTAVO: Declarar que durante la ejecución del contrato, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. ha obtenido beneficios derivados del cambio en la legislación tributaria.</p> <p>DECIMONOVENO: Declarar que en la ejecución del contrato 94.016, el pago por parte de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. de las contribuciones a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo efectos del literal c) de la cláusula décima quinta de dicho contrato, no constituye un evento de fuerza mayor.</p> <p>VIGÉSIMO: Declarar que el pago del gravamen a las transacciones financieras por parte de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva de esta providencia, no significa necesariamente un aumento en los costos de</p>
--	---	---

	<p>fecha en que la potencia disponible en exceso suministrada ha debido ser pagada según el Contrato y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.</p> <p>DÉCIMA: Que se condene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.</p> <p>DÉCIMA PRIMERA: Que se ordene a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.</p> <p>DÉCIMA SEGUNDA: Que se ordene a la parte demandada reconocer a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, en los términos de ley.”</p> <p>Pretensiones de la Demanda de Reconvencción Reformada:</p> <p>a. DECLARATIVAS: a.1. Pretensiones relativas a los pagos por potencia en el año energético 2002-2003</p> <p>PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. no vendió excedentes de potencia a terceros en el año energético 2002-2003, ni en el Mercado de Energía Mayorista, ni fuera del marco de regulación de éste.</p> <p>SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que en el</p>	<p>desarrollar, diseñar, construir, operar, adquirir o arrendar la Planta Paipa IV.</p> <p>VIGÉSIMO PRIMERO: Condenar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a Gestión Energética SA. E.S.P, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo y por concepto de las penalizaciones por desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV, la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.487.700.474,oo), más los intereses de mora sobre esa suma o saldos de la misma, liquidados a la máxima tasa legal comercial autorizada y que llegaren a causarse una vez vencido el señalado plazo. Prosperan en consecuencia, y en los términos indicados en la parte expositiva de esta providencia, las pretensiones distinguidas en la demanda de reconvencción reformada como trigésima quinta, cuadragésima, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera.</p> <p>VIGÉSIMO SEGUNDO: Abstenerse de efectuar pronunciamiento de mérito, por sustracción de materia, sobre las pretensiones distinguidas como trigésima novena principal, y sus tres subsidiarias, en el capítulo petitorio de la demanda de reconvencción reformada, en vista del desistimiento de las pretensiones sexta, séptima, octava, novena y trigésima cuarta en el mismo capítulo contenidas.</p>
--	--	---

	<p>año energético 2002 -2003, no se cumplieron los supuestos establecidos en el literal (ii) de la cláusula décima tercera del contrato 94.016 para que hubiese lugar al pago del 75% del valor de la potencia de la Planta Paipa IV.</p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Que se declare que en el año energético 2002-2003, EL CONTRATANTE (EBSA) recibió una cantidad de energía mayor de 1.000.000 MWh y hasta 1.050.200 MWH durante el periodo que requirió la Planta para alcanzar una potencia disponible de 1440 MW-mes, configurándose así la excepción prevista en el numeral (ii) de la cláusula décima tercera del contrato que eximía a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. del pago del 75% de potencia señalado en la Cláusula 15(a).</p> <p>TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare que la Empresa de Energía de Boyacá no tenía la obligación de pagar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. el valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003 para la Planta Paipa IV.</p> <p>CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare que la Empresa de Energía de Boyacá pagó por error a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. el valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003 para la Planta Paipa IV, configurándose un pago de lo no debido.</p>	<p>VIGÉSIMO TERCERO: Desestimar por falta de fundamento, las restantes pretensiones contenidas en el capítulo petitorio de la demanda de reconvencción en su texto reformado.</p> <p>VIGÉSIMO CUARTO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento en su integridad las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda de reconvencción en su texto reformado, como excepciones segunda, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima y vigésima primera.</p> <p>VIGÉSIMO QUINTO: Abstenerse de efectuar pronunciamiento sobre las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda de reconvencción en su texto reformado, como tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil.</p> <p>VIGÉSIMO SEXTO: Abstenerse de efectuar pronunciamiento de mérito, por evidente sustracción de materia, acerca de las defensas distinguidas como excepciones en el escrito de respuesta a la demanda de reconvencción en su texto reformado, como décima y décima segunda, teniendo en cuenta el desistimiento de las pretensiones, sexta, séptima, octava, novena y trigésima cuarta contenidas en dicha demanda.</p> <p>VIGÉSIMO SÉPTIMO: Desestimar por falta de fundamento, las restantes defensas distinguidas como excepciones en el escrito de respuesta a la demanda</p>
--	--	--

	<p>QUINTA PRETENSIÓN: Que se declare que las sumas pagadas por error por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, correspondientes al 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) han de ser devueltas a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. en los términos de los artículos 2313 y siguientes del Código Civil.</p> <p>a.2. Pretensiones relativas a los pagos por Transferencias de Ley 99 de 1993.</p> <p>SEXTA PRETENSIÓN: Que se declare que conforme a la normatividad vigente, y específicamente conforme a la resolución CREG -135 de 1996, la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993 en el contrato 94.016, debía efectuarse teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor – IPC- proyectado.</p> <p>SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se declare que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. incurrió en un error en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, al tener en cuenta el IPC real y no el IPC proyectado para cada año.</p> <p>OCTAVA PRETENSIÓN: Que se declare que como consecuencia del error cometido por Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, EBSA y GENSA</p>	<p>de reconvencción en su texto reformado.</p> <p>VIGÉSIMO OCTAVO: Condenar a Gestión Energética S.A. E.S.P. y a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a pagarle a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P, la suma de MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTISIETE PESOS MONEDA CORRIENTE CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$ 1.564.671.727,75) por concepto de costas del proceso arbitral, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte expositiva de esta providencia.</p> <p>VIGÉSIMO NOVENO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.</p> <p>TRIGÉSIMO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.</p> <p>TRIGÉSIMO PRIMERO: Por la Presidencia se procederá a rendir cuenta de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal.</p>
--	--	--

	<p>pagaron a CES un mayor valor al debido conforme a la normatividad vigente, incurriendo en un pago de lo no debido.</p> <p>NOVENA PRETENSIÓN: Que se declare que las sumas pagadas por error por EBSA y GENSA a CES originadas en la equivocación de CES en la liquidación del valor a pagar por concepto de las ransferencias del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, han de ser devueltas a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y a Gestión Energética S.A. E.S.P.</p> <p>a.3. Pretensiones relativas a los pagos por las penalizaciones cobradas a EBSA y GENSA por el Administrador del Sistema de Intercambios Comercial ASIC (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.) por concepto de desviaciones</p> <p>DÉCIMA PRETENSIÓN: Que se declare que Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. en virtud del contrato 94.016 ha tenido a su cargo la operación y mantenimiento de la Planta Paipa IV desde el 8 de enero de 1999, fecha de entrada en operación, hasta la fecha.</p> <p>DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare que durante la ejecución del contrato 94.016, la Planta Paipa IV ha presentado desviaciones mayores a la tolerancia de 5% establecida en la Resolución CREG -024 de 1995 y las resoluciones posteriores que la adicionan o modifican.</p> <p>DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que las</p>	
--	--	--

	<p>desviaciones de la Planta Paipa IV mayores al 5% de tolerancia establecida en la Resolución CREG -024 de 1995, son imputables a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. al tener a su cargo la operación de la Planta Paipa IV.</p> <p>DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), ha exigido el pago de las siguientes sumas por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia de 5% establecida en la Resolución CREG - 024 de 1995:</p> <p>SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A.), ha exigido el pago de sumas por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia de 5% establecida en la Resolución CREG - 024 de 1995.</p> <p>DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare que durante la ejecución del contrato 94.016, la Empresa de Energía de Boyacá S.A E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., como agentes generadores responsables por la Planta Paipa IV ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A.</p>	
--	--	--

	<p>hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P), han tenido que asumir el pago de las penalizaciones cobradas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), por desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia de 5% establecida en la Resolución CREG - 024 de 1995.</p> <p>DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN: Que en consecuencia se declare que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. han sufrido un perjuicio imputable a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. como responsable de la operación de la Planta Paipa IV, al tener que pagar al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), el valor correspondiente a las penalizaciones por concepto de desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV.</p> <p>a.4. Pretensiones relativas a los pagos por concepto de penalizaciones de la cláusula décima novena posteriores al mes de agosto del año 2002.</p> <p>DÉCIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se declare que con posterioridad al mes de agosto de 2002, se han presentado eventos imputables al contratista en los que la Planta Paipa IV no estuvo en operación cuando fue solicitada por el Centro de Control (hoy</p>	
--	--	--

	<p>Centro Nacional de Despacho).</p> <p>DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se declare que conforme a la cláusula décima novena del contrato, Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. E.S.P. está obligada a pagar a la Convocante una penalización por aquellos eventos imputables a ésta ocurridos con posterioridad al mes de agosto de 2002 en los que la Planta Paipa IV no estuvo en operación cuando fue solicitada por el Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho)</p> <p>a.5. Pretensiones relativas a la cláusula décima quinta del contrato</p> <p>DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se declare que para que haya lugar al reajuste de potencia establecido en el literal c) de la cláusula décima quinta del contrato, debe presentarse un evento de fuerza mayor que haya aumentado el costo de diseñar, desarrollar, construir, operar, arrendar o adquirir la Planta Paipa IV en una suma que sea igual o mayor a US\$ 5.000.000.</p> <p>DÉCIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se declare que para determinar si hay lugar al reajuste de potencia establecido en el literal c) de la cláusula décima quinta del contrato, deben considerarse tanto los aumentos como las disminuciones de los costos, en aras de establecer si en conjunto, considerando tanto los aumentos como las disminuciones, han ocurrido eventos de fuerza mayor que hayan implicado un aumento de los costos de diseñar, desarrollar,</p>	
--	--	--

	<p>construir, operar, arrendar o adquirir la Planta Paipa IV en una suma que sea igual o mayor a US\$ 5.000.000.</p> <p>VIGÉSIMA PRETENSIÓN: Que se declare que durante la ejecución del contrato, Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. ha obtenido beneficios derivados del cambio en la legislación tributaria, los cuales han generado disminuciones en los costos de diseñar, desarrollar, construir, operar, arrendar o adquirir la Planta Paipa IV inicialmente previstos por Compañía Eléctrica de Sochagota S.A.E.S.P.</p> <p>VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del Contrato 94-016 la creación del gravamen a las transacciones financieras, no constituye un evento de fuerza mayor.</p> <p>VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del Contrato 94-016 el pago por parte de CES de la Sobretasa al Impuesto de Renta, no constituye un evento de fuerza mayor.</p> <p>VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del Contrato 94-016 el pago por parte de CES del Impuesto al patrimonio, no constituye un evento de fuerza mayor.</p> <p>VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del Contrato 94-016 el pago por parte de CES de las contribuciones a la SSPD y/o CREG, no constituye un evento de fuerza mayor.</p> <p>VIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Que se declare que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A.</p>	
--	---	--

	<p>E.S.P. tenía la posibilidad legal de disminuir los efectos económicos producidos por los cambios en la legislación tributaria, mediante la suscripción de un Contrato de Estabilidad Tributaria en los términos del artículo 169 de la Ley 223 de 1995.</p> <p>VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se declare que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. al no hacer uso de los mecanismos legales vigentes, como el régimen de estabilidad tributaria previsto en la Ley 223 de 1995, para evitar que los cambios en la legislación tributaria aumentasen los costos de diseñar, desarrollar, construir, operar, arrendar o adquirir la Planta Paipa IV, agravó los correspondientes riesgos derivados del Contrato No. 94016, causando con ello su propio daño.</p> <p>VIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se declare que Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., al no haberse acogido al régimen de estabilidad tributaria previsto en la Ley 223 de 1995, incumplió el deber de colaboración derivado del principio de buena fe.</p> <p>VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se declare que el pago del impuesto al patrimonio por parte de Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. no significa un aumento en los costos de desarrollar, diseñar, construir, operar, adquirir o arrendar la Planta Paipa IV.</p> <p>VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se declare que el pago del gravamen a las transacciones financieras</p>	
--	--	--

	<p>por parte de Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. no significa necesariamente un aumento en los costos de desarrollar, diseñar, construir, operar, adquirir o arrendar la Planta Paipa IV.</p> <p>TRIGÉSIMA PRETENSIÓN: Que se declare que para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato 94.016, Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., no tenía la obligación de constituirse como Empresa de Servicios Públicos ni la obligación de someterse a la regulación de la CREG.</p> <p>TRIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare que Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. por decisión propia, autónoma y libre voluntariamente se constituyó como Empresa de Servicios Públicos.</p> <p>TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que durante la vigencia del contrato 94-016 no se han presentado los supuestos establecidos en el literal (c) de la cláusula décima quinta del contrato, para que haya lugar a un reajuste del precio de potencia a favor de CES o a pago alguno por parte de GENSA y/o EBSA a CES.</p> <p>b. CONDENATORIAS</p> <p>TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que se condene a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y/o a Gestión Energética S.A. E.S.P., por concepto de devolución del pago de lo no debido en los términos del artículo 2318 del Código Civil, las sumas pagadas por error, por</p>	
--	---	--

	<p>parte de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., correspondientes al 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a), por los meses de septiembre, octubre y/o noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>TRIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a devolver a EBSA y GENSA los valores pagados por éstas como consecuencia del error cometido por Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993.</p> <p>TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA las sumas que éstas tuvieron que pagar al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.), por las penalizaciones por concepto de desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV, conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA, la indemnización de los perjuicios que estas últimas sufrieron, tanto por daño emergente como por lucro cesante, como</p>	
--	---	--

	<p>consecuencia de haber tenido que pagar EBSA y/o GENSA al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.), penalizaciones por concepto de desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV, conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA, los valores que se especifican a continuación, por concepto de las penalizaciones por concepto de desviaciones mayores a la tolerancia del 5% de la Planta Paipa IV que tuvieron que pagar EBSA y/o GENSA al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.):</p> <p>TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y/o a Gestión Energética S.A. E.S.P. los valores correspondientes a la penalización contenida en la cláusula décima novena del contrato 94.016, por aquellos eventos imputables al contratista, en los que la planta Paipa IV no estuvo en operación cuando fue requerida por el Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho), ocurridos con posterioridad al mes de</p>	
--	--	--

	<p>agosto de 2002, de conformidad con lo que se prueba en el proceso.</p> <p>PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA, los valores que se especifican a continuación, por concepto de la penalización contenida en la cláusula décima novena del contrato 94.016 por aquellos eventos imputables al contratista, en los que la planta Paipa IV no estuvo en operación cuando fue requerida por el Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho), ocurridos con posterioridad al mes de agosto de 2002, de conformidad con lo que se prueba en el proceso.</p> <p>TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y/o a Gestión Energética S.A. E.S.P. todos los perjuicios, tanto por daño emergente como por lucro cesante, que éstas hayan sufrido como consecuencia de la labor ejecutada por Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. como operador de la Planta Paipa IV, de conformidad con lo que se prueba en el proceso.</p> <p>“TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y/o Gestión Energética S.A. E.S.P.: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre</p>	
--	--	--

	<p>todas las sumas a las que resulte condenada CES por concepto de la devolución de las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta el 29 de agosto de 2007; y (ii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir del 30 de agosto de 2007 (fecha de reclamación de EBSA a CES) y hasta la fecha del laudo.</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada CES por concepto de la devolución de las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta el 29 de agosto de 2007; (ii) intereses</p>	
--	---	--

	<p>corrientes a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir del 30 de agosto de 2007 y hasta la notificación de la demanda de reconvención; y (iii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a), por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir de la notificación de la demanda de reconvención, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, y hasta la fecha del laudo.</p> <p>SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada CES por concepto de la devolución de las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de</p>	
--	--	--

	<p>notificación de la demanda de reconvención; y (ii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15 (a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la notificación de la demanda de reconvención y hasta la fecha del laudo.</p> <p>TERCERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada CES por concepto de la devolución de las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondientes al valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003, para la Planta Paipa IV, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.</p> <p>TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a las Convocadas: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada por concepto del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir de la</p>	
--	---	--

	<p>ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta el 29 de junio de 2006; y (ii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre los valores pagados por GENSA y EBSA como consecuencia del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir del 30 de junio de 2006 (Comunicación de 30 de junio de 2006, enviada al Municipio de Paipa, en la que CES reconoció que había cometido un error en la liquidación de las transferencias) y hasta la fecha del laudo.</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a las Convocadas: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada por concepto del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta el 29 de junio de 2006; (ii) intereses corrientes a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre los valores pagados por GENSA y EBSA como consecuencia del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir del 30 de junio de 2006 y hasta la notificación de la demanda de reconvención; y (iii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que</p>	
--	---	--

	<p>el tribunal determine sobre los valores pagados por GENSA y EBSA como consecuencia del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir de la notificación de la demanda de reconvención, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, y hasta la fecha del laudo.</p> <p>SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a las Convocadas: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada por concepto del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda de reconvención; y (ii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre los valores pagados por GENSA y EBSA como consecuencia del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993 a partir de la notificación de la demanda de reconvención, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, y hasta la fecha del laudo.</p> <p>TERCERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a las Convocadas el valor correspondiente a la</p>	
--	--	--

	<p>actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada por concepto del error cometido por CES en la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la ley 99 de 1993, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena.</p> <p>CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios y/o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine, sobre las sumas pagadas por EBSA y GENSA al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.), por concepto de penalizaciones por desviaciones, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios sobre las sumas pagadas por EBSA y GENSA al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.) por concepto de penalizaciones por desviaciones, en los</p>	
--	---	--

	<p>términos del artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la notificación de la demanda y hasta la fecha del laudo, y el valor correspondiente a la actualización con IPC, aplicado este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda de reconvencción.</p> <p>CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios y/o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el Tribunal determine, sobre las sumas a las que resulte condenada por concepto del valor de las penalizaciones de la cláusula décima novena, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios sobre las sumas a las que resulte condenada por concepto del valor de las penalizaciones de la cláusula décima novena, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la notificación de la demanda y hasta la fecha del laudo, y el valor</p>	
--	--	--

	<p>correspondiente a la actualización con IPC, aplicado este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda de reconvencción.</p> <p>CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios y/o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el Tribunal determine, sobre las sumas a las que resulte condenada por concepto indemnización de perjuicios, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.</p> <p>PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EBSA y/o a GENSA intereses moratorios sobre las sumas a las que resulte condenada por concepto de indemnización de perjuicios, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la notificación de la demanda y hasta la fecha del laudo, y el valor correspondiente a la actualización con IPC, aplicado este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de notificación de la demanda de</p>	
--	---	--

	<p>reconvencción.</p> <p>CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que en caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenada la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., se le ordene pagar a EBSA y/o GENSA intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria del Laudo.</p> <p>COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO</p> <p>CUADRAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se condene a CES a pagar a GENSA y/o EBSA las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho</p>	
<p>EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvencción (si es del caso deben incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)</p>	<p>Excepciones que se presentan en la Demanda Principal:</p> <p>3.1 Improcedencia de las pretensiones debido a que no se cumplen los supuestos de la cláusula décima quinta literal c) del contrato 94.016.</p> <p>3.2 Inexistencia de la obligación de GENSA y EBSA de reconocer a CES la suma que ésta alega haber pagado por concepto de:</p> <p>3.2.1 Gravamen a las transacciones financieras 3.2.2 Impuesto al patrimonio 3.2.3 Sobretasa al impuesto de renta 3.2.4 Contribuciones a la SSPD y a la CREG 3.2.5 IVA 3.2.6 Aportes a pensiones</p> <p>3.3 El pago de los tributos, contribuciones y aportes a los que se refieren las pretensiones de la demanda no constituye un evento de fuerza mayor.</p>	<p>Excepciones que prosperan frente a la Demanda Principal:</p> <p>NOVENO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento en su integridad las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda principal en su texto reformado, como excepciones trigésima tercera, trigésima cuarta, trigésima quinta, trigésima novena y cuadragésima segunda.</p> <p>DÉCIMO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento parcial las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda principal en su texto reformado, como excepciones novena, décima primera, décima cuarta y décima quinta.</p> <p>Excepciones que prosperan frente a la</p>

	<p>3.4 El pago de los tributos, contribuciones y aportes a los que se refieren las pretensiones de la demanda, no implica un aumento en los costos de DESARROLLAR, DISEÑAR, CONSTRUIR, OPERAR O ADQUIRIR O ARRENDAR la Planta Paipa IV en más de USD \$5.000.000.</p> <p>3.5 El pago de los tributos, contribuciones y aportes a los que se refieren las pretensiones de la demanda, no aumentó los costos de DESARROLLAR, DISEÑAR, CONSTRUIR, OPERAR O ADQUIRIR O ARRENDAR la Planta Paipa IV en los valores y cuantías señalados en la demanda.</p> <p>3.6 Inexistencia del incumplimiento alegado en relación con la cláusula décima quinta, literal c), del contrato.</p> <p>3.7 Inexistencia del perjuicio indemnizable.</p> <p>3.8 El pago del impuesto al patrimonio por parte de CES no da lugar a la aplicación de la cláusula Décima Quinta, literal c), ni al reconocimiento de la Convocante a suma de dinero alguna.</p> <p>Excepciones frente a la Demanda de Reconvencción:</p> <p>6.1 EBSA y GENSA carecen de legitimación para demandar en reconvencción.</p> <p>6.2 Pago de lo contractualmente debido.</p> <p>6.3 Pago en firme.</p> <p>6.4 Enriquecimiento sin causa.</p> <p>6.5 Falta de acreditación de</p>	<p>demanda de reconvencción</p> <p>VIGÉSIMO CUARTO: Declarar que, visto el título que las encabeza y su contenido completo, tienen fundamento en su integridad las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda de reconvencción en su texto reformado, como excepciones segunda, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima y vigésima primera.</p>
--	--	---

	<p>los elementos legalmente establecidos para que se configure el error como vicio del consentimiento.</p> <p>6.6 El error como vicio del consentimiento sólo genera nulidad relativa, la cual fue saneada por EBSA.</p> <p>6.7 La acción interpuesta por GENSA y EBSA se encuentra prescrita.</p> <p>6.8 EBSA no puede ir contra sus actos propios (Venire contra factum proprium non valet).</p> <p>6.9 Culpa exclusiva de EBSA.</p> <p>6.10 Excepción de pago de las sumas involuntariamente cobradas a EBSA y GENSA por concepto de la liquidación de las transferencias del artículo 45 de la Ley 99 de 1993.</p> <p>6.11 Excepción de contrato no cumplido.</p> <p>6.12 Excepción de doble cobro y de ejercicio fraudulento de un derecho.</p> <p>6.13 Falta de fundamento para cobrar a CES las penalizaciones por desviaciones establecidas en la Resolución CREG 024 de 1995.</p> <p>6.14 Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre imputaciones que están por fuera del marco contractual.</p> <p>6.15 A CES no puede imputársele responsabilidad por las penalizaciones por desviaciones que se le impongan a la contratante.</p> <p>6.16 Falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer sobre el alcance y los efectos de actos administrativos.</p>	
--	--	--

	<p>6.17 Existencia de acuerdos especiales celebrados por las partes al margen del contrato 94.016.</p> <p>6.18 CES no puede ser sancionada dos veces por el mismo hecho.</p> <p>6.19 CES no es responsable de las penalizaciones previstas en la cláusula décima novena del contrato 94.016 cuando la planta no está disponible por causas que no le son imputables.</p> <p>6.20 El contrato es ley para las partes: las penalizaciones cobradas por las reconvinentes desconocen lo estipulado en la cláusula décima novena del contrato 94.016.</p> <p>6.21 CES tiene derecho a que se le reconozcan las sumas que reclama en su demanda por la ocurrencia de cambios en la legislación tributaria.</p> <p>6.22 CES ha cumplido todas sus obligaciones bajo el contrato 94.016.</p> <p>6.23 Cosa juzgada de varias de las pretensiones y argumentaciones formuladas de GENSA y EBSA en su demanda de reconvención.</p> <p>6.24 Excepción genérica.</p>	
Valor de la decisión	\$76.319.039.521,00	
Valor de las costas y agencias en derecho	\$1.564.671.727,75	
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 del CGP)	NO APLICA.	
IX. EVENTUALES		
Recurso de Anulación*	SI (* ver ficha anexa)	
Recurso de Revisión*	NO	
Acción de Tutela*	NO	
Conciliación total*	NO	
Conciliación parcial*	NO	

(* En los casos eventuales se debe llenar, mutatis mutandi, la misma información arriba requerida)

Ficha Recurso de Anulación	
I. IDENTIFICACIÓN	
Sentencia:	Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B Sentencia de 3 de mayo de 2013, Exp. 45.007, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo.
Recurso de anulación contra laudo de:	COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A E.S.P
Recurso de anulación interpuesto por:	EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A E.S.P Y GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P.
II. EL RECURSO	
Causales de anulación impetradas:	<ol style="list-style-type: none"> 1. Numeral 6 art. 163 Decreto 1818 de 1998: Se falló en conciencia debiendo ser en derecho. 2. Numeral 7 art. 163 Decreto 1818 de 1998: Contener la parte resolutive del laudo disposiciones contradictorias. 3. Numeral 8 art. 163 Decreto 1818 de 1998: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo pedido.
III. LA SENTENCIA	
Fundamentos jurídicos de la decisión	<p>(Primer Cargo)</p> <p>“Ahora, con relación a los planteamientos del cargo, orientados a cuestionar que el tribunal no aplicó en su totalidad los descuentos que fueron solicitados por las convocadas y acreditados por los peritos, en cuanto su estudio requiere la confrontación con las razones de defensa de la contestación de la demanda, los términos de la reconvencción y las pruebas allegadas, su estudio se abordará a la luz del principio de congruencia, como corresponde, si se considera que asimismo fue planteado, en los dos cargos formulados con fundamento en la causal 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.</p> <p>A juicio de la Sala, resulta ajeno a la competencia para resolver el recurso de anulación que esta Corporación en calidad de juez extraordinario se adentre en las razones esgrimidas por el tribunal para concluir que, en el contrato n.º 94.016, los riesgos asociados a los cambios en la legislación fueron válidamente asignados a la contratante, dada la autonomía de juicio que ello comporta, adelantado con el fin de resolver las pretensiones de la convocante, las excepciones y las pretensiones en reconvencción propuestas por la convocada. De donde se colige que con el cargo se pretende demostrar un error in judicando.</p> <p>Y en relación con la denuncia de la convocante sobre las posibles irregularidades en que había incurrido el perito Andrés Escobar, la Sala ordenará que se compulsen copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.</p> <p>En síntesis, habida cuenta de que el laudo arbitral impugnado se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico, el cargo formulado no prospera.”</p> <p>(Segundo Cargo)</p> <p>“Del análisis sustancial de las dos disposiciones no es posible deducir el error aritmético en que se funda el cargo, si se considera que no contienen expresamente cifras que deban ser</p>

tenidas como minuendo y sustraendo a efectos de establecer el error aritmético, así como tampoco hallar una contradicción irreconciliable entre ellas, pues la declaración a que se refiere el numeral decimotercero no imposibilita la ejecución de la obligación impuesta con la condena de que trata el numeral séptimo. Y siendo meramente declarativa la decisión contenida en numeral decimotercero, no se puede afirmar, estricto sensu, que se imposibilite su ejecución.

Ahora el laudo da cuenta, en su parte motiva, de la siguiente liquidación en la que los árbitros aplicaron, al valor total de las condenas, los descuentos por los beneficios tributarios recibidos por la Compañía Eléctrica de Sochagota-CES S.A. E.S.P., así -fl. 329- :

Valor total condenas	\$75.508.246.391,00
Menos valor de beneficios tributarios recibidos por CES	\$1.588.330.844,00
Menos límite de riesgo UD\$50.000 calculado a la TRM del 3 de julio de 2012	\$88.576.500,00
Total condena a favor de CES	\$73.831.339.047,00

Operaciones en las que la Sala observa que i) el valor de los descuentos por concepto de "valor de beneficios tributarios recibidos por CES" coincide con la prueba pericial -pág. 264 del laudo- y ii) el resultado de la operación aritmética coincide con el valor contenido en la condena de que trata el numeral 7°.

Carece, entonces, de fundamento el cargo del recurso de anulación formulado al amparo de la causal 7ª del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

(Tercer Cargo)

"Analizados en conjunto el debate planteado por las partes, la prueba pericial rendida y las razones de que da cuenta el laudo del 5 de julio de 2012, en los términos señalados, la Sala no encuentra respaldo a las afirmaciones en que se basa el cargo, en el sentido de que la exclusión de las sumas de \$7.518.107.828 y \$1.588.330.884, estimadas por la perito Cepeda Mantilla en lo que tiene que ver con los ajustes integrales por inflación y los aranceles tributarios, sea contraria al principio de congruencia, habida cuenta que, como se expresa en la ratio decidendi, en esta materia el juez arbitral dio crédito a las cifras del dictamen sobre las que encontró certeza, es decir aquellas que la perito no puso en duda al rendir las aclaraciones y complementaciones.

Siendo los criterios de certeza y de causalidad, aplicados para valorar las pruebas periciales practicadas en orden a establecer los beneficios que deben tenerse en cuenta de cara a la liquidación de los perjuicios, un asunto de la órbita del principio de la libre valoración racional y de la sana crítica que le competen al juez arbitral, no está dentro de los alcances del juez de anulación adentrarse en esa materia, cuando lo que se evidencia en el cargo formulado es la inconformidad con el mérito atribuido a la prueba efectivamente valorada.

Y, en ese mismo orden, observa la Sala que las razones de que da cuenta el laudo complementario del 17 de julio de 2012, en el sentido de que lo relacionado con los ajustes integrales por inflación y los aranceles no fueron debatidos oportunamente, por

	<p>sí mismas no desvirtúan la conclusión vertida en la decisión inicial de reconocer los beneficios en cuanto revestidos de certeza y causalidad conforme con la prueba pericial, sino que, por el contrario, se acompasan con el entendimiento de que en esa materia la prueba pericial no arroja la suficiente certeza al juez, como lo indica el análisis integral de las pretensiones, del informe pericial con sus aclaraciones y complementaciones, de las alegaciones y de la motivación del laudo del 5 de julio, como se han traído a recuento.</p> <p>Así las cosas, este último cargo, en cuanto viene apoyado en razones que no superan la inconformidad de la recurrente con los criterios de valoración de la prueba aplicados por el juez arbitral para decidir la pretensión vigésima de la demanda de reconvencción, no prospera.”</p>
IV. FUENTES RELEVANTES	
Precedente Jurisprudencial:	<p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2009.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de mayo de 2006.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de agosto de 1999.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 2003.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2010.</p> <p>En apoyo de estas últimas razones, la recurrente trajo en cita la doctrina y la jurisprudencia a cuyo tenor se entiende que la imposición legal al cedente de la obligación de fianza no es suficiente para conferirle al acreedor la facultad de hacer efectiva esa garantía en sede del tribunal de arbitramento, bien porque i) se exige un pago alternativo al que se persigue con el arbitraje; ii) siendo la causa de la garantía una obligación general asociada a la libertad de elección del cesionario, esa obligación desaparece cuando el cedido ha autorizado previamente la cesión en favor de una determinada persona; iii) la salvaguarda de los fines a los que sirve exige que la cláusula compromisoria siga al contrato que la contiene, con independencia de su autonomía, razón por la que la cesión del contrato lleva consigo la transferencia de la estipulación arbitral sin necesidad de notificación o aceptación o iv) simplemente porque el garante es un tercero ajeno al pacto arbitral, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación.</p> <p>Concluye que la falta de competencia y/o jurisdicción, acreditada por el hecho de la cesión del contrato n.º 94.016 de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a Gestión Energética S.A., obliga a la anulación de los laudos proferidos el 5 y 17 de julio 2012, conforme con la jurisprudencia de la Sección.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 1996</p>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2011.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2009.

Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.

El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque "ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden".

La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregonaba el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (...).

De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión.

Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de agosto de 2002.

	<p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 1992.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 1973.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de agosto de 1998.</p> <p>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 2012.</p>	
V. DURACION DEL PROCESO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO		
Duración en días desde la presentación del recurso de anulación	285 días.	
VI. DECISUM		
Respuesta al problema planteado:	DECISIÓN	
CAUSALES INVOCADAS		
	<p>Cargos:</p> <p>“Primero: se falló en conciencia debiendo ser en derecho (art. 163 numeral 6º, Decreto 1818 de 1998).</p> <p>Segundo: contener la parte resolutive del laudo disposiciones contradictorias (art. 163 numeral 7º, Decreto 1818 de 1998).</p> <p>Tercero: haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo pedido (art. 163 numeral 8º, Decreto 1818 de 1998)”.</p>	<p>Decisión:</p> <p>PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral proferido por el 5 de julio de 2012 por el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias de las recurrentes y complementado en providencia del día 17 siguiente.</p> <p>SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte recurrente, esto es, a Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. por partes iguales, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.</p> <p>TERCERO: FIJAR las agencias en derecho la suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000) a favor</p>

		<p>de la parte convocante.</p> <p>CUARTO: COMPULSAR copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia, del dictamen pericial rendido en el trámite arbitral por el perito Andrés Escobar y de las intervenciones e información aportada por la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. ante esta Corporación, por las razones expuestas en la parte motiva.</p> <p>En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.</p>
--	--	--

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN contra BANCOLOMBIA S.A.
Convocante	CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN
Nacionalidad del convocante	COLOMBIANA
Naturaleza del Convocante	SOCIEDAD ANÓNIMA
Sector de Actividad Económica	8412
Convocado	BANCOLOMBIA S.A.
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	SOCIEDAD ANÓNIMA
Subsector del sector público (Hacienda, Salud, pensiones, Financiero, etc)	FINANCIERO
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá, D.C., Octubre treinta (30) de dos mil nueve (2009)
Centro de arbitraje	CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
Árbitros	JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA RAMÓN EDUARDO MADRIÑÁN DE LA TORRE JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO
Secretario (a)	GABRIELA MONROY TORRES
Se presentó demanda de reconvencción	NO
Cuantía de la demanda principal	
Cuantía de la demanda de reconvencción	NO APLICA
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO Nota: Señalar los hechos relevantes indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar.	<p>La ley 6ta de 1945 autorizó la creación de CAJANAL y el decreto 1600 de 1945 su organización como un Establecimiento Público adscrito al Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.</p> <p>Desde el 1 de marzo de 1996 CAJANAL se dividió en aportes a pensiones y EPS.</p> <p>La ley 409 de 1998 transformó a CAJANAL en una empresa industrial y comercial del estado, donde mantuvo ambas actividades.</p> <p>EL Gobierno Nacional mediante decreto 1777 de 2003 ordenó escindir a CAJANAL y crear CAJANAL S.A EPS.</p> <p>El 8 de marzo de 2004 el Banco de Colombia (en adelante BANCOLOMBIA) dirigió una carta a CAJANAL S.A. EPS en la que informó que deseaba continuar participando dentro de sus alternativas financieras como banco líder.</p> <p>El 29 de abril de 2004 la tesorera de CAJANAL S.A. EPS informó mediante comunicación a BANCOLOMBIA que era pertinente que la entidad financiera debe dirigir sus ordenes de embargo luego de una identificación inequívoca de la demanda para evitar perjuicios</p>

	<p>económicos a CAJANAL S.A. EPS.</p> <p>Mediante Decreto 4409 de 2004 el gobierno ordenó la liquidación de CAJANAL S.A. EPS, desde entonces viene utilizando la denominación CAJANAL S.A. EPS en liquidación (en adelante CAJANAL)</p> <p>De conformidad con la ley 100 de 1993 CAJANAL está obligado a recepcionar y recaudar los ingresos y los deberes legales de administrar los ingresos de los aportes del sistema de seguridad social en salud.</p> <p>De conformidad con lo previsto en los artículo 14 y 51 del Decreto 1406 de 1999, en su condición de entidad administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud y con el fin de cumplir su obligación legal de recibir el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social mediante cheque de gerencia, en efectivo, tarjeta débito, o en general a través de cualquier medio de pago físico o electrónico utilizado en la práctica comercial o bancaria, CAJANAL esta expresamente facultada para celebrar convenios con los bancos y demás entidades administradoras de sistemas de transferencia electrónica de fondos, en los que se regulen los mecanismos que pueden ser utilizados para el recaudo de las cotizaciones a cargo de sus aportantes.</p> <p>El 26 de abril de 2000, BANCOLOMBIA y CAJANAL suscribieron el “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, en cuyo objeto BANCOLOMBIA se obligó a recepcionar y recaudar los aportes correspondientes al Sistema Integral de Seguridad Social y los ingresos directos de CAJANAL de conformidad con establecido en las cláusulas de dicho convenio.</p> <p>En la cláusula tercera del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, el Banco de Colombia S.A. se comprometió a responder ante CAJANAL por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes.</p> <p>En la cláusula vigésima del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, respecto de las órdenes de embargo el BANCOLOMBIA se obligó en los siguientes términos:</p> <p>“CLAUSULA VIGESIMA: INEMBARGABILIDAD. Por tratarse de administración de recursos públicos de FOSYGA de salud y del TESORO PUBLICO de pensiones, no pertenecen a CAJANAL, por lo cual ante una eventual solicitud de embargo BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA deberá tener en cuenta esta condición de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 134 y numeral 1 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993. No obstante lo anterior, en caso de embargo BANCOLOMBIA, deberá proceder, sin embargo informará al Juzgado correspondiente sobre dicha situación e igualmente pondrá en conocimiento a la Contraloría General de la República. En estos casos BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA informará,</p>
--	--

	<p>por escrito, a CAJANAL de manera inmediata, acompañando los soportes respectivos.”</p> <p>En el numeral 3º de la cláusula sexta del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, el Banco de Colombia S.A. se obligó a pagar intereses a las tasas de mercado, previa verificación de las condiciones pactadas para que se generara la rentabilidad previstas en el numeral 3º de la citada cláusula sexta y en el Anexo No 7 del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, en los que se acordó que: “CAJANAL mantendrá los dineros en la cuenta corriente de Salud E.P.S. correspondiente a la cuenta No.1 durante un término de ocho (8) días hábiles desde la fecha de su recaudo; BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA una vez vencidos los ocho (8) días hábiles después de cada recaudo deberá trasladar los recursos en forma directa y automática a otras cuentas de ahorro de CAJANAL nivel central, que generen rendimientos a tasas del mercado de acuerdo con lo establecido en los anexos 7 al 9, los cuales también hacen parte integral del convenio. (...) “CAJANAL se compromete a mantener los dineros recaudados en cuentas corrientes abiertas en Salud EPS los siguientes ocho (8) días hábiles posteriores al recaudo y BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA los trasladará automáticamente al término de estos a cuentas de ahorro que generen rentabilidad de acuerdo a las tasas de mercado o concertadas mensualmente o cuando se considere necesario con BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA.”</p> <p>En el numeral 3º de la cláusula segunda del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, BANCOLOMBIA. se obligó a abrir cuentas nacionales centralizadoras para el recaudo de las cotizaciones a cargo de los aportantes de la Caja Nacional de Previsión Social EPS.</p> <p>BANCOLOMBIA abrió a nombre de “CAJANAL EPS RECAUDO COTIZACIONES FOSYGA” la cuenta corriente No. 126-0368983-9 y a nombre de “CAJANAL EPS APORTE PATRONAL SALUD” la cuenta de ahorro No 126-0457213-2.</p> <p>En la cláusula vigésima segunda del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes” se estipuló que el convenio entrará en vigencia a partir de su firma, pero cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, dando aviso por escrito a la otra parte con 30 días de antelación a fecha en que cesará su ejecución.</p> <p>BANCOLOMBIA y CAJANAL manifestaron su intención de dar por terminado el “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”.</p> <p>Vencido el plazo inicial del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, BANCOLOMBIA y CAJANAL, no interrumpieron la ejecución de las funciones y labores que pactaron en el</p>
--	---

	<p>citado convenio Nro. 02.</p> <p>Durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004 el BANCOLOMBIA continuó recibiendo y recaudando los aportes correspondientes al Sistema Integral de Seguridad Social y los ingresos directos de CAJANAL en las cuentas abiertas para tal efecto.</p> <p>Durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004 BANCOLOMBIA, no suspendió el cobro de la suma pactada por cada transacción u operación relacionada en una planilla o autoliquidación de aportes (\$800), en el párrafo del numeral 3º de la cláusula sexta del citado convenio Nro. 02.</p> <p>El 10 de octubre de 2002, BANCOLOMBIA y CAJANAL suscribieron los formatos de reporte y registro ante el Ministerio de Salud de la cuenta corriente No 126-0368983-9 y de la cuenta de ahorros No 126-0457213-2, como cuentas de recaudo de las cotizaciones al FOSYGA.</p> <p>BANCOLOMBIA incumplió las obligaciones de que una vez vencidos los ocho (8) días hábiles después de cada recaudo trasladaría los recursos en forma directa y automática a las cuentas de ahorro rentables que generen rendimientos a tasas del mercado, previstas en el numeral 3º de la cláusula sexta del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo de Aportes”.</p> <p>BANCOLOMBIA verificó el cumplimiento de los requisitos para que se generara la rentabilidad, establecidos en el numeral 3º de la cláusula sexta y en el Anexo No 7 del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”, y liquidó y pagó intereses a las tasas de mercado ofertadas.</p> <p>El 28 de junio de 2006, mediante comunicación suscrita por la Gerente de Cuenta Banca de Gobierno e Institucional, doctora Diana Arias Perea, BANCOLOMBIA, informó a CAJANAL que las cuentas abiertas para el recaudo de los aportes, fueron canceladas voluntariamente en las siguientes fechas: cuenta No 126-045721-32, el 31 de marzo de 2005 y; cuenta No 126-036898-39, el 5 de abril de 2005.</p> <p>El 24 de octubre de 2006 el Banco de Colombia en comunicación dirigida a CAJANAL se refirió a las peticiones de liquidar inmediatamente el Convenio 002 de Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes. Hizo alusión a los siguientes puntos:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. La responsabilidad en relación con los débitos que efectuó el Banco en las cuentas del FOSYGA administradas por CAJANAL S.A. EPS hoy en liquidación. b. Que informe a cuáles embargos hacen referencia especificando el número del oficio, el ente legal que decretó el embargo, y el nombre del demandante, lo anterior, toda vez que para el Banco es indispensable verificar lo informado por
--	--

	<p style="text-align: center;">CAJANAL.</p> <p>Luego el 15 de enero de 2007 el mismo Banco responde identificando los embargos y la cuantía relacionada con cada uno y proponiendo una reunión para solucionar la controversia suscitada, mas adelante el 8 de febrero de ese mismo año CAJANAL informo a BANCOLOMBIA que debido a la precariedad de personal por la situación de liquidación en que se encuentra CAJANAL no puede aceptarse la propuesta de reunirse y analizar los embargos e incumplimientos, toda vez que no hay personal disponible; por lo tanto contrataron una firma de abogados para que adelante los trámites y encuentre los documentos en el menor tiempo posible. Solicitando por su parte a BANCOLOMBIA para que haga lo propio.</p> <p>Para el momento en que se presenta el Tribunal el plazo del Convenio 002 se encuentra vencido y BANCOLOMBIA durante su vigencia no informo como correspondía a los despachos judiciales que las cuentas que iban a embargar no eran de CAJANAL, sino de dineros que correspondían al FOSYGA y eran del público.</p> <p>En relación con el objeto de la Controversia se agrega una tabla con los embargos y las cuentas respectivamente. Adicionalmente los oficios de cada Juzgado en relación las cuantías de cada embargo. CAJANAL afirmo que no hubo concordancia entre lo enviado por BANCOLOMBIA y los soportes que tenía CAJANAL de los embargos realizados.</p> <p>Además en los hechos se referencia también en tabla de datos los dineros que logro recuperar del embargo CAJANAL y el tiempo que en que esta empresa no tuvo acceso a los mismos como consecuencia de la medida cautelar.</p> <p>De los cuarenta y cinco (45) débitos que efectuó a las cuentas 126-0368983-9 y 126-0457213-2, cuya sumatoria asciende a \$21,809,191,373.15, BANCOLOMBIA no ha restituido a CAJANAL la suma de \$18,765,853,726.47.</p> <p>Los \$21,809,191,373.15 que debito Banco de Colombia S.A. de las cuentas No 126-0368983-9 y 126-0457213-2, no le pertenecen ni son de propiedad de CAJANAL, hoy en liquidación por corresponder a recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>Respecto de los cuarenta y cinco (45) débitos que efectuó a las cuentas 126-0368983-9 y 126-0457213-2, cuya sumatoria asciende a \$21,809,191,373.15, BANCOLOMBIA no cumplió sus obligaciones contractuales de: i-) responder por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes, ii-) informar al juzgado que por tratarse de recursos públicos de FOSYGA de salud y del tesoro público de pensiones, no pertenecen a CAJANAL; iii-) poner en conocimiento este asunto a la Contraloría General de la República; iv-) informar de manera inmediata a CAJANAL, enviando los soportes respectivos; v-) conservar y custodiar el dinero depositado; vi-) pagar los intereses pactados.</p>
--	--

	<p>Dan cuenta los hechos, en un segundo momento, que las cuentas en el oficio de embargo no corresponden a las cuentas debitadas, particularmente El 28 de julio de 2004, BANCOLOMBIA efectuó un (1) débito a la cuenta bancaria No 126-0457213-2 por valor de CINCO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$5.200.000.000,00), que no reembolsó a CAJANAL y que no correspondían al oficio de embargo proferido por el Juzgado 6 civil del circuito de Barranquilla.</p> <p>BANCOLOMBIA no cumplió sus obligaciones contractuales de: i-) responder por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes, ii-) informar al juzgado que por tratarse de recursos públicos de FOSYGA de salud y del tesoro público de pensiones, no pertenecen a CAJANAL; iii-) poner en conocimiento este asunto a la Contraloría General de la República; iv-) informar de manera inmediata a CAJANAL, enviando los soportes respectivos; v-) conservar y custodiar el dinero depositado; vi-) devolver o rembolsar las sumas recibidas; vii-) pagar los intereses pactados.</p> <p>Adicionalmente se agregó una tabla con un tercer hecho relevante que corresponde a unas cuentas debitadas efectivamente por valor \$11,714,553,196.00 y se refieren los oficios de los juzgados que no corresponden con las cuentas debitadas. Más adelante se describe cuales sumas fueron recuperadas y cuánto tiempo CAJANAL no contó con esas sumas.</p> <p>Respecto de los ocho (8) débitos que efectuó a las cuentas 126-0368983-9 y 126-0457213-2, cuya sumatoria asciende a \$11,714,553,196.00, BANCOLOMBIA no cumplió sus obligaciones contractuales de: i-) responder por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes, ii-) informar al juzgado que por tratarse de recursos públicos de FOSYGA de salud y del tesoro público de pensiones, no pertenecen a CAJANAL; iii-) poner en conocimiento este asunto a la Contraloría General de la República; iv-) informar de manera inmediata a CAJANAL, enviando los soportes respectivos; v-) conservar y custodiar el dinero depositado; vi-) pagar los intereses pactados.</p> <p>Finalmente Bancolombia efectuó los siguientes trece (13) débitos a las cuentas bancarias No 126-0368983-9 y 126-0457213-2, cuya sumatoria asciende a \$9,699,859,574.00. Los mismo que si correspondían a las cuentas en los oficios de embargo expedidos por los Juzgados.</p> <p>De los trece (13) débitos a las cuentas bancarias No 126-0368983-9 y 126-0457213-2, cuya sumatoria asciende a \$9,699,859,574.00 CAJANAL no ha recuperado sumas por valor de \$9,470,359,108.50 las cuales no estuvieron a disposición de CAJANAL por cierto tiempo referido en tabla de los hechos. Y algunos embargos también se realizaron y de los mismos se desconoce el oficio de embargo que ascienden al valor de \$561,404,286.00</p>
--	---

III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS	
Problema(s) jurídico(s) principal(s)	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Está CAJANAL legitimada en la causa para obtener la restitución de los dineros depositados en la cuenta corriente No. 126-036898-39 y en la cuenta de ahorros No.126-045721-32 por tratarse de recursos del FOSYGA? 2. ¿Ha caducado desde el 15 de diciembre de 2006 la acción contractual con que cuenta CAJANAL para presentar esta demanda en contra de BANCOLOMBIA de acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo? 3. ¿Tiene la Contabilidad Mercantil de la convocada en la presente controversia valor probatorio?
Ratio decidendi (Tesis, regla de derecho)	<p>En relación con la excepción de falta de legitimación:</p> <p>La Corte Suprema de Justicia reconoce legitimación para demandar la indemnización a quien debe responder por la cosa, pero en ausencia del dueño. La ausencia del dueño, de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, significa que el propietario no actúe contra el causante del daño, pues se trata de evitar una doble indemnización.</p> <p>En la medida en que las EPS recaudan las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y después de realizar la compensación destinan la parte que les corresponde de dichas cotizaciones a garantizar el Plan Obligatorio en Salud que prestan ellas mismas, y giran el resto al FOSYGA, es claro que ellas son responsables por los recursos que reciben y por lo mismo, están legitimadas por el artículo 2342 del Código Civil para demandar a quien tenía dichos recursos como depositario en caso de que los recursos sean entregados irregularmente a un tercero.</p> <p>A lo anterior vale la pena agregar otros elementos que a juicio del Tribunal confirman la legitimación de CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN para adelantar y culminar el presente proceso.</p> <p>En primer lugar, entre CAJANAL Empresa Industrial y Comercial del Estado y el Banco se celebraron tanto un Convenio de Recaudo, como contratos de cuenta corriente y de cuenta de ahorro, que generaron obligaciones entre ellas. Posteriormente, en virtud de la escisión de CAJANAL EICE, la posición contractual que ésta tenía en los mencionados negocios jurídicos pasó a radicarse en cabeza de la entidad escindida CAJANAL S.A. EPS. Desde esta perspectiva, es claro que quien tiene la legitimación para intentar una acción por responsabilidad contractual es quien es parte en el respectivo contrato. En esta medida es CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN quien puede demandar al Banco por el incumplimiento de los acuerdos mencionados.</p>

En segundo lugar, según lo probado en este proceso, el saldo a favor de FOSYGA a la liquidación de CAJANAL EPS fue de cero. Lo anterior implica que CAJANAL S.A. EPS asumió con sus propios recursos las consecuencias desfavorables de los embargos de recursos, y por ello el daño que se hubiera producido por el incumplimiento de los convenios y contratos celebrados con BANCOLOMBIA al momento de la demanda se encuentra en cabeza de CAJANAL S.A. EPS. Por todo lo anterior se negará la excepción de "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA".

En relación con la Caducidad.

Como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el término de caducidad de la acción contenciosa administrativa se aplica bien sea que la misma se ejerza ante la jurisdicción contenciosa o ante un tribunal arbitral, pues la existencia de un pacto arbitral no altera la naturaleza de la acción y, por consiguiente, tampoco altera el término de caducidad que le es aplicable.

Por consiguiente es claro que en la medida en que el Convenio de Recaudo objeto de este proceso tiene el carácter de contrato de ejecución sucesiva, al igual que los contratos de cuenta corriente y de ahorro, el plazo de caducidad de la acción se debe contar desde su liquidación o desde que se venció el término para realizarla.

En el presente caso y de conformidad con el artículo 60 de la ley 80 de 1993, dado que las partes no pactaron un plazo para liquidar el contrato, la liquidación de común acuerdo debió realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación. Como quiera que las partes no realizaron la liquidación de común acuerdo, la misma podía realizarse unilateralmente por la entidad estatal dentro de los dos meses siguientes. En la medida en que la entidad estatal no realizó la liquidación, a partir del vencimiento del plazo que tenía para hacerlo, comenzó a contarse el plazo de caducidad.

Ahora bien, debe observarse que el Convenio celebrado entre las partes no tiene pactado un plazo de duración y lo que se prevé es su terminación por un preaviso. En efecto, en la cláusula vigésima segunda se expresa:

"CLAUSULA VIGESIMA SEGUNDA: VIGENCIA: Este convenio entrará en vigencia a partir de su firma, pero cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, dando aviso por escrito al representante legal de la otra parte con (30) treinta días de antelación a la fecha en que cesará su ejecución."

En este contexto es necesario determinar cuándo se terminó dicho convenio para establecer a partir de qué momento corre el término de caducidad.

Desde esta perspectiva para el Tribunal es claro que en la fecha de esta última comunicación CAJANAL S.A. ESP EN LIQUIDACIÓN manifestó su voluntad de poner fin al Convenio de Recaudo, lo que de acuerdo a la cláusula

vigésima segunda ya transcrita, daba lugar a su terminación treinta (30) días después. De esta manera, considera el Tribunal que el Convenio de Recaudo terminó el 12 de diciembre de 2006. Si se tiene en cuenta que la demanda fue presentada en octubre de 2007, es claro que no ha operado la caducidad. A lo anterior se agrega que con posterioridad a dicha fecha fue cerrada la última de las cuentas de ahorros abiertas inicialmente, lo cual reafirma que no ha operado la caducidad. Por tal razón se negará la excepción propuesta.

En relación con el valor probatorio de la contabilidad mercantil

Los aspectos hasta aquí considerados relevan al Tribunal de un mayor análisis de otras deficiencias que en el dictamen pericial y sus ampliaciones y complementaciones han puesto de presente omisiones en aspectos puntuales, a algunos de los cuales han hecho referencia las partes, aspectos éstos que no alteran la apreciación que permite concluir al Tribunal que para efectos de determinar el valor probatorio de los libros de las partes, hay que tener en cuenta lo prescrito en el numeral 4 del artículo 70 del Código de Comercio que dispone que “si los libros de ambas partes no se ajustan a las prescripciones legales, se prescindirá totalmente de ellos y solo se tomarán en cuenta las demás pruebas allegadas al proceso”.

En consecuencia, las decisiones que en este caso debe adoptar el Tribunal se tomarán atendiendo a las pruebas testimoniales, documentales, pericial y declaraciones de parte que regular y oportunamente se han allegado al plenario, conforme a los principios rectores de la actividad probatoria, en la misma forma que lo fueron en un caso análogo como se reconoce en la sentencia del H. Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación interpuesto por CAJANAL S. A. EPS EN LIQUIDACIÓN contra el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento en la controversia que sostuvo con el BANCO DE BOGOTÁ.

En relación con el incumplimiento del Convenio No. 002. Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes” celebrado entre CAJANAL Empresa Industrial y Comercial del Estado y BANCOLOMBIA.

A la luz del marco normativo y jurisprudencial antes descrito, para el Tribunal resulta claro que CAJANAL, en su condición de EPS y por mandato legal, debía recaudar las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, como delegataria del FOSYGA y por cuenta de éste, manejando los recursos originados en dichas cotizaciones en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad, a cuyo fin celebró con BANCOLOMBIA, en nombre propio pero por cuenta del FOSYGA, el Convenio de Recaudo base de este proceso, en virtud del cual le encomendó al Banco la actividad de recaudo, a realizarse en nombre de CAJANAL, sin perjuicio de lo cual y conforme a lo ordenado en el art. 182 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones así

	<p>recaudadas a través de la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No.126-045721-32, le pertenecían por ley al SGSSS, a través del FOSYGA, y no a CAJANAL, como se indicó en la cláusula vigésima del convenio.</p> <p>Dicho en otra forma, el recaudo de cotizaciones del SGSSS, objeto del Convenio de Recaudo base de este proceso, lo realizaba BANCOLOMBIA en nombre de CAJANAL, a través de la cuenta corriente y la cuenta de ahorros antes mencionadas, siendo CAJANAL la responsable legal del recaudo, como delegataria del FOSYGA y por cuenta de éste, pero en todo caso las cotizaciones le pertenecían por ley al SGSSS, a través del FOSYGA, y no a la delegataria CAJANAL.</p> <p>Cosa distinta es que una vez realizada la compensación entre CAJANAL y el FOSYGA, en la forma atrás explicada, aquélla tenía derecho a conservar las sumas de dinero que ésta debía pagarle por concepto de las Unidades de Pago por Capitación o UPC, que conforme a la ley tienen el carácter de ingresos propios de la EPS para financiar la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para los afiliados.</p> <p>Ahora bien, sin perjuicio de las normas legales antes citadas y del Convenio de Recaudo, los instrumentos contractuales empleados en este caso para el recaudo de las cotizaciones del SGSSS fueron una cuenta corriente bancaria y una cuenta de ahorros, cuyo titular era CAJANAL y que, según lo manifestado por la convocada en la contestación de la demanda, se identificaron entre las partes como “CAJANAL SALUD o CAJANAL RECAUDO COTIZACIÓN FOSYGA o CAJANAL EPS RECAUDO COTIZACIONES FOSYGA”.</p> <p>Dichas cuentas recaudadoras de cotizaciones del SGSSS son especies del depósito bancario irregular de dinero, en virtud del cual “existe una transmisión actual de la propiedad por parte del depositante al banco con cargo para este último de devolverla ulteriormente, en una fecha fija o determinada, o en el momento en que el depositante así lo indique”. Vale decir, una vez realizado el depósito de dinero en la cuenta corriente o en la cuenta de ahorros, según el caso, surge un crédito dinerario a cargo del banco depositario y a favor del cliente titular de la cuenta, quien puede disponer de dineros en cuantía equivalente a los depositados, de acuerdo con las condiciones pactadas para el respectivo depósito bancario, y el banco se hace propietario de los dineros depositados que puede entonces emplear en las operaciones propias de su objeto social, quedando como deudor de su cliente por un monto equivalente.</p> <p>Bajo el anterior contexto, en el caso sub examine se identifican distintas relaciones jurídicas y crediticias relevantes, a saber, una de origen legal, cuya fuente se ubica en la Ley 100 de 1993, entre el FOSYGA (acreedor) y su delegataria CAJANAL (deudor), respecto del valor de las cotizaciones de los afiliados al SGSSS recaudadas por la EPS, quien a su turno era acreedora del FOSYGA</p>
--	--

por el valor de las UPC, y otra de origen contractual entre CAJANAL (acreedor) y BANCOLOMBIA (deudor) respecto de los valores correspondientes a las cotizaciones recaudadas por el Banco mediante el recibo en depósito de las correlativas sumas de dinero, consignadas por los afiliados en la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No.126-045721-32.

Al respecto, el Tribunal considera que la fungibilidad del dinero y el carácter traslativo de los negocios jurídicos de depósito en cuenta corriente bancaria y en cuenta de ahorros, celebrados entre las partes, no le permitían al Banco Convocado ignorar que conforme a la ley imperativa aplicable al Convenio de Recaudo celebrado, las cotizaciones recaudadas a través de las cuentas abiertas para el efecto le pertenecían al SGSSS, a través del FOSYGA, y no a la delegataria CAJANAL, lo cual no solo se deriva de las normas legales atrás mencionadas sino que aparece reflejado en el texto de las cláusulas primera; segunda, num. 3º; sexta, num. 3º, y vigésima, del Convenio de Recaudo celebrado entre las partes de este proceso.

Ello implica que, más allá de los aspectos técnicos propios de los depósitos en cuenta corriente bancaria y en cuenta de ahorros, BANCOLOMBIA, desde la celebración del Convenio de Recaudo, cuando menos, supo o debió saber que los valores correspondientes a los dineros depositados por los afiliados en la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No. 126-045721-32, que fueron específicamente abiertas para recaudar las cotizaciones al SGSSS, eran de propiedad de éste, y en consecuencia no le pertenecían a la delegataria CAJANAL, así ésta fuera la titular de las cuentas recaudadoras, y esas circunstancias debían ser tenidas en cuenta por el Banco, como profesional de la actividad financiera, en el evento de recibir órdenes judiciales de embargo dirigidas contra CAJANAL.

Análisis de la conducta del Convocado frente a los deberes de conservación, custodia y devolución de los dineros depositados en la cuenta corriente No. 126-036898-39 y en la cuenta de ahorros No 126-045721-32, que fueron materia de los setenta y dos (72) débitos controvertidos.

Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria “el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco” (Código de Comercio, art. 1382), y en virtud de su celebración el banco depositario contrae diversas obligaciones para con el cuentacorrentista, entre las cuáles, para los efectos de éste trámite, han de resaltarse los deberes de custodia, conservación y devolución de los dineros recibidos en esa modalidad de depósito irregular bancario.

Al respecto, la doctrina enseña que en los depósitos irregulares bancarios surgen a cargo del banco

depositario, como consecuencia de la recepción de dineros a ese título, los deberes de devolución de la suma recibida –al depositante o a su orden-, y de custodia genérica de los dineros depositados. Lo propio ocurre en los depósitos de ahorros, respecto de los cuales el legislador, en desarrollo de los referidos deberes, ha establecido, de un lado, que: “Las sumas depositadas en la sección de ahorros de un establecimiento bancario, junto con los intereses devengados por ellas, serán pagadas a los respectivos depositantes o a sus representantes legales, (...)” (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art. 127, num. 5), y de otro lado que: “Todo banco es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario” (Código de Comercio, art. 1398).

El Tribunal considera que los deberes de custodia, conservación y devolución de los dineros recibidos en depósito irregular bancario, tienen aplicación no solo cuando el banco depositario ha de efectuar pagos o reembolsos de sumas recibidas en cuenta corriente bancaria o de ahorros, dispuestos por el titular de la cuenta en la forma prevista por la ley o en otra forma convenida por las partes, sino también cuando el banco recibe una orden judicial de embargo que puede afectar las sumas depositadas en la cuenta, evento en el cual, al tramitar la orden, debe obrar con la prudencia y diligencia que como profesional de la actividad financiera le son exigibles.

Así mismo, el art. 23 de la Ley 222 de 1995, aplicable a las instituciones financieras en virtud del mandato contenido en el art. 2034 del Código de Comercio, dispone que los administradores de las sociedades comerciales “deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, y entre los deberes legales allí mismo asignados a ellos se encuentra el de “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales (...)” (num. 2 ibídem).

Estas disposiciones son concordantes con el art. 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que impone a las instituciones financieras y sus administradores el deber de “obrar no solo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política”.

En cuanto a la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, arriba trascrita, el Tribunal encuentra que en la misma se pactó que en caso de recibirse embargos que recayeran específicamente sobre dineros depositados en las cuentas destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA), BANCOLOMBIA debía proceder a ejecutar la medida cautelar.

Así mismo, en dicha cláusula, se pactó que en tales casos BANCOLOMBIA debía informar al juzgado respectivo que los valores correspondientes a los dineros

	<p>depositados en esas cuentas no le pertenecían a CAJANAL, poniendo en conocimiento de la Contraloría General de la República el embargo recibido, e informando, por escrito, a CAJANAL de manera inmediata, acompañando los soportes respectivos.</p> <p>Normatividad aplicable al embargo de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios o similares, y deberes de éstos en caso de recibir órdenes de embargo.</p> <p>Deberes de conducta del Convocado en caso de recibir oficios de embargo dirigidos contra CAJANAL.</p> <p>En primer término, el Banco debía cerciorarse de que el demandado en el proceso judicial dentro del cual se profirió la medida cautelar recibida, fuera el titular de la(s) cuenta(s) recaudadora(s) de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA), sobre la(s) cual(es) la entidad bancaria pretendía hacer efectivo el embargo, atendiendo el deber de identificar al titular de la(s) misma(s), aspecto cuya verificación se encuentra implícita en la ejecución de la orden de embargo. Esta carga de conducta cobra especial importancia a partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública mediante la cual se creó la sociedad CAJANAL S.A. EPS, como se verá más adelante.</p> <p>En el evento de establecerse que el demandado en el proceso judicial dentro del cual se profirió la medida cautelar recibida, era distinto del titular de la(s) cuenta(s) recaudadora(s), el Banco debía abstenerse de ejecutar el embargo, toda vez que de acuerdo con la ley (art. 513, inciso primero, C. de P. C.) este debe recaer sobre bienes del demandado y por lo mismo no es jurídicamente viable cumplirlo afectando cuentas bancarias cuyo titular es una persona distinta del demandado.</p> <p>En caso de duda sobre si se trataba o no de la misma persona, el Banco debía consultar de inmediato a la autoridad judicial que decretó la medida cautelar, mediante el envío del correspondiente escrito, a fin de que ésta definiera, también por escrito, si era o no procedente incluir los fondos considerados en el embargo, tal y como lo hizo en el caso del débito distinguido con el No. 38 del Grupo 1 de la demanda, respecto del cual la entidad Convocada remitió un derecho de petición al Juzgado 12 Civil del Circuito de Medellín (folio 309 del Cuaderno de Pruebas No. 22), antes de realizar el débito de la cuenta.</p> <p>En relación con este aspecto, la parte convocante hace énfasis acerca de que en algunos casos, que en la demanda conforman el Grupo 1 de débitos, el nombre y/o el Nit relacionado en el oficio de embargo no corresponden a los de CAJANAL S.A. EPS. Para el Tribunal, ello es relevante en la medida en que el Nit podía contribuir a la identificación del titular de las cuentas recaudadoras, especialmente a partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública de creación de la sociedad CAJANAL S.A. EPS, sin perjuicio de que en todo caso para efectos de la correspondiente identificación primara el nombre del</p>
--	---

	<p>demandado incluido en el oficio de embargo, no tanto así durante el período anterior a la escisión de CAJANAL EICE, donde lo verdaderamente relevante para que el Banco pudiera proceder a ejecutar el embargo, era que la entidad demandada (CAJANAL EICE) fuera titular de las cuentas recaudadoras específicamente cobijadas por la medida cautelar, con independencia de si en el oficio de embargo se citaba el Nit de dicha entidad o el de alguna de sus seccionales. Lo anterior teniendo en cuenta además que el número de identificación tributaria (Nit), técnicamente se asigna para efectos fiscales, pero no es un número de identificación de la persona jurídica.</p> <p>En segundo lugar, una vez verificada la identidad entre el demandado y el titular de la(s) cuenta(s), si en el oficio de embargo se mencionaba(n) específicamente alguna(s) cuenta(s) recaudadora(s), el Banco debía proceder a ejecutar la medida cautelar exclusivamente sobre la(s) cuenta(s) mencionada(s), afectándola(s) por el valor señalado en el oficio y hasta concurrencia del saldo disponible según los registros que presentara(n) la(s) misma(s) en la fecha y hora de recibo del oficio, dando así cumplimiento a lo estipulado sobre este particular en la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo y en la normatividad aplicable. Además, el Banco debía entregar al portador del oficio un volante en el que constara la cuantía del saldo afectado por la orden, con la indicación de que la mención era provisional, y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al de la comunicación del embargo debía consignar las sumas retenidas en la cuenta de depósitos judiciales e informar al Juzgado de conocimiento en forma definitiva sobre la cuantía total de la suma embargada, enviándole el recibo de constitución del depósito judicial en el Banco Agrario, entidad autorizada para recibir depósitos judiciales, todo ello sin perjuicio de los otros deberes de información pactados en la citada cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, a los que más adelante se hace referencia.</p> <p>Si el saldo existente en la(s) cuenta(s) embargada(s) en la fecha y hora de recepción de la orden de embargo fuere inferior a la cuantía señalada en el oficio, quedaban afectadas con dicha orden las cantidades depositadas con posterioridad hasta que fuera cubierto el límite establecido en la orden, y el Banco debía proceder a trasladar los recursos correspondientes a la cuenta de depósitos judiciales con arreglo a las normas aplicables en esta materia.</p> <p>En tercer lugar, si se establecía la identidad entre el demandado y el titular de la(s) cuenta(s) pero en el oficio de embargo no se mencionaba(n) específicamente alguna(s) cuenta(s) recaudadora(s), el Banco debía abstenerse de ejecutar la medida cautelar afectando estas cuentas, por cuanto, de un lado, no se configuraba el supuesto de la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo para proceder en tal sentido, pues el embargo no recaía específicamente sobre las cuentas recaudadoras, y, de otro lado, como se explica en otro aparte de este laudo, desde la celebración del Convenio de Recaudo, cuando menos, la entidad recaudadora, profesional de la actividad financiera, sabía o debía saber</p>
--	--

que por mandato legal imperativo (arts. 177, 178, num 1, y 182, de la Ley 100 de 1993) los valores correspondientes a los dineros depositados en esa(s) cuenta(s), originados en el recaudo de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no le pertenecían al titular de la(s) misma(s) –ya fuera CAJANAL EICE o CAJANAL S.A. EPS, según el caso– sino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 513, inciso primero, del C.P.C., en concordancia con el artículo 48 de la Constitución Política, no era viable cumplir embargos proferidos contra CAJANAL con cargo a esos recursos recaudados, de suerte que en estos casos sólo era posible cumplir el embargo debitando las cuentas abiertas para el manejo de los ingresos directos o propios de la entidad demandada.

Respecto de los oficios de embargo recibidos por el Convocado antes de la fecha en la cual se inscribió en el registro mercantil la escritura pública de creación de CAJANAL S.A. EPS, esto es, antes del 14 de noviembre de 2003, se tiene que BANCOLOMBIA, conforme a la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, en caso de que el embargo dirigido contra CAJANAL EICE recayera específicamente sobre las cuentas de recaudo de los aportes de los afiliados al SGSSS (FOSYGA), debía proceder a ejecutar la medida cautelar, informando al juzgado respectivo que los valores correspondientes a los dineros depositados en esas cuentas no le pertenecían a CAJANAL, poniendo en conocimiento de la Contraloría General de la República el embargo recibido, e informando, por escrito, a CAJANAL de manera inmediata, acompañando los soportes respectivos.

El deber de conducta de BANCOLOMBIA ante el mencionado evento implicaba entonces, entre otras cosas, que el Banco debía darle curso a la medida cautelar y por consiguiente proceder a afectar la(s) cuenta(s) recaudadora(s) embargada(s), y constituir el correspondiente depósito judicial en manos del Banco Agrario, para lo cual disponía del término legal de tres (3) días señalado para el efecto en el art. 681, num. 11, del Código de Procedimiento Civil. Ello con independencia del número de identificación tributaria (Nit) mencionado en el oficio de embargo, que como antes se anotó, técnicamente, se asigna para efectos fiscales pero no es un número de identificación de la persona jurídica, pues lo verdaderamente relevante era que la entidad demandada (CAJANAL EICE) fuera la titular de las cuentas recaudadoras específicamente cobijadas por la medida cautelar.

Siendo ello así, el Tribunal encuentra que en los casos en los cuales en el oficio de embargo proferido en proceso ejecutivo seguido contra CAJANAL EICE y recibido por el Convocado antes del 14 de noviembre de 2003, se hizo mención específica de alguna de las cuentas abiertas y destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al SGSSS (FOSYGA) [cuenta corriente No. 126-036898- 39 y cuenta de ahorros No. 126-045721-32], el débito con cargo a las mismas del valor embargado y la constitución del correspondiente depósito judicial dentro del plazo

	<p>legal, por parte de BANCOLOMBIA, no dan lugar a endilgarle a éste el incumplimiento del Convenio de Recaudo, ni de los respectivos contratos de cuenta corriente o de ahorros, y por lo mismo no comprometen su responsabilidad, pues tales acciones se enmarcan cabalmente dentro de lo acordado por las partes en la cláusula VIGÉSIMA del Convenio de Recaudo, y se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en particular el art. 681, num. 11, del Código de Procedimiento Civil, y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), Título segundo, capítulo 4, numerales 1.6 y 1.7.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, dentro de este proceso se evidenciaron algunos casos en los cuales BANCOLOMBIA debía proceder a ejecutar la medida cautelar de embargo sobre dineros depositados en las cuentas abiertas y destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al SGSSS (FOSYGA), pero la constitución del correspondiente depósito judicial no se hizo dentro del plazo legal, sino después de vencido el mismo, y frente a ello el Tribunal considera que en esos casos el Banco no cumplió de manera oportuna su deber legal, por lo cual hay lugar a adentrarse en el análisis para determinar si dicha conducta del Convocado le causó o no perjuicio a la Convocante, de lo cual se ocupa más adelante el Tribunal, en el aparte destinado al análisis del daño reclamado por la Convocante.</p> <p>Por otro lado, si BANCOLOMBIA recibía un oficio judicial en el cual se le comunicaba el embargo sobre dineros del demandado CAJANAL EICE, sin mencionar específicamente alguna de las cuentas abiertas y destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al SGSSS (FOSYGA) -sobre lo cual debe tenerse en cuenta que para la validez y eficacia de la medida cautelar de embargo de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, no es indispensable que el número de cuenta se incluya en el oficio de embargo-, o mencionando otra(s) cuenta(s), el Banco podía y debía establecer que en tales eventos no había lugar a debitar dichas cuentas recaudadoras para ejecutar la medida cautelar, por sustracción de materia, toda del Convenio de Recaudo para proceder en tal sentido, pues el embargo no recaía específicamente sobre las cuentas recaudadoras, y, de otro lado, como lo explica a espacio en Tribunal en otro aparte de este laudo, desde la celebración del Convenio de Recaudo, cuando menos, la entidad recaudadora, profesional de la actividad financiera, sabía que por mandato legal imperativo (arts. 177, 178, num 1, y 182, de la Ley 100 de 1993) los valores correspondientes a los dineros depositados en esa(s) cuenta(s), originados en el recaudo de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no le pertenecían al titular de la(s) misma(s) –CAJANAL EICE- sino al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA), de suerte que en estos casos solo era posible cumplir el embargo debitando las cuentas abiertas para el manejo de los ingresos directos o propios de CAJANAL EICE.</p>
--	--

	<p>En consecuencia, en los casos en los que BANCOLOMBIA debitó la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No. 126-045721-32, para cumplir órdenes de embargo que recaían sobre dineros de CAJANAL EICE, sin que en el oficio de embargo se mencionara específicamente alguna de las cuentas abiertas y destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al SGSSS (FOSYGA), el Banco Convocado, al efectuar el débito de la cuenta de recaudo y constituir con los dineros así debitados el depósito judicial, incumplió sin justificación su deber de custodia de los dineros depositados en esas cuentas.</p> <p>Así las cosas, y por lo que hace a los oficios de embargo recibidos por BANCOLOMBIA a partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública de creación de CAJANAL S.A. EPS, advierte el Tribunal que en la medida en que, por efecto de la escisión, la titularidad de las precitadas cuentas recaudadoras se trasladó de la entidad escidente (CAJANAL EICE) a la entidad escindida (CAJANAL S.A. EPS), a partir del momento en que la creación de ésta se hizo oponible (14 de noviembre de 2003) las órdenes de embargo recibidas por el Banco Convocado, proferidas en procesos ejecutivos adelantados en contra de la entidad escidente CAJANAL – EICE, que recaían sobre dineros de ésta (sin mencionar específicamente alguna cuenta recaudadora), no daban lugar a debitar dichas cuentas recaudadoras, pues su titular (CAJANAL S.A. EPS) era una persona jurídica distinta de la entidad demandada (CAJANAL – EICE).</p> <p>Lo anterior no se afecta por lo que el Convocado anota respecto a que solo en carta del 9 de febrero de 2004, radicada en BANCOLOMBIA el 16 del mismo mes y año, CAJANAL S.A. EPS le notificó al Banco que las cuentas recaudadoras le habían correspondido dentro del proceso de escisión (respuesta al hecho 6.39 de la demanda), y a que el nuevo Nit de la entidad escindida (830130800-4) sólo se asoció a las cuentas de recaudo en el mes de marzo de 2004, pues a juicio del Tribunal estas dos circunstancias no obstan en modo alguno a la oponibilidad de la sociedad CAJANAL S.A. EPS, a partir del 14 de noviembre de 2003, por mandato legal (art. 112 del Código de Comercio).</p> <p>Por lo demás, esta posición de BANCOLOMBIA fue desvirtuada por la prueba documental relacionada con el débito No. 38 del Grupo 1 de la demanda, que reveló cómo, con anterioridad al 9 de febrero de 2004, el Banco sabía de la escisión y conocía la existencia del Decreto 1777 de 2003, como consta en el derecho de petición que sobre esa base remitió al Juzgado 12 Civil del Circuito de Medellín (folio 309 del Cuaderno de Pruebas No. 22). No obstante, el Tribunal, al analizar lo relativo a los perjuicios reclamados por la parte actora, tendrá en cuenta su conducta en cuanto a la oportunidad en la cual le informó a BANCOLOMBIA que las cuentas recaudadoras le habían correspondido dentro del proceso de escisión.</p> <p>En suma, a partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura pública</p>
--	---

de creación de CAJANAL S.A. EPS, únicamente era procedente la ejecución de la medida cautelar de embargo proferida en proceso ejecutivo adelantado contra dicha entidad promotora de salud, cuando en el oficio respectivo se mencionara específicamente alguna de tales cuentas recaudadoras, con independencia del Nit citado en el oficio de embargo, pues como atrás se explicó, para efectos de la identificación correspondiente, prima el nombre del demandado mencionado en el oficio, situación que se presentó en los casos agrupados bajo la Tabla No. 8, sin perjuicio de lo cual habrá de tenerse en cuenta lo que atrás se señaló respecto de la constitución del respectivo depósito judicial dentro o fuera del plazo legal establecido para el efecto.

Consecuentemente, en los casos en los que BANCOLOMBIA, a partir del 14 de noviembre de 2003, fecha de inscripción en el registro mercantil de la escritura pública de creación de CAJANAL S.A. EPS, debitó la cuenta corriente No. 126- 036898-39 y la cuenta de ahorros No. 126-045721-32, para cumplir órdenes de embargo proferidas en procesos ejecutivos adelantados en contra de la entidad escidente CAJANAL – EICE, que recaían sobre dineros de ésta, o en procesos ejecutivos instaurados contra CAJANAL – EICE, que específicamente mencionaran alguna de esas cuentas, o en procesos ejecutivos instaurados contra la entidad escindida (CAJANAL S.A. EPS), que recayeran sobre dineros de ésta, el Banco convocado, al efectuar el débito de la respectiva cuenta de recaudo y constituir con los dineros así debitados el depósito judicial, incumplió sin justificación sus deberes de custodia y conservación de los dineros depositados en esas cuentas.

Análisis de la excepción de “CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y DEL CONTRATO POR PARTE DE BANCOLOMBIA”.

En cuanto al pretendido perfeccionamiento automático de la orden de embargo por el recibo del oficio y su obligatoriedad para el banco depositario, el Tribunal no lo encuentra atendible toda vez que, como atrás quedó visto, el Banco al recibir una orden de embargo contra CAJANAL –ya fuera CAJANAL EICE o CAJANAL S.A. EPS, según el caso- no podía limitarse a proceder como un autómatas en la ejecución de la medida cautelar, afectando las cuentas recaudadoras de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) sin consideración al contenido y alcance del oficio de embargo, sino que en cada caso debía obrar con la prudencia y diligencia que como profesional de la actividad financiera y conforme al Convenio de Recaudo celebrado y a la normatividad aplicable le eran exigibles, analizando cuidadosamente el oficio y empleando su conocimiento y criterio para distinguir los casos en los cuales era procedente la ejecución de la medida cautelar de aquellos en que no lo era, y actuar en consecuencia.

Complementando lo anterior, el Tribunal entiende que lo dispuesto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que el embargo de dinero depositado en establecimientos bancarios y similares se perfecciona con la notificación al banco depositario, que se surte

	<p>mediante la entrega del oficio respectivo (num. 11, en concordancia con el inciso primero del num. 4), opera siempre que exista identidad entre el demandado en el proceso ejecutivo y el titular de la cuenta embargada, más no cuando tal identidad no se presenta pues en este evento no cabe ejecutar el embargo sobre cuentas cuyo titular es un sujeto de derecho distinto del demandado. Por consiguiente, cuando el banco depositario se abstiene de ejecutar una medida cautelar por no darse los supuestos legales necesarios para su aplicación, no tiene por qué incurrir en sanciones administrativas y/o penales.</p> <p>Por lo que hace a la responsabilidad del afectado por la medida cautelar (CAJANAL), de actuar en el proceso ejecutivo solicitando el levantamiento del embargo, observa el Tribunal que efectivamente el tercero afectado por una medida cautelar indebidamente ejecutada sobre sus bienes, puede solicitarle al juez que la profirió el levantamiento de la misma, sin embargo tal posibilidad no borra ni enerva el incumplimiento contractual en que incurrió el Banco Convocado en los casos en que ejecutó indebidamente órdenes de embargo sobre las cuentas recaudadoras de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) cuando no se reunían los supuestos legales necesarios para ello, como atrás se explicó.</p> <p>Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal concluye que los argumentos del Convocado según los cuales los débitos controvertidos fueron realizados por BANCOLOMBIA acatando una orden judicial de embargo que era de obligatorio cumplimiento para el Banco de acuerdo con la ley y lo pactado en la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, solo pueden acogerse en aquellos casos en los cuales el embargo recibido estuvo bien ejecutado por existir identidad entre el demandado y el titular de la(s) cuenta(s) recaudadora(s) afectada(s) y por haber sido ésta(s) específicamente mencionada(s) en el oficio de embargo, y, en consecuencia la excepción de "CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y DEL CONTRATO POR PARTE DE BANCOLOMBIA" solo ha de prosperar parcialmente, en relación con los débitos 7, 9 a 15, 19 a 23, 25 a 28, 30 a 32, 34, 38, 39 a 43 y 45, del Grupo 1, los débitos 1 a 13 del Grupo 4, y los débitos 1 y 5 del Grupo 5, como se declarará en la parte resolutive de este laudo.</p> <p>Análisis de la conducta del Convocado frente a los deberes de traslado de los recursos recaudados a cuentas de ahorro con rendimiento y pago de rendimientos.</p> <p>Con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y en las consideraciones que anteceden, el Tribunal declarará que prospera parcialmente la excepción de "CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESPONDER POR LOS DINEROS DEPOSITADOS Y DE RECONOCER RENDIMIENTOS FINANCIEROS EN LOS TÉRMINOS PACTADOS EN EL CONTRATO", respecto de los casos en los cuales</p>
--	---

	<p>BANCOLOMBIA ejecutó correctamente las órdenes de embargo recibidas, esto es, respecto de los débitos 7, 9 a 15, 19 a 23, 25 a 28, 30 a 32, 34, 38, 39 a 43 y 45, del Grupo 1, los débitos 1 a 13 del Grupo 4, y los débitos 1 y 5 del Grupo 5, y así mismo declarará que prosperan parcialmente las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, respecto de los débitos indebidamente realizados, esto es, los débitos 1 a 6, 8, 16 a 18, 24, 29, 33, 35 a 37 y 44 del Grupo 1, el débito 1 del Grupo 2, los débitos 1 a 8 del Grupo 3, y los débitos 2 a 4 del Grupo 5.</p> <p>Análisis de las conductas del Convocado frente a sus obligaciones contractuales de información sobre los embargos practicados sobre dineros depositados en la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No. 126-045721-32.</p> <p>En la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, arriba transcrita, se pactó que en caso de recibirse embargos que recayeran específicamente sobre dineros depositados en las cuentas destinadas al recaudo de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA), BANCOLOMBIA debía proceder a ejecutar la medida cautelar y, además, debía cumplir tres deberes de información, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) “informará al juzgado correspondiente sobre dicha situación”; ii) “e igualmente pondrá en conocimiento a la Contraloría General de la República”, y iii) “En estos casos BANCOLOMBIA ENTIDAD RECAUDADORA informará, por escrito, a CAJANAL de manera inmediata, acompañando los soportes respectivos.” <p>Obligación de informar a los jueces.</p> <p>Frente a lo anterior, la parte Convocada no acreditó ninguna justificación para la situación expuesta en el dictamen pericial, habida cuenta de lo cual el Tribunal encuentra probado que BANCOLOMBIA incumplió injustificadamente su obligación contractual de informar a los juzgados correspondientes sobre la situación relativa a haberse embargado dineros correspondientes a cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).</p> <p>Obligación de informar a la Contraloría General de la República</p> <p>Frente a lo anterior, la parte Convocada no acreditó ninguna justificación para la situación expuesta en el dictamen pericial, habida cuenta de lo cual el Tribunal encuentra probado que BANCOLOMBIA incumplió injustificadamente su obligación de poner en conocimiento a la Contraloría General de la República sobre los setenta y dos (72) embargos que el Banco ejecutó sobre la cuenta corriente No. 126-036898-39 y la cuenta de ahorros No. 126-045721-32, descritos en la demanda.</p> <p>Obligación de informar a CAJANAL</p>
--	---

	<p>Al respecto, el Tribunal considera que según lo pactado, la información sobre los embargos debía darse por escrito, lo cual supone que en cada caso le correspondía a BANCOLOMBIA la carga de entregar a CAJANAL un documento escrito que contuviera los datos que le permitieran a ésta conocer los detalles del respectivo embargo, y al cual se acompañaran los soportes del mismo.</p> <p>A la luz de las pruebas arriba relacionadas, el Tribunal encuentra que si bien aparece que en algunos casos BANCOLOMBIA remitió a CAJANAL comunicaciones escritas informando sobre embargos ejecutados sobre las cuentas recaudadoras de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA), respecto de las cuales la parte convocante discutió la inmediatez de dicha información, sobre la base del número de días transcurridos entre la fecha del débito y la fecha de radicación de la comunicación en CAJANAL, amén de lo cual no es claro que a todas y cada una de dichas comunicaciones se hubieran acompañado los soportes requeridos (copia del oficio de embargo, del depósito judicial en el Banco Agrario y de los comprobantes contables del débito), en la mayoría de los casos el Banco no remitió las comunicaciones y soportes debidos, lo cual basta para considerar probado que el Convocado incumplió injustificadamente la obligación de información que tenía frente a su cocontratante en el Convenio de Recaudo.</p> <p>La anterior conclusión no se ve afectada por la circunstancia de que la Convocante hubiera recibido información y soportes oportunos acerca de los débitos, operaciones y demás movimientos de las cuentas corriente No. 126- 036898-39 y de ahorros No.126-045721-32, incluyendo las medidas cautelares practicadas por orden judicial, en particular por vía telefónica, por fax, por correo electrónico o por el servicio "EN LÍNEA BANCOLOMBIA", cosa que por lo demás no se probó respecto de los setenta y dos (72) débitos controvertidos, por cuanto, de un lado, tales medios de información son distintos del previsto en la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo y en lo que hace a las comunicaciones telefónicas y por el servicio "EN LÍNEA BANCOLOMBIA" las mismas por su naturaleza permitían transmitir la información básica pero no la entrega de los soportes pactados, y, de otro lado, en lo referente a los extractos de las cuentas recaudadoras, su entrega corresponde a otra obligación genérica que los bancos depositarios tienen de brindar al cuentahabiente información sobre los movimientos y estado de la cuenta, que no puede confundirse con la obligación contractual específica de que se viene hablando.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, al momento de analizar lo relativo a los perjuicios reclamados por la parte actora, tendrá en cuenta las implicaciones derivadas de la información que CAJANAL recibió en los casos puntuales en los que aparece demostrada su entrega por el Banco Convocado.</p>
--	---

	<p>Con fundamento en lo anteriormente expuesto al estudiar la conducta del Convocado frente cada una de las tres obligaciones de información previstas en la cláusula vigésima del Convenio de Recaudo, el Tribunal ha de rechazar la excepción de "CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN PREVISTA EN EL CONTRATO", y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.</p> <p>En el caso concreto lo que encuentra acreditado el Tribunal es que durante la ejecución del Convenio de Recaudo se presentaron débitos indebidos de las cuentas corriente y de ahorro destinadas al recaudo y manejo de las cotizaciones de salud, por razón de embargos decretados contra CAJANAL EICE y CAJANAL S.A. EPS. No aparece acreditado que CAJANAL EICE o CAJANAL S.A. EPS hubieran formulado reparos o protestas al Banco por razón de tales débitos, ni tampoco aparece que hubieran formulado observaciones al Banco por el hecho de que éste no les entregara respecto de dichos débitos la información que había sido pactada en el Convenio de Recaudo.</p> <p>A juicio del Tribunal ello no permite concluir que CAJANAL hubiera renunciado a sus derechos y acciones de acuerdo con el contrato, ni que hubiera modificado el Convenio de Recaudo celebrado con el Banco. En efecto, las conductas a las que se ha hecho referencia pueden corresponder simplemente al hecho de que el acreedor, por error o por negligencia, no formuló los reparos que pudo hacer, sin que existan otros elementos de juicio que permitan concluir que dicha conducta obedeció a una renuncia de sus derechos o a una modificación tácita del contrato.</p> <p>En esta medida ha de concluirse que el hecho de que CAJANAL no hubiera formulado reparos a la conducta del Banco durante la ejecución del mismo, no permite concluir que aquella hubiera renunciado a sus derechos o acciones, ni que el contrato hubiera sido modificado.</p> <p>De todo lo expuesto concluye el Tribunal que no puede prosperar la excepción denominada "CULPA EXCLUSIVA DE LA CONVOCANTE", pero si ha de prosperar la excepción de "REDUCCIÓN DEL MONTO INDEMNIZABLE", y así lo declarará en la parte resolutive.</p> <p>La Falta de Relación Causal.</p> <p>En materia de reparación de perjuicios el Código Civil establece en su artículo 1616 que cuando no se puede imputar dolo al deudor, éste sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.</p> <p>Agrega dicha disposición que si hay dolo, el deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.</p> <p>De esta manera, para que un contratante que ha</p>
--	---

incumplido un contrato pueda ser condenado a reparar perjuicios es necesario que los mismos sean consecuencia directa del incumplimiento, y además, si el deudor no incurrió en dolo, que dichos perjuicios sean previsibles al tiempo del contrato.

Como ya se expresó en otro aparte de este Laudo, para el Tribunal es claro que el Banco no podía debitar las cuentas corrientes y de ahorros a las que se refiere el presente proceso, salvo que existiera identidad entre el demandado y el titular de la cuenta y en la orden judicial específicamente se mencionara la(s) cuenta(s). Por ello en el presente caso el Tribunal encuentra que existe relación causal entre el daño sufrido por CAJANAL y el hecho de que el Banco haya debitado las cuentas corriente y de ahorros destinadas a recaudar recursos de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) y no se haya constituido el depósito judicial en el término legal, así como existe también dicha relación causal entre el daño y los débitos indebidamente. Por otra parte, en cuanto se refiere al incumplimiento de las otras obligaciones del Banco, debe observarse que si CAJANAL era demandada en el respectivo proceso, podía solicitar el desembargo para impedir que los recursos embargados se mantuvieran afectados por la medida. Así las cosas, la falta de información oportuna del Banco a CAJANAL con la entrega de los soportes previstos en el Convenio, en los casos en que ésta era parte en el proceso judicial, tenía relevancia respecto del tiempo que pudiera tomarse CAJANAL para actuar dentro del respectivo proceso y solicitar el desembargo. En efecto, si se hubiera informado oportunamente a CAJANAL con los documentos requeridos, la misma hubiera podido actuar más rápidamente para solicitar el levantamiento del embargo. Por otro lado debe advertirse que dicha información era aún más importante en aquellos casos en que CAJANAL EICE (antes de la escisión) o CAJANAL S.A. EPS (después de la escisión) no era parte en el respectivo proceso, pues precisamente la mencionada información era la que le habría permitido conocer el despacho que había dispuesto el embargo y el proceso en que se había decretado. Igualmente el hecho de que el Banco hubiera informado a la autoridad que decretó el embargo sobre la naturaleza de los recursos, habría posibilitado que dicha autoridad decidiera más rápidamente sobre la procedencia o no del embargo, no obstante es claro que igualmente CAJANAL EICE (antes de la escisión) o CAJANAL S.A. EPS (después de la escisión) en los casos en que era demandada, podría posteriormente solicitar el desembargo. Finalmente, la información a la Contraloría General de la República habría permitido que este órgano eventualmente cumpliera sus funciones de control fiscal, pero en manera alguna habría afectado el embargo en sí mismo, pues la ley no le otorgó atribuciones en esta materia y no lo podría hacer dada la independencia de las autoridades judiciales.

De esta manera, el incumplimiento por parte del Banco de dichas obligaciones en los casos en que CAJANAL (antes de la escisión) o CAJANAL S.A. EPS (después de la escisión) era demandada, tiene relevancia causal en

	<p>cuanto se refiere al perjuicio sufrido por CAJANAL por no haber podido actuar más rápidamente. Sin embargo, no tiene relevancia causal con el hecho de que finalmente se mantuviera el embargo y se destinaran los recursos embargados a una determinada finalidad, distinta de la que por ley les correspondía, pues ello en verdad dependía de la decisión de la autoridad competente, con base en las peticiones de quienes intervinieran en el proceso.</p> <p>Por otro lado, en los casos en que CAJANAL EICE (antes de la escisión) o CAJANAL S.A. EPS (después de la escisión) no era demandada, es clara la relación causal del incumplimiento en la obligación del Banco a CAJANAL en cuanto a los daños que esta sufriera por el mantenimiento del embargo.</p> <p>En esta medida la excepción de la demandada denominada "AUSENCIA DE RELACIÓN CAUSAL" sólo prospera parcialmente.</p> <p>En primer lugar, como ya se dijo en otro aparte de este Laudo, está acreditado con el dictamen pericial que el saldo de las obligaciones de CAJANAL S.A. EPS frente a FOSYGA fue cero al momento de terminar la liquidación de aquélla.</p> <p>Así las cosas, para el Tribunal es claro que la transferencia de la posición contractual de la escidente CAJANAL en el Convenio de Recaudo, en lo que se refiere a salud, y de su posición en los contratos de cuenta corriente y de ahorros destinados al recaudo de las cotizaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, implicó la transferencia a CAJANAL S.A. EPS del derecho de reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los mencionados contratos antes y a partir de la transferencia de la posición contractual.</p> <p>Ahora bien, definido en estos términos el problema, debe establecerse si en todo caso CAJANAL sufrió perjuicio. Para tal efecto, considera necesario el Tribunal distinguir varios supuestos referidos a los distintos incumplimientos de sus obligaciones por parte del Banco.</p>
Tema principal	Incumplimiento contractual
Tema Accesorio 1	Valor probatorio de la Contabilidad Mercantil del convocado.
Tema Accesorio 2	Naturaleza del Convenio Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes, celebrado entre una entidad estatal y un banco privado.
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Contrato Financiero
Subclasificación	Contrato de Cuenta de Ahorros y de Cuenta Corriente
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)	NO SE HACE REFERENCIA

VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ul style="list-style-type: none"> - Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. - Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. - Código Civil. Ley 57 de 1887. - Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero .Decreto 663 de 1993. - Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. - Decreto 1818 de 1998. - Decreto 1406 de 1999. - Decreto 1281 de 2002. - Decreto Reglamentario 2649 de 1993. - Decreto 1807 de 1994 - Decreto 2282 de 1989. - Decreto 1777 del 2003. - Decreto 2649 de 1993. - Decreto Ley 1281 de 2002. - Decreto Reglamentario 2280 de 2004. - Decreto 2304 de 1989. - Decreto 4327 de 2005. - Ley 510 de 1999. - Ley 100 de 1993. - Ley 446 de 1998. - ley 80 de 1993. - ley 153 de 1887. - Ley 1314 del 13 de julio de 2009. - ley 489 de 1998. - Ley 1122 de 2007. - Ley 795 de 2003. - Ley 790 de 2002. - Ley 222 de 1995. - Ley 223 de 1995. - Ley 962 de 2005 . - Ley 490 de 1998. - Constitución política de 1991. - Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.
Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)	<p>Sentencia T-262/97 de la Corte Constitucional concluyó que: Todos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respecto y para que quienes se encuentra vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales”.</p> <p>Sentencia del 15 de mayo de 1992 de la Corte Suprema de Justicia concluyó: “En lo que concierne con el titular o titulares para reclamar la reparación del daño causado en las cosas, a que se refiere el artículo 2342 del C.C. antes transcrito, lo dispuesto en su primera parte, todo indica que no ofrece dificultades en su</p>

entendimiento, pero lo propio no acontece en el segundo fragmento del mismo al establecer, respecto de la indemnización, que "Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño."

"Según lo antes transcrito cuando un arrendatario, depositario, comodatario, fletador, etc., todos los cuales tienen o contraen la obligación de restituir la cosa en las condiciones en que les fue entregada, y sucede que durante la época de su tenencia la cosa resultó deteriorada por un hecho ajeno, bien puede reclamar la consiguiente indemnización por el daño ocasionado el propietario de la misma o, en ausencia de éste, el que está obligado a restituirla, o sea, uno de los dos, pero no ambos, pues la ley, tal como quedó concebida la parte final del artículo 2342 del C. Civil, pretende evitar que se presenten dos reclamaciones indemnizatorias por el mismo daño, o más exactamente, que el autor del perjuicio resulte pagando dos veces el mismo hecho dañino. Por consiguiente si el propietario de la cosa, que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño (...)."

Sentencia del 27 de septiembre de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó: "En materia de arbitramento, que, como ya se vio, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado constitucionalmente y reglamentado por la ley, lo que ésta defiere a las partes es la posibilidad de cambiar de jurisdicción, es decir, que se les permite escoger un juez distinto del natural para someter a su conocimiento y decisión las controversias o litigios suscitados entre ellas; pero esa facultad debe ejercerse dentro de los límites legales existentes, entre los cuales se halla el de la oportunidad para presentar la demanda, lo que significa que es indispensable que no se haya extinguido el derecho de reclamar judicialmente. "En el caso de los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias surgidas de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de contratos estatales, se observa que en principio estos litigios, son controlables a través de la acción contractual contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuyo término de caducidad es de dos años, según lo estipula el mismo Código en su artículo 136; o sea que la parte de un contrato estatal que pretenda demandar en virtud del mismo para elevar alguna de las pretensiones a las que hace referencia el mencionado artículo 87 -que se declare la existencia, incumplimiento o nulidad del contrato, que se ordene su revisión, y se condene a la indemnización de los perjuicios ocasionados, o que se hagan otras declaraciones y condenas-, deberá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del término legalmente estipulado para ello.

"De la misma manera, en el evento en que las partes hayan acordado someter su controversia a la decisión de un tribunal de arbitramento, ellas podrán hacerlo; pero la

	<p>demanda de convocatoria del respectivo tribunal, deberá presentarse necesariamente dentro del término que legalmente les ha sido otorgado a las partes del contrato estatal, para demandar con fundamento en él, puesto que el mecanismo alternativo de solución de conflictos no puede ser utilizado para obviar la aplicación de una norma procesal, de derecho público, imperativa, como es aquella que establece el término de caducidad de las acciones....”</p> <p>Sentencia del 8 de junio de 1995 del Consejo de Estado señaló: "En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluye el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración (...)."</p> <p>"Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse -dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo."</p> <p>"En consecuencia, en los casos en que no haya habido liquidación del contrato, solo podrá iniciar a contarse el periodo de dos años para la presentación de la acción de controversias contractuales cuando haya pasado el término de seis meses dispuesto por la jurisprudencia para tal efecto."</p> <p>Sentencia del 23 de abril de 2008, del Consejo de Estado señaló: Igualmente, es importante señalar que la Sala de tiempo atrás ha subrayado que en los contratos de ejecución sucesiva y de prestaciones periódicas como lo es el contrato de obra sub examen - en el que en su desarrollo hubo anticipos, pagos parciales, crédito y obligaciones mutuas -, el motivo de hecho o de derecho que da lugar a la iniciación del término previsto en la norma procesal correspondiente para demandar con ocasión de cualquiera de las incidencias que se presentaran en la relación negocial, como por ejemplo, el incumplimiento, apenas empezaba a computarse desde la liquidación del contrato."</p> <p>Sentencia C-662 de 2000, de la Corte Constitucional: respecto de la ley 527 de 1999 señaló: el principio de los equivalentes funcionales en virtud del cual, los mensajes de datos deben recibir el mismo tratamiento de los</p>
--	---

documentos consignados en papel, es decir que, debe dárseles la misma eficacia jurídica, por cuanto comportan los mismos criterios de un documento, señalando que el principio de los “equivalente funcionales” se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas, el cual tiene en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. Por consiguiente, tratándose de comercio electrónico y soportes de las transacciones podrán utilizar los mensajes de datos con las características anotadas, como soporte de los registros.”

Sentencia del 11 de noviembre de 2004, de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló: “1. El régimen jurídico contractual de Cajanal EPS y la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso interpuesto.

“Si bien la parte contratista, esto es, Previmedica S.A., es una persona de derecho privado (fl. 35 cdno. 1), por razón de la naturaleza y régimen jurídicos de Cajanal EPS, entidad que en los contratos 20 y 28 de 1996 y 154 de 1997 es parte contratante, lo mismo que por la fecha de celebración y el objeto de uno y otro negocios jurídicos, es perfectamente claro que se trata, en los dos casos, de contratos estatales, sujetos a la normatividad de la Ley 80 de 1993, como quiera que a términos de lo dispuesto en el literal a) del numeral 1o del artículo 2o de ese estatuto, la mencionada entidad posee la calidad de entidad estatal, elemento orgánico este que, según lo preceptuado en el artículo 1o ibídem, hace que sus contratos tengan la naturaleza de contratos estatales, dado que los tres negocios contractuales en referencia fueron celebrados bajo la vigencia de esa normatividad de contratación, sin que exista disposición legal alguna, ni general ni especial, que sustraiga a las EPS o a Cajanal EPS en particular de ese preciso régimen jurídico.

“4. En cuanto al régimen legal aplicable a las EPS de naturaleza pública o mixta con capital superior al 50%, ni la Ley 100 de 1993 como tampoco ninguna otra norma posterior, las exceptúa del régimen general de contratación establecido en la Ley 80 de 1993 para todas las entidades estatales, de las cuales, por supuesto, son parte aquellas, en cuanto que independientemente de su denominación y objeto social, lo mismo que del orden y nivel de la administración al que pertenezcan, se trata de personas jurídicas que, a términos de lo expresamente consagrado en el numeral 1o, literal a) del artículo 2o del estatuto general de contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993, son entidades estatales y, por ende, sus contratos están sujetos a las normas de dicho estatuto legal, según lo dispone el artículo 1o de este mismo.”.

Sentencia C-349 de 2004, de la Corte Constitucional señaló: “Las cotizaciones al sistema de seguridad social

en salud se erigen como contribuciones parafiscales. Así lo ha señalado la Corte en reiterada jurisprudencia (...), pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. De esta manera, responden con exactitud al concepto de parafiscalidad, según el cual son recursos parafiscales aquellos gravámenes que se imponen a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado, sin generar una obligación correlativa directa y equivalente a favor del contribuyente y a cargo del Estado, y que, por tener esta destinación específica, no entran al engrosar el presupuesto nacional. Ahora bien, la destinación específica de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social se deriva no sólo de su condición de contribuciones parafiscales, sino de la indicación expresa que hace la Constitución en su artículo 48 cuando dice: 'No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella'."

Sentencia T-025 de 1995, de la Corte Constitucional precisó que: corresponde exclusivamente al juez del proceso decidir sobre la embargabilidad o inembargabilidad de los fondos depositados en cuentas bancarias- expresó que corresponde al juez del proceso ejecutivo "determinar la suficiencia o idoneidad del título ejecutivo, librar el correspondiente mandamiento de pago, ordenar y hacer efectivas las medidas ejecutivas requeridas, previa definición de la procedencia del embargo, según la naturaleza jurídica de los bienes, resolver las peticiones de desembargo que formulen las partes y realizar los demás actos procesales propios de un proceso de esta naturaleza". Con fundamento en este fallo, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica hizo especial énfasis en el papel de "mero ejecutor de la orden" que corresponde a la institución financiera."

Sentencia C-103 de 1994 de la Corte Constitucional decidió: "que entre otras normas, atacaba el inciso tercero del artículo 513 del C. de P. C., el cual establecía que bastaba una certificación proveniente de las autoridades encargadas del manejo del presupuesto nacional acerca de la inembargabilidad de los dineros sobre los cuales recae una medida cautelar, para proceder a su desembargo. En esta sentencia, consideró la Corte que la norma acusada "priva al juez de la facultad de examinar la certificación en sí misma, a la luz de los demás elementos de juicio de que disponga, para decidir de conformidad con su propia autonomía. Es evidente que la certificación es una prueba, cuya evaluación compete al juez, para que éste no aparezca únicamente como el encargado de cumplir una especie de orden impartida por un funcionario de la rama ejecutiva." Es evidente entonces, que las certificaciones acerca de la inembargabilidad de los fondos, no conducen de manera automática al levantamiento de la medida cautelar. Corresponde al juez del proceso adoptar una decisión al respecto, valorando como elemento probatorio la

certificación y teniendo en cuenta “los demás elementos de juicio de que disponga, para decidir de conformidad con su propia autonomía”. En consecuencia, siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional, resulta evidente que una certificación bancaria acerca de la inembargabilidad de los bienes no conduce de manera automática al levantamiento de la medida cautelar.”

Sentencia 076 de 3 de agosto de 2004, de la Corte Suprema de Justicia declaró que : “A este respecto no está de más reiterar, como lo tiene dicho la Corporación, que las normas legales, en particular las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “imponen a las instituciones del sector el deber de ‘emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes’ (num.4, art.98), lo mismo que a sus administradores el de ‘obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de buena fe y de servicio a los intereses sociales’(art. 72), dictados que otrora, ..., todo lo cual revela la importancia que en los órdenes social y económico se reconoce-de antaño-a la actividad de intermediación financiera, que por involucrar recurso ajenos, más concretamente los del ahorro privado, demandan de quienes a ella se dedican, una carga especial de diligencia en la atención de los asunto que le son inherentes, pues en materia tan delicada no hay espacio para tolerar desbordamientos, abusos o descuidos, que amén de poner en peligro la estabilidad económica de la institución misma y de la nación toda, tienen la potencialidad de resquebrajar la confianza pública en un servicio en el que, se itera, existe un interés general.

“Desde esta perspectiva, la diligencia exigible a las instituciones financiera no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público. Con otras palabras, a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva.”

Sentencia T-025/95 del 1o. de febrero de 1995, de la Corte Constitucional declara que: “Decretada debidamente una medida de embargo, los establecimientos de crédito no son competentes para establecer si la respectiva decisión judicial recae sobre rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación para, con base en ello, abstenerse de darle cumplimiento en atención a su carácter de inembargables, pues no siendo esas instituciones parte en el proceso, no tienen posibilidad, y aún menos obligación, de oponerse a tales órdenes de embargo. Su actuación no puede ir más allá que la de mero ejecutor de la orden judicial en lo concerniente con la existencia de los recursos, su cuantía y la identificación del titular, aspecto cuya verificación se encuentra implícita en la ejecución de la orden de embargo.

	<p>“Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por el artículo 3o. del Decreto 1807 de 1994, según el cual, "...el establecimiento de crédito que reciba una orden de embargo en contravención a lo dispuesto por el presente decreto, deberá informar inmediatamente a la Contraloría General de la República para que inicie un juicio fiscal contra el funcionario judicial que ordenó el embargo".</p> <p>“Igualmente, sin dejar de cumplir en forma diligente las referidas órdenes judiciales de embargo, en la comunicación mediante la cual se ponga en conocimiento del Juez la ejecución de dicha orden, deberá informarse que la medida afecta Rentas y Recursos pertenecientes al Presupuesto General de la Nación, para su evaluación y fines pertinentes, lo cual no exonera para que se efectúen de inmediato los traslados de los recursos embargados, en los términos dispuestos por la Autoridad Judicial.</p> <p>“Para su cumplimiento, los establecimientos de crédito deberán adoptar e impartir las medidas e instrucciones internas pertinentes, a la mayor brevedad posible. No sobra recordar que la inobservancia de esta preceptiva dará lugar a aplicar, por parte de la Superintendencia Bancaria, las sanciones institucionales o personales previstas en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la aplicación que las autoridades judiciales (sic) puedan hacer de otras normas legales para quien desobedezca o retarde la ejecución de sus órdenes.”</p> <p>Sentencia C-103 de 1994, de la Corte Constitucional concluyó que: “los demás elementos de juicio de que disponga, para decidir de conformidad con su propia autonomía”</p> <p>Sentencia C-103 de 1994, de la Corte Constitucional concluyó que: la constancia del origen de los fondos no conduce de manera inexorable al desembargo de los mismos y que la Convocante, a través de sus órganos, tiene el deber de proteger sus intereses procesales.</p> <p>Sentencia del 21 de febrero de 2002, de la Corte Suprema de Justicia concluyó que: “cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro”.</p> <p>Sentencia del 12 de febrero de 2007 de la Corte Suprema de Justicia concluyó que: “No ha de perderse de vista que, como lo ha sostenido la Corporación, para ‘determinar la relación de causalidad, cuando media pluralidad de hechos o de culpas’, conforme al ‘criterio de la causalidad adecuada tan sólo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal’; es decir, no es suficiente ‘establecer la participación de distintos hechos o cosas en la producción del daño’ sino que ‘es preciso determinar la idoneidad de la culpa o del riesgo ... para producir normalmente el</p>
--	--

	<p>hecho dañoso', de tal forma que al ser 'analizadas en abstracto las circunstancias en que se produjo un daño, se determina en concreto cuál o cuáles de ellas, según el normal devenir de las cosas, fueron causa eficiente del daño, descartando aquellas que sólo favorecieron la producción del resultado o que eliminaron un obstáculo para el mismo."</p> <p><i>"(...) es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...)"</i></p> <p>Sentencia 1 de diciembre de 1993, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concluyó que: o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de 'desistencia' que constituye su sustancia..."</p> <p>Sentencia del 19 de agosto de 2009, del Consejo de Estado.</p>
<p>Jurisprudencia Arbitral indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Laudo Arbitral de fecha 25 de enero de 2008, de CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. (BBVA) dice: <i>"De acuerdo con lo que se ha venido señalando, los recursos recaudados por las EPS mediante las cotizaciones de sus afiliados son rentas parafiscales que deben ser transferidos (sic) al SGSSS y éste, a su vez, está obligado a reconocer y pagar la UPC a las EPS. Para cumplir y extinguir esas obligaciones, se debe surtir el proceso de compensación, el cual debe ser entendido como el procedimiento mediante el cual se satisfacen simultáneamente dos obligaciones válidas y actualmente exigibles entre dos partes que son unos mismos deudor y acreedor, que extingue en su totalidad la obligación de menor cuantía y surge la necesidad de pagar el monto diferencial para satisfacer en su totalidad de la obligación de mayor valor. A partir de la compensación, las EPS obtienen los recursos que deben destinar a financiar las actividades previstas en la ley.</i></p> <p><i>"La procedencia de un proceso de compensación, como un modo de extinción de las obligaciones, supone la existencia de dos obligaciones independientes, líquidas y exigibles, en las cuales las dos mismas partes son acreedoras y deudoras recíprocas.</i></p> <p><i>"De un lado, existe una obligación que versa sobre recursos de carácter parafiscal en cabeza de las EPS, las cuales deben recaudar y trasladar en su totalidad las cotizaciones pertenecientes al SGSSS.</i></p> <p><i>"De otro lado, hay una obligación en cabeza del SGSSS de reconocer y pagar a las EPS por cada afiliado la suma establecida por concepto de UPC, la cual tiene como propósito remunerar los servicios que éstos prestan en desarrollo y cumplimiento de la Ley 100 de 1993. Esta obligación estatal no reviste naturaleza parafiscal, pues opera simplemente como una aplicación de recursos parafiscales al pago que debe hacer el SGSSS a las</i></p>

	<p>EPS.</p> <p><i>“Dada la existencia de estas dos obligaciones líquidas y exigibles, en las que el SGSSS y las EPS son mutuos acreedores y deudores, opera el mecanismo extintivo de obligaciones de la compensación, tal y como está previsto en el Código Civil. “En virtud de esta institución jurídica y a partir del momento en que opera esta compensación, se extinguen las obligaciones de ambas partes, en el monto al cual asciendan las deudas recíprocas. Si la EPS es superavitaria puede proceder a apropiarse de los montos que le fueron reconocidos y girar las sumas restantes al consorcio administrador de los recursos del Fosyga (en adelante el “Consortio”). Por el contrario, si la EPS es deficitaria se apropia de los recursos que se encuentran en la cuenta recaudadora, y queda facultada para exigir el giro de las sumas faltantes por parte del Consortio.</i></p> <p><i>“En consecuencia, los recursos obtenidos por las EPS como resultado de la compensación, que no es otra cosa que el pago de la obligación por UPC a cargo de su deudor (el SGSSS), conservan su naturaleza de ingresos propios de la EPS. Por lo anterior, por virtud de la compensación no podría afirmarse que los recursos por UPC que le reconoce el SGSSS a las EPS puedan continuar considerándose como parafiscales, aun cuando la fuente de pago sea precisamente los recursos obtenidos por las cotizaciones en salud.”</i></p>	
VII. DURACIÓN DEL PROCESO		
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	757	
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	443	
Suspensiones solicitadas por las partes (en días)	282	
Suspensiones por causa legales (en días)	0	
VIII. DECISUM		
Respuesta al problema planteado:	DECISIÓN	
PRETENSIONES		
Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal -NO----- Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal SI Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvencción NO APLICA Prosperan parcialmente las pretensioens de la demanda	Pretensiones: “PRIMERA. Que se declare que el Banco de Colombia S.A. incumplió la obligación pactada en la cláusula tercera del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes” en la que se obligó a responder ante Cajanal por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes.	Decisión: “PRIMERO. Negar por las razones expuestas en la parte motiva las siguientes excepciones propuestas por la parte demandada: “Caducidad de la acción contractual”, “Ausencia de legitimación en la causa”, “Cumplimiento de la obligación de información prevista en el contrato” y “Culpa exclusiva de la convocante”.

<p>de reconvencción. NO APLICA</p>	<p>SEGUNDA. Que se declare que el Banco de Colombia S.A. incumplió las obligaciones pactadas en la cláusula vigésima del "Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes" en la que en los casos de embargo de los recursos objeto del convenio se obligó a: i-) informar a los juzgados que por tratarse de recursos públicos de FOSYGA de salud y del tesoro público de pensiones, no pertenecen a CAJANAL; ii-) poner en conocimiento estos asuntos a la Contraloría General de la República; iii-) informar por escrito de manera inmediata a Cajanal, enviando los soportes respectivos.</p> <p>TERCERA. Que se declare que el Banco de Colombia S.A. incumplió las obligaciones de: i-) conservación y custodia del dinero depositado; ii-) devolución o reembolso de las sumas recibidas; iii-) pago de los intereses pactados; obligaciones esenciales e inherentes a los contratos de depósito en las cuentas No 126-0368983-9 y No 126-0457213-2, a través de las que se desarrolló del objeto del "Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes.</p> <p>CUARTA. Que se declare que el Banco de Colombia S.A. incumplió la obligación pactada en el numeral 3º de la cláusula sexta del "Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo de Aportes", en la que se obligó a que una vez vencidos los ocho (8) días hábiles después de cada recaudo trasladaría los recursos en forma directa y automática a las</p>	<p>SEGUNDO. Declarar que prosperan parcialmente, en los términos expuestos en la parte motiva, las siguientes excepciones propuestas por la parte demandada: "Cumplimiento de la ley y del contrato por parte de BANCOLOMBIA", "Cumplimiento de la obligación de responder por los dineros depositados y de reconocer rendimientos financieros en los términos pactados en el contrato", "Inexistencia de daño" y "Ausencia de relación de causalidad". Igualmente declarar que prospera la excepción denominada "Reducción del monto indemnizable" propuesta por la parte demandada.</p> <p>TERCERO. Declarar, en los términos expuestos en la parte motiva, que BANCOLOMBIA S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula tercera del "Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes" en la que se obligó a responder ante CAJANAL por la totalidad de los valores que recibiera en pago de los aportes.</p> <p>CUARTO. Declarar, en los términos expuestos en la parte motiva, que BANCOLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones pactadas en la cláusula vigésima del "Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes" de acuerdo con la cual en los casos de embargo de los recursos objeto del convenio el Banco se obligó a: i-) informar a los juzgados que por tratarse de recursos</p>
------------------------------------	---	---

	<p>cuentas de ahorro rentables que generen rendimientos a tasas del mercado.</p> <p>QUINTA. Que se declare que el Banco de Colombia S.A. incumplió la obligación pactada en el numeral 3º de la cláusula sexta del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo de Aportes”, en la que se obligó a pagar intereses a las a tasas del mercado respecto de los recursos recaudados trasladados a las cuentas de ahorro rentables.</p> <p>SEXTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga que el Banco de Colombia S.A. está obligado a pagar a Cajanal S.A. EPS en Liquidación:</p> <p>(i) El valor de las sumas de dinero depositadas en las cuentas No 1260368983-9 y No 126-0457213-2, que a la fecha no ha devuelto o reembolsado, y que a saber son:</p> <p>a) \$18,765,853,726.47 valor que corresponde a la sumatoria del saldo de los capitales de los cuarenta y cinco (45) débitos relacionados en los numerales 6.37 y 6.42 de esta demanda.</p> <p>b) \$5,200,000,000, valor que corresponde al capital del débito relacionado en los numerales 6.45 y 6.46 de esta demanda.</p> <p>c) \$196,944,104, valor que corresponde a la sumatoria de los saldos de los capitales de los ocho (8) débitos relacionados en los numerales 6.52 y 6.56 de esta demanda.</p> <p>d) \$9,470,359,108.50 valor que corresponde a la sumatoria del saldo de los capitales de los trece (13)</p>	<p>públicos de FOSYGA de salud y del tesoro público de pensiones, los mismos no pertenecen a CAJANAL; ii-) poner en conocimiento estos asuntos a la Contraloría General de la República; iii-) informar por escrito de manera inmediata a Cajanal, enviando los soportes respectivos.</p> <p>QUINTO. Declarar, en los términos expuestos en la parte motiva, que BANCOLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones de: i-) conservación y custodia del dinero depositado; ii-) devolución o reembolso de las sumas recibidas; iii-) pago de los intereses pactados; obligaciones esenciales e inherentes a los contratos de depósito en las cuentas No 126-0368983-9 y No 126-0457213-2, a través de las que se desarrolló el objeto del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo Depósito de Aportes”.</p> <p>SEXTO. Declarar, en los términos expuestos en la parte motiva, que BANCOLOMBIA S.A., incumplió la obligación pactada en el numeral 3º de la cláusula sexta del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo de Aportes”, en la que se obligó a que una vez vencidos ocho (8) días hábiles después de cada recaudo, trasladaría los recursos en forma directa y automática a otras cuentas de ahorro rentables que generaran rendimientos a tasas del mercado, de acuerdo con lo establecido en los anexos 7 a 9, que hacían parte integral del convenio.</p> <p>SÉPTIMO. Declarar, en los</p>
--	---	--

	<p>débitos relacionados en los numerales 6.59 y 6.63 de esta demanda.</p> <p>e) \$393,404,286, valor que corresponde a la sumatoria de los saldos de los capitales de los cinco (5) débitos relacionados en los numerales 6.66 y 6.68 de esta demanda.</p> <p>(ii) La suma que corresponda al valor que se dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, sobre las sumas indicadas en el numeral i), tomadas nominalmente y liquidados entre el día en que se dispuso de dichas sumas y la fecha en que se produzca la notificación de la demanda al banco convocado;</p> <p>(iii) El valor que corresponda a los intereses comerciales moratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, calculados sobre las sumas a que se hizo referencia en el numeral i), tomadas nominalmente y liquidados entre el día en el que se produzca la notificación de la demanda al banco convocado y la fecha en que se efectúe la devolución efectiva de dichas sumas de dinero;</p> <p>(iv) La suma que corresponda al valor que se dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, sobre los \$3,043,337,646.68 valor que corresponde a la sumatoria de los capitales que Cajanal logró recuperar relacionados en el numeral 6.41 de esta demanda,</p>	<p>términos expuestos en la parte motiva, que BANCOLOMBIA S.A., incumplió la obligación pactada en el numeral 3º de la cláusula sexta del “Convenio Nro. 02 Prestación de Servicios de Recaudo de Aportes”, en la que se obligó a pagar intereses a tasas del mercado respecto de los recursos recaudados trasladados a las cuentas de ahorro rentables.</p> <p>OCTAVO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, condenar a BANCOLOMBIA S.A. a pagar a CAJANAL S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN:</p> <p>(i) La suma de DOSCIENTOS CUATRO MILLONES DE PESOS (\$204.000.000) por concepto de los montos de dinero depositados en la cuenta No 126 0368983-9, que BANCOLOMBIA S.A. no ha devuelto o reembolsado y a los que se refiere el capítulo 9.3 de este Laudo.</p> <p>(ii) La suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$96.031.595) que corresponde al valor que BANCOLOMBIA S.A. dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios sobre las sumas a que se refiere el numeral (i) anterior.</p> <p>(iii) La suma que corresponda a los intereses comerciales moratorios liquidados a la tasa prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, calculados a partir del día en que se produjo la notificación de la demanda a</p>
--	--	--

	<p>liquidados desde las fechas en las que se dispuso de dichas sumas y las fechas en que Cajanal logró recuperarlas.</p> <p>(v) La suma que corresponda al valor que se dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, sobre los \$11,517,609,092 valor que corresponde a la sumatoria de los capitales que Cajanal logró recuperar relacionados en el numeral 6.55 de esta demanda, liquidados desde las fechas en las que se dispuso de dichas sumas y las fechas en que Cajanal logró recuperarlas.</p> <p>(vi) La suma que corresponda al valor que se dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, sobre los \$229,500,465.50 valor que corresponde a la sumatoria de los capitales que Cajanal logró recuperar relacionados en el numeral 6.62 de esta demanda, liquidados desde las fechas en las que se dispuso de dichas sumas y las fechas en que Cajanal logró recuperarlas.</p> <p>(vii) La suma que corresponda al valor que se dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios liquidados a las a tasas del mercado, sin que exceda la tasa máxima legal permitida, sobre los \$168,000,000 valor que corresponde a la sumatoria de los capitales que Cajanal logró recuperar relacionados en el numeral 6.67 de esta demanda, liquidados desde las fechas en las que se dispuso de</p>	<p>BANCOLOMBIA S.A. y hasta que se realice el pago, intereses que a la fecha de este Laudo equivalen a CIENTO SEIS MILLONES CINCO MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$106.005.522).</p> <p>(iv) La suma de TRESCIENTOS CATORCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$314.998.956) que corresponde al valor que BANCOLOMBIA S.A. dejó de pagar por concepto de intereses remuneratorios por razón de los débitos realizados indebidamente a que se refiere el capítulo 9.1 de este Laudo</p> <p>NOVENO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley, así como copia simple para el archivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.</p> <p>DÉCIMO. En los términos de lo previsto en el artículo 17 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por Secretaría procédase a la entrega del expediente a dicho Centro para efectos de su archivo.</p> <p>UNDÉCIMO. Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaria. El Presidente efectuará los pagos correspondientes.”</p>
--	--	--

	dichas sumas y las fechas en que Cajanal logró recuperarlas. (viii) Las costas que se determinen en el proceso.”	
EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvencción (si es del caso deben incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)	Excepciones: 1. Caducidad de la acción contractual. 2. Ausencia de legitimación en la causa 3. Cumplimiento de la ley y del contrato por parte de Bancolombia. 4. Cumplimiento de la obligación de responder por los dineros depositados y de reconocer rendimientos financieros en los términos pactados en el contrato. 5. Cumplimiento de la obligación de información prevista en el contrato. 6. Inexistencia de daño. 7. Ausencia de relación de causalidad. 8. Culpa exclusiva de la convocante. 9. Reducción del monto indemnizable 10. Reconocimiento oficioso de excepciones.	Decisión sobre las excepciones: PRIMERO. Negar por las razones expuestas en la parte motiva las siguientes excepciones propuestas por la parte demandada: “Caducidad de la acción contractual”, “Ausencia de legitimación en la causa”, “Cumplimiento de la obligación de información prevista en el contrato” y “Culpa exclusiva de la convocante”. SEGUNDO. Declarar que prosperan parcialmente, en los términos expuestos en la parte motiva, las siguientes excepciones propuestas por la parte demandada: “Cumplimiento de la ley y del contrato por parte de BANCOLOMBIA”, “Cumplimiento de la obligación de responder por los dineros depositados y de reconocer rendimientos financieros en los términos pactados en el contrato”, “Inexistencia de daño” y “Ausencia de relación de causalidad”. Igualmente declarar que prospera la excepción denominada “Reducción del monto indemnizable” propuesta por la parte demandada.
Valor de la decisión	\$721.036.073	
Valor de las costas y agencias en derecho	0	
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 del CGP)	NO APLICA	
IX. EVENTUALES		
Recurso de Anulación*	NO	
Recurso de Revisión*	NO	

Acción de Tutela*	NO
Conciliación total*	NO
Conciliación parcial*	NO

(* En los casos eventuales se debe llenar, mutatis mutandi, la misma información arriba requerida)

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	AEROCALI S.A. contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL
Convocante	AEROCALI S.A.
Nacionalidad del convocante	COLOMBIANA
Naturaleza del Convocante	SOCIEDAD ANÓNIMA
Sector de Actividad Económica	5223
Convocado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL
Nacionalidad del convocado	COLOMBIANA
Naturaleza del Convocado	U.A.E.
Subsector del sector público (Hacienda, Salud, pensiones, Financiero, etc)	TRANSPORTE
Ciudad y fecha del laudo	BOGOTÁ, DIECINUEVE (19) DE MARZO DE DOS MIL DIEZ (2010)
Centro de arbitraje	CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ – SEDE SALITRE
Árbitros	RAFAEL H. GAMBOA SERRANO
	ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ
	ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretario (a)	CLARA LUCIA URIBE BERNATE
Se presentó demanda de reconvención	NO
Cuantía de la demanda principal	NO APLICA
Cuantía de la demanda de reconvención	NO APLICA
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO Nota: Señalar los hechos relevantes indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar.	<p>El 1 de junio de 2000, se celebró entre AEROCALI y la AEROCIVIL el Contrato de Concesión número 058-CON 2000 para la administración, operación y explotación económica del aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali. La cláusula 7.1 del Contrato establecía que los Ingresos Regulados cedidos por la UAEAC al Concesionario eran, entre otros, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Tasa aeroportuaria nacional ii) Tasa aeroportuaria internacional. <p>La AEROCIVIL Mediante la Resolución No 00655 del 25 de febrero de 2003, estableció que en los aeropuertos internacionales explotados por el sistema de concesión o por los municipios, se podrá cobrar Tasa Aeroportuaria Internacional siempre y cuando los controles de emigración y demás servicios inherentes a un vuelo internacional sean efectuados en dicho aeropuerto.</p> <p>Más adelante, El 1 de abril de 2003 AEROCALI envió al Supervisor del Contrato de Concesión de la AEROCIVIL una carta, manifestándole que con la Resolución 00655 los</p>

	<p>Concesionarios sufren un desmedro y solicitándole que el alcance de dicha Resolución sea sólo para los nuevos contratos de concesión de aeropuertos internacionales.</p> <p>Luego, mediante comunicación del 7 de abril de 2003, enviada por la AEROCIVIL a AEROCALI, la AEROCIVIL señaló que la Resolución 00655 no es aplicable a AEROCALI.</p> <p>El día 29 de septiembre de 2004, la AEROCIVIL expidió la Resolución 03783 mediante la cual, se precisó que la Resolución 00655 debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los contratos de concesión celebrados con anterioridad a la vigencia de la presente resolución, los cuales en esta materia se ejecutarán conforme a lo pactado.</p> <p>El 13 de diciembre de 2005, la UAEAC fijó mediante la Resolución 05496 las tarifas de los derechos y tasas cedidas al concesionario del Aeropuerto El Dorado el artículo 8 de esa Resolución estableció las exenciones para el pago de la Tasa Aeroportuaria Internacional, es decir, aquellos casos en que el concesionario del Aeropuerto El Dorado no podría cobrar al pasajero internacional el valor de la tasa aeroportuaria. Dentro de tales exenciones, en el literal h del artículo 8 se estableció:</p> <p>h. Los pasajeros en conexión en vuelos internacionales, siempre que se cumplan todos y cada uno de los siguientes tres requisitos: i) el pasajero tenga origen en alguno de los aeropuertos situados dentro del territorio nacional, distinto del Aeropuerto El Dorado, que hayan sido clasificados como internacionales por la Aeronáutica Civil, ii) el pasajero tenga origen en un aeropuerto internacional que haya sido entregado en concesión de manera previa a la fecha de la presente resolución- si se trata de aeropuertos de propiedad de AEROCIVIL - o en un aeropuerto internacional que no sea de propiedad de la Aeronáutica Civil y iii) en cumplimiento de las normas que sean aplicables al aeropuerto de origen del pasajero, este haya pagado efectivamente la tasa aeroportuaria internacional en el aeropuerto internacional de origen.</p> <p>En el párrafo de dicho artículo, se definió el concepto de pasajero en tránsito en vuelo internacional, como “aquellas personas que llegan al aeropuerto El Dorado para realizar escala o trasbordo, programado o no, como parte del itinerario de un mismo vuelo internacional, con destino a un aeropuerto nacional o extranjero diferente del aeropuerto de origen”. Más adelante, el artículo 10 establece que la tasa aeroportuaria nacional o internacional según el caso, deberá pagarse en el aeropuerto El Dorado, salvo los casos de excepción señalados en el artículo 8. Para esos efectos, el inciso segundo del mencionado artículo 10, señala: “se entiende que un pasajero realiza una conexión nacional o internacional en el aeropuerto El Dorado de Bogotá, cuando llega a este aeropuerto en un vuelo nacional o internacional cuyo punto de destino es el aeropuerto El Dorado, de conformidad con la ruta nacional o internacional aprobada por la Aeronáutica Civil, y toma un nuevo vuelo nacional o internacional cuyo punto de origen es el aeropuerto internacional El Dorado de Bogotá, de acuerdo con la ruta nacional o internacional aprobada por la Aeronáutica Civil.</p> <p>Luego el 17 de mayo de 2006 se modificó la Resolución 05496 mediante la Resolución 02013 en los siguientes términos:</p>
--	--

“Artículo 4. El literal h del artículo 8 de la Resolución 05496 de 2005 quedará así: h. Los pasajeros en conexión de un vuelo nacional a un vuelo internacional, siempre que se cumplan todos y cada uno de los siguientes tres requisitos: i) el pasajero tenga origen en alguno de los aeropuertos situados dentro del territorio nacional, distinto del Aeropuerto El Dorado, que hayan sido clasificados como internacionales por la Aeronáutica Civil, ii) que dicho aeropuerto haya sido entregado en concesión de manera previa a la fecha de la presente resolución- si se trata de aeropuertos de propiedad de AEROCIVIL- o que dicho aeropuerto internacional no sea de propiedad de la Aeronáutica Civil y iii) que en cumplimiento de las normas que sean aplicables al aeropuerto de origen del pasajero, este haya pagado efectivamente la tasa aeroportuaria internacional en el aeropuerto internacional de origen”.

El 10 de noviembre de 2006 AEROCALI envió al Supervisor del Contrato de Concesión de la UAEAC Mediante comunicación CGG-0381-06, señaló que: “se encontraban coordinando y concertando el cobro de la TAI a los pasajeros en conexión de un vuelo internacional que originan en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, conectando con una aerolínea diferente en Bogotá.

Más adelante el 15 de noviembre de 2006 la UAEAC sostuvo que en las reuniones sostenidas la AEROCIVIL ha sido clara en manifestar que de conformidad con el Contrato de Concesión, el Concesionario AEROCALI no puede cobrar la Tasa Aeroportuaria Internacional a los pasajeros en conexión de los vuelos internacionales que se originan en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón conectando con una aerolínea diferente en Bogotá.

Por su parte AEROCALI manifestó su inconformidad Mediante comunicación CGG 003907 del 17 de enero de 2007 al Supervisor del Contrato de Concesión de la UAEAC en relación con los actos proferidos por tal entidad.

Mediante comunicación CGG 0054-08 del 12 de marzo de 2008 AEROCALI notificó que ante las circunstancias se veía en la necesidad de recurrir a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Capítulo XXXIV del Contrato de Concesión.

Por otra parte, el 23 de septiembre de 2008, la AEROCIVIL envió a AEROCALI una comunicación en la cual le expuso que habían sido informados por la Directora de Seguridad y Supervisión Aeroportuaria, Ing. María Cecilia Salazar Cruz, que la Policía Nacional a través del Brigadier General Orlando Páez Barón, Director de Seguridad Ciudadana, había dispuesto a partir de la primera semana de octubre retirar los filtros que existen en el muelle nacional e internacional el personal de policía que opera los equipos para la inspección y requisa de pasajeros y equipajes y que así se lo haría saber dicha Institución al Concesionario AEROCALI S.A., en su calidad de administrador y operador del aeropuerto.

El 25 de septiembre de 2008 el Coronel Ricardo Alberto Restrepo, Comandante de Policía Valle, dirigió una comunicación a AEROCALI, informándole que, teniendo en cuenta el convenio interadministrativo existente entre la Policía Nacional y la AEROCIVIL sobre la responsabilidad de las partes

	<p>en lo que tiene que ver con seguridad en los aeropuertos era pertinente para este Comando retirar a los Policías que cotidianamente venían prestando el servicio en el filtro de acceso a los terminales nacional e internacional y que operaban los equipos técnicos que allí se tienen para la inspección de personas y equipajes de mano.</p> <p>El 3 de octubre de dos mil ocho (2008), AEROCALI contestó la comunicación de la AEROCIVIL del 23 de septiembre de 2008, argumentando que difiere de las afirmaciones expuestas en la misma, toda vez que tales afirmaciones no se ajustan a lo dispuesto en el Contrato de Concesión No. 058-CON-2000 ni en el Plan Local de Seguridad vigente aprobado por la UAEAC en septiembre de 2007, según los cuales la operación directa de los equipos de seguridad es competencia de las autoridades de policía aeroportuaria.</p> <p>El 14 de octubre de 2008, el mayor Juan Carlos Ramos Núñez, Comandante de Estación de Policía Aeroportuaria, envió comunicación a AEROCALI ratificando el retiro del personal de la Policía Aeroportuaria de los filtros de seguridad del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.</p> <p>A partir del 3 de noviembre de 2008, la Policía retiró el personal de la Policía Aeroportuaria de los filtros de seguridad del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, y AEROCALI asumió la operación directa de los equipos técnicos de seguridad.</p> <p>AEROCALI presentó la demanda a través de apoderado el 2 de diciembre 2008, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.</p>
III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS	
Problema(s) jurídico(s) principal(s)	<p>(i) ¿La AEROCIVIL Incumplió el Contrato de Concesión número 058-CON 2000 al haber impedido que el concesionario AEROCALI S.A. recaudara las Tasas Aeroportuarias Internacionales que se deben cobrar a los pasajeros internacionales que se originan en el Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón en una determinada aerolínea, y que realizan una conexión hacia un destino internacional con una aerolínea diferente en el Aeropuerto El Dorado y por lo tanto le son imputables las consecuencias jurídicas derivadas de tal incumplimiento?</p> <p>(ii) ¿Era o no competencia de la AEROCIVIL de acuerdo con el Contrato de Concesión número 058-CON 2000 la operación directa de los equipos de seguridad, y la responsabilidad correspondiente, derivada de las fallas en la prestación de éste servicio y por lo tanto está obligada a pagar al concesionario AEROCALI S.A. los perjuicios causados, teniendo en cuenta que la AEROCIVIL se negó a llevar a cabo dicha tarea por sí o por interpuesta persona?</p>
Ratio decidendi (Tesis, regla de derecho)	En relación con el primer problema jurídico Con fundamento en lo expuesto antes, el Tribunal llega a las

	<p>siguientes conclusiones:</p> <p>(i) En los documentos precontractuales no aparece referencia alguna que permita dilucidar si la Tasa Aeroportuaria Internacional, que se cedería al concesionario como su remuneración, gravaba a los pasajeros con destino internacional que hicieran conexión en el aeropuerto de Bogotá con cambio de aerolínea. Las estadísticas contenidas en tales documentos precontractuales, al referirse a los pasajeros internacionales, sólo se limitaron a considerar origen-destino, siendo el primero la ciudad de Cali y el segundo un lugar ubicado fuera del país.</p> <p>(ii) Así mismo, las previsiones del contrato no permiten adoptar una posición clara sobre el tema debatido, circunstancia censurable si se tiene en cuenta que la remuneración al concesionario es un elemento esencial de este tipo de contratos, de manera que debía estar perfectamente determinada en sus cláusulas. En efecto, de la definición de la Tasa Aeroportuaria Nacional e Internacional que aparece en el Anexo P del Contrato de Concesión, no es posible determinar el alcance de la Tasa cedida, sin embargo hay dos elementos que deben considerarse para esclarecer el alcance del contrato en este punto, uno el sujeto gravado que es el pasajero, y el otro la referencia al carácter "internacional" del vuelo.</p> <p>Particularmente para el caso que nos ocupa, en el que los ingresos regulados, entre los que se encuentra la Tasa Aeroportuaria Internacional, constituían para el momento de la licitación un 87.7% del total de la retribución del concesionario, según los estudios que precedieron la apertura de la licitación.</p> <p>(iii) En las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, no se establece tampoco en forma clara alcance de la Tasa cedida al concesionario.</p> <p>(iv) En estas condiciones, para desentrañar el sentido y alcance de la previsión contractual sobre la Tasa Aeroportuaria Internacional cedida, el Tribunal habrá de conjugar los elementos que constituyen la naturaleza de este gravamen, así como los dos elementos mencionados, con el concepto de "pasajero" como sujeto pasivo del mismo, y el carácter "internacional" del vuelo que determina el tipo de tasa que habrá de pagarse.</p> <p>Así, primer lugar, el sujeto pasivo del gravamen es el pasajero, quien, de conformidad con lo dispuesto en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, es la "Persona que se encuentra a bordo de una aeronave en virtud de un contrato de transporte aéreo." (Se ha resaltado)</p> <p>Para el Tribunal, esta definición de pasajero en nada se opone a la contenida en el Anexo P del Contrato 058, que es del siguiente tenor: "Pasajero: Se entenderán como las personas que utilicen el terminal de pasajeros del Aeropuerto con el propósito de abordar o desembarcar una aeronave de Operación Regular o de Operación No Regular. Para efectos del cobro de la Tasa Aeroportuaria, ésta aplicará únicamente a los Pasajeros que embarquen una aeronave, de acuerdo con esta definición, según las normas aplicables, salvo en los casos de exención</p>
--	--

<p>previstos en la ley y los previstos en el Contrato.”</p> <p>Y es que aunque en la definición antes transcrita no se mencione el contrato de transporte como determinante de la condición de pasajero, es evidente que la celebración de este contrato es requisito para poder abordar o embarcar una aeronave.</p> <p>Ahora bien, el contrato de transporte aéreo, como se vio antes, es internacional, de conformidad con el artículo 1874 del Código de Comercio, cuando el lugar de partida y el de destino están en territorios de estados diferentes.</p> <p>En el mismo sentido, en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, se define el Transporte aéreo internacional, como el “Transporte aéreo que se realiza entre puntos situados en el territorio de diferentes Estados. Transporte aéreo realizado entre puntos situados en el territorio de Colombia y puntos situados en el territorio de otros Estados, en todo caso conforme a los Convenios internacionales sobre la materia.”</p> <p>En este orden de ideas, el pasajero que sale de Cali con destino internacional y hace conexión en Bogotá con cambio de aerolínea, tiene dos posibilidades: acordar dos contratos de transporte, uno con cada aerolínea, o acordar uno solo, en el caso de que entre las aerolíneas que participen se haya celebrado un acuerdo de código compartido.</p> <p>En el primer caso, cuando el pasajero acuerda dos contratos de transporte diferentes: el primero, será un contrato de transporte nacional en cuanto su origen y destino se encuentran dentro del territorio nacional y el segundo será internacional, en cuanto su destino se encuentra fuera del país, pero en la medida en que el origen del transporte internacional ya no es la ciudad de Cali, la Tasa Aeroportuaria Internacional no corresponde al concesionario del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.</p> <p>Lo anterior porque de la información contenida en los documentos precontractuales que se pusieron a disposición de los proponentes, puede deducirse que el tráfico internacional generador de la Tasa Aeroportuaria Internacional se asoció a los pasajeros “salidos” de Cali.</p> <p>Todo lo anterior en armonía con el hecho de que la celebración del contrato de transporte aéreo otorga la calidad de pasajero, y es el pasajero el sujeto pasivo de la tasa, de tal manera que si el contrato de transporte es nacional, el pasajero debe pagar la Tasa Aeroportuaria Nacional y si el contrato es de transporte internacional debe pagar la Tasa Aeroportuaria Internacional.</p> <p>Ahora bien, si a pesar de que intervengan varias aerolíneas se celebra un solo contrato, o se celebran varios contratos, pero las dos partes, esto es las aerolíneas que intervienen en el transporte de un lado y el pasajero, del otro.</p> <p>Antes se hizo referencia a la definición de “Transporte Internacional” contenida en los Convenios de Varsovia y Montreal, ratificados por Colombia, que no riñen con la definición lo consideran una sola operación, se entiende como “transporte único”, en los términos del artículo 1876 del Código de Comercio, en este caso internacional, y habrá lugar al pago de la Tasa Aeroportuaria Internacional, pues el destino final está fuera del país. En este caso la tasa internacional será percibida por el aeropuerto de Cali, por ser la ciudad que</p>
--

	<p>aparece como origen en el contrato de transporte internacional.</p> <p>En este orden de ideas, si un pasajero sale de Cali con destino final internacional y hace conexión en Bogotá, con cambio de aerolínea, será gravado con la Tasa Aeroportuaria Internacional, si para llegar a su destino final ha celebrado un solo contrato de transporte o si ha celebrado varios contratos que hayan sido considerados por las dos partes como un solo contrato y el derecho a percibir esta tasa corresponde al operador del aeropuerto de Cali, por haber sido el lugar de origen pactado en el contrato de transporte internacional.</p> <p>De la misma manera, si un pasajero sale de Cali con destino final internacional y hace conexión en Bogotá con cambio de aerolínea, pero ha celebrado contratos totalmente independientes, el primer contrato será nacional, puesto que el origen es Cali y el destino es Bogotá y dará lugar al pago de la Tasa Aeroportuaria Nacional y el segundo será internacional y dará lugar al pago de la Tasa Aeroportuaria Internacional.</p> <p>La Tasa Aeroportuaria Nacional será percibida por el operador del aeropuerto de origen del contrato de transporte nacional, esto es el de Cali y la Tasa Aeroportuaria Internacional será percibida por un aeropuerto diferente.</p> <p>De otra parte, conviene referirse a los casos en los cuales se han celebrado convenios de Código Compartido entre las aerolíneas que intervienen el transporte internacional.</p> <p>A este respecto es pertinente señalar que los acuerdos de Código Compartido no implican un transporte sucesivo, pero puede ocurrir que entre las aerolíneas que participan en el transporte sucesivo se hayan celebrado acuerdos de código compartido.</p> <p>En este último caso, se entiende que el pasajero ha celebrado un contrato de transporte internacional, cuando por virtud del acuerdo de código compartido tenga la condición de transporte único, puesto que las partes que intervienen en él lo conciben como un solo contrato y en consecuencia, está gravado con la Tasa Aeroportuaria Internacional que debe ser percibida por el operador del aeropuerto de Cali, lugar de origen pactado en el contrato de transporte internacional.</p> <p>En síntesis el Tribunal, concluye que la Tasa Aeroportuaria Internacional cedida a AEROCALI por virtud del Contrato 058, incluye la que debe pagar el pasajero que sale de Cali con destino internacional, que hace escala en Bogotá con cambio de aerolínea, siempre que haya celebrado un contrato de transporte único, de carácter internacional, en los términos del artículo 1876 del Código de Comercio.</p> <p>Lo anterior si se tiene en cuenta además que la naturaleza de la tasa como tributo, permite establecer que la Tasa Aeroportuaria Internacional que grava al pasajero internacional que ha celebrado un contrato de transporte internacional, remunera principalmente el uso que éste hace de la infraestructura de que dispone el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón para tener la condición de Aeropuerto Internacional, así como también los servicios que le presta el concesionario, en virtud de la mencionada calidad de pasajero internacional.</p>
--	--

	<p>Para el Tribunal, la Tasa Aeroportuaria Internacional no remunera la prestación de servicios que llevan a cabo funcionarios no vinculados al concesionario, como es el caso del trámite de emigración, que corresponde a una entidad diferente a la entidad concedente, cual es el Departamento Administrativo de Seguridad, o los procedimientos aduaneros que adelanta la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sino la utilización por parte del pasajero de la infraestructura que debe ser adecuada para llevar a cabo tales trámites y procedimientos, si a ellos hay lugar.</p> <p>Desde otro punto de vista, el concesionario ha adquirido el derecho a percibir la tasa aeroportuaria internacional como remuneración a la administración, operación y explotación del aeropuerto, así como a las inversiones necesarias para mantener y actualizar su infraestructura como aeropuerto internacional, de conformidad con las necesidades de la demanda.</p> <p>De otra parte, conviene referirse al argumento planteado por la convocada en el sentido de que “Es por lo menos muy discutible que un tema de tanta trascendencia, como es el del lugar de pago de la tasa aeroportuaria internacional, dependa de la voluntad de los pasajeros, de las aerolíneas y de las agencias de viajes.”</p> <p>En los términos de la conclusión a la que ha llegado el Tribunal, el pago de la Tasa Aeroportuaria Internacional está determinado por el carácter único e internacional del contrato de transporte que celebra el pasajero, el cual lo define la ley, de manera que no depende de su exclusiva voluntad.</p> <p>De otra parte, la convocante ha afirmado que “la AEROCIVIL, ... ha decidido solamente reconocer como fundamento válido para efectuar el cobro de la TAI, la realización de un transporte internacional en el que no se cambie de aerolínea entre el origen y el destino. Por esta razón, la AEROCIVIL ha permitido el cobro de la TAI a aquellos pasajeros internacionales que contratan con Avianca la totalidad de su transporte” respecto de lo cual la convocada ha manifestado que es cierto.</p> <p>En estas circunstancias, el argumento planteado por la convocada en el sentido de que el derecho a percibir la tasa aeroportuaria internacional corresponde al aeropuerto de origen de un “vuelo internacional” entendido como tal el que tiene el mismo número, de conformidad con la definición contenida en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, pierde todo fundamento, puesto que, se ha reconocido que para el caso de Avianca, la tasa aeroportuaria internacional corresponde a AEROCALI, aún cuando se aborde un vuelo diferente en Bogotá, siempre y cuando se trate de la misma aerolínea.</p> <p>La demandada agrega un requisito adicional para reconocer al aeropuerto de origen el derecho a percibir la Tasa Aeroportuaria Internacional, cual es que el trayecto internacional haga parte de la red de rutas autorizada para esa aerolínea.</p> <p>Sin embargo, si se tiene en cuenta la naturaleza de la Tasa Aeroportuaria Internacional como gravamen, se advierte que la única vinculación entre el concepto de “ruta autorizada” y el pago de la Tasa Aeroportuaria Internacional, es la que se deriva del hecho de que un contrato de transporte, en este caso</p>
--	--

	<p>internacional, involucra por lo menos una ruta internacional autorizada.</p> <p>De otra parte, La Aeronáutica vincula el derecho a percibir la Tasa Aeroportuaria Internacional con el hecho de que el trayecto internacional se hubiere realizado en una aerolínea que lo tuviera autorizado dentro de su red de rutas, con base en las estadísticas origen – destino, que deben recaudar las aerolíneas, de conformidad con lo dispuesto en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia y las disposiciones de la OACI.</p> <p>Sobre este particular, en el alegato de conclusión presentado por el apoderado de La Aeronáutica se expresa: "...en el caso de Colombia las denominadas estadísticas origen-destino recogen la información de los pasajeros que se han embarcado en vuelos internacionales realizados en cumplimiento de itinerarios y de rutas autorizadas, también internacionales, así como la de todos los demás pasajeros transportados en su "red de rutas".</p> <p>Y se agregó: "La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, apartándose ligeramente de la recomendación de la OACI y buscando mejorar su información respecto de los destinos subsiguientes que tomaban los pasajeros que salían del país, optó por solicitarles a las aerolíneas que reportaran no solamente la información de los pasajeros transportados en vuelos internacionales realizados en cumplimiento de itinerarios y de rutas autorizadas, también internacionales (conforme al Formulario B citado), sino, además, la de todos los pasajeros transportados en su "red de rutas".</p> <p>Para el Tribunal, las afirmaciones anteriores no desdibujan la conclusión expuesta, pues en cualquier caso, la forma en que La Aeronáutica establezca que deben llevarse las estadísticas del tráfico de pasajeros y en particular las disposiciones emitidas a este respecto con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato 058, no inciden a la hora de determinar el alcance de la cesión de la Tasa Aeroportuaria Internacional realizada a través del Contrato 058.</p> <p>Lo mismo ocurre con las estadísticas que ordena llevar la OACI, aún cuando en ellas se estableciera que deben registrarse exclusivamente los trayectos que tengan un mismo número de vuelo.</p> <p>Ahora bien, por lo que hace a las estadísticas que aparecen en los documentos precontractuales en relación con los pasajeros internacionales, de ellas no es posible deducir la incidencia de hacer una escala con cambio de aerolínea para tener o dejar de tener tal calidad, como quedó mencionado en la parte inicial de este acápite.</p> <p>De otra parte, sostiene La Aeronáutica, que no puede entenderse que por virtud del Contrato 058 se haya cedido al concesionario la Tasa Aeroportuaria Internacional cuando el pasajero hace una conexión en Bogotá, si se tiene en cuenta que con anterioridad a la celebración del contrato de concesión, se recaudaba en este terminal.</p> <p>A este respecto cabe mencionar que no aparece prueba en el expediente sobre la forma en que se atribuía a cada aeropuerto el ingreso derivado de las tasas aeroportuarias internacionales,</p>
--	---

	<p>lo cual es coherente con el hecho de que previamente a la celebración de los diferentes contratos de concesión y en particular del Contrato 058, la Aeronáutica percibía los ingresos que por tal concepto se recaudaran en todos los aeropuertos del país, siendo indiferente el lugar en que se originaba el viaje del pasajero gravado con el tributo.</p> <p>De otra parte, manifiesta la demandada, que el hecho de que solamente hasta el año de 2006, AEROCALI haya reclamado el derecho a percibir la Tasa Aeroportuaria Internacional correspondiente a los pasajeros con destino internacional originados en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón que hacen conexión en Bogotá con cambio de aerolínea, demuestra que tal gravamen no fue cedido al concesionario.</p> <p>El Tribunal no comparte tal conclusión, pues a su juicio la conducta de AEROCALI no obedeció a la convicción de que tal gravamen no le hubiera sido cedido por virtud del Contrato 058.</p> <p>Para el Tribunal, en vista de que los términos del Contrato 058 no son claros, al momento de la celebración del contrato no había certeza sobre el alcance de la Tasa Aeroportuaria Internacional cedida, y en particular sobre quienes debían entenderse como pasajeros internacionales gravados con dicha tasa.</p> <p>Precisamente por tal circunstancia, en la en la Resolución 5496 del 13 de diciembre de 2005, modificada por la Resolución 2013 de 2006, en su artículo 8o estableció: Existirá exención en el pago de la tasa aeroportuaria internacional en los siguientes casos: ... h) Los pasajeros en conexión de un vuelo nacional a un vuelo internacional, siempre que se cumplan todos y cada uno de los siguientes tres requisitos: i) El pasajero tenga origen en alguno de los aeropuertos situados en territorio nacional, distintos del Aeropuerto El Dorado, que hayan sido clasificados como internacionales por la Aeronáutica Civil; ii) que dicho aeropuerto internacional haya sido entregado en concesión de manera previa a la fecha de la presente resolución – si se trata de aeropuertos de propiedad de AEROCIVIL- o que dicho aeropuerto internacional no sea de propiedad de la Aeronáutica Civil, y iii) que en cumplimiento de las normas que sean aplicables al aeropuerto de origen del pasajero, éste haya pagado efectivamente la tasa aeroportuaria internacional en el aeropuerto internacional de origen.” (Se ha subrayado)</p> <p>En este sentido declaró el testigo Álvaro Durán Leal cuando manifestó: “pero previendo que en Cartagena la AEROCIVIL no era juez y nosotros mucho menos, pudiera el Tribunal decidir lo que a bien tuviese, se dejó una cláusula de respeto al statu quo de los contratos sea el que él fuere en el sentido de que si se había pagado en un determinado aeropuerto en aplicación de las normas de ese aeropuerto no se volvía a pagar en Bogotá, esa fue la regulación que sobre tasas internacionales tuvimos en términos generales.”</p> <p>Se refiere pues el testigo a que al momento de la expedición de la mencionada resolución no se había pronunciado el laudo que dirimió el conflicto entre La Aeronáutica y el concesionario del Aeropuerto de Cartagena, pero es evidente que el “statu quo” al que se refiere, no se encontraba definido tampoco para el concesionario del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.</p>
--	---

	<p>De manera que, solamente con posterioridad a la expedición de la citada Resolución, AEROCALI tomó conciencia de que el alcance de la Tasa Aeroportuaria Internacional que le había sido cedida no estaba claramente delimitado y podía ser mayor del que se había atribuido hasta entonces.</p> <p>En cualquier caso, es claro que los derechos no se extinguen por su falta de ejercicio pleno, y el caso presente no es la excepción, de manera que el hecho de que AEROCALI no haya cobrado o pretendido cobrar con anterioridad las tasas aeroportuarias internacionales en los casos en los que el pasajero hace conexión en Bogotá con cambio de aerolínea, no implica que no tuviera el derecho a percibir tales tasas, en los términos en los que se ha dejado expuesto.</p> <p>Ahora bien, aún cuando la ley establece que uno de los criterios de interpretación de las cláusulas de un contrato es precisamente “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.” tal como antes se dijo, la conducta de las partes pierde significación cuando “resulta de un error, de una falta de atención o del cumplimiento imperfecto de la obligación” como ha ocurrido en el presente caso.</p> <p>Finalmente, es preciso hacer referencia a la mención contenida en el alegato de la entidad demandada, en el sentido de que la convocante no especificó en su demanda qué cláusula del contrato de concesión estimaba incumplida.</p> <p>El Tribunal encuentra configurado el incumplimiento de la AEROCIVIL alegado por la parte demandante, en relación con la obligación de permitir que AEROCALI perciba los ingresos derivados de la Tasa Aeroportuaria Internacional, de conformidad con lo pactado en el Capítulo VII contrato de concesión, y con el alcance de la cesión establecido en este laudo.</p> <p>El mencionado incumplimiento quedó demostrado con la respuesta que dio la Aeronáutica a la comunicación de AEROCALI, del 10 de noviembre de 2006.</p> <p>En la citada carta AEROCALI expresó: “Nos permitimos reiterar, según lo hemos manifestado en las reuniones sostenidas los días 26 y 30 de octubre y 2 de noviembre del presente año, que nos encontramos coordinando y concertando el cobro de la TAI a los pasajeros en conexión de un vuelo internacional que originan en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón conectado con una aerolínea diferente en Bogotá.</p> <p>“Con el propósito de perfeccionar nuestros mecanismos de recaudo procurando evitar traumatismos o incomodidades a los pasajeros y lograr la mejor coordinación con el Aeropuerto El Dorado, agradecemos su colaboración en el sentido de que se confirme a las aerolíneas el contenido de la aclaración contenida en la mencionada Resolución 05496 de 2005 cuando así se requiera, salvaguardando confusiones que llegaran a generar un doble cobro de la mencionada tasa. ...”</p> <p>La Aeronáutica respondió tal comunicación mediante la de fecha 15 de noviembre de 2006, en la que expresó: “De acuerdo con lo anterior, la tasa que ustedes pretenden cobrar según comunicación CGG-0381-06 de noviembre 10 de</p>
--	--

	<p>2006, no fueron cedidas (sic) por la entidad, por lo que los requerimos para que se allanen al cumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión, ...”</p> <p>Es evidente que el equivocado entendimiento del contrato por parte de la Aeronáutica la condujo a su incumplimiento. Con fundamento en lo que ha quedado expuesto, la pretensión primera de la demanda habrá de prosperar parcialmente, como se indicará en la parte resolutive de esta providencia. De la misma manera, la pretensión segunda de la demanda, en cuanto a que “se declare que AEROCALI tiene derecho a percibir las tasas aeroportuarias internacionales en los términos previstos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 046-99 y del contrato de concesión No. 058-CON 2000”, prospera, entendiendo que el sentido de los pliegos de condiciones y del contrato en punto de la cesión de las Tasas Aeroportuarias Internacionales es el que se ha dejado expuesto.</p> <p>En cuanto a la pretensión tercera cuyo texto es “Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la AEROCIVIL, al restablecimiento de los derechos del Concesionario, a través del reconocimiento de su derecho a recaudar y percibir las tasas aeroportuarias internacionales, correspondientes a los pasajeros internacionales que se originen en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali.” al haber sido formulada como consecencial de las anteriores, prospera condicionada al alcance del derecho a percibir la Tasa Aeroportuaria Internacional, al que se ha hecho referencia anteriormente.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, en la parte resolutive de este laudo se condenará a La Aeronáutica a reconocer a AEROCALI su derecho a percibir y recaudar las tasas aeroportuarias internacionales que se originen en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali, que deben cobrarse a los pasajeros con destino internacional que hagan escala en el aeropuerto El Dorado de Bogotá con cambio de aerolínea, siempre que celebren un único contrato de transporte internacional.</p> <p>En este orden de ideas, la “Ausencia de derecho de AEROCALI para reclamar las tasas aeroportuarias internacionales a las que se refieren sus pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias” planteada como excepción de mérito por la convocada, se tiene por no demostrada.</p> <p>Perjuicios solicitados.</p> <p>En la pretensión sexta de la demanda se solicitó “Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la AEROCIVIL, al restablecimiento de los derechos del Concesionario, a través del pago de los perjuicios causados a éste.”</p> <p>A este respecto el Tribunal no encuentra acreditados los perjuicios derivados del incumplimiento parcial del Contrato 058, puesto que la única prueba de ellos que allegó la parte convocante es el peritaje financiero elaborado por Alejandro Ochoa J. anexo a la demanda, del cual no es posible deducir que el valor reclamado corresponde con certeza a tales perjuicios, requisito necesario para su reconocimiento.</p>
--	--

	<p>En efecto, dicho dictamen no se basa en unas cifras reales de pasajeros internacionales efectivamente demostradas, sino sobre unas proyecciones derivadas de información suministrada exclusivamente por la parte demandante.</p> <p>Se trata pues de un estudio elaborado a partir de econometría, de manera que se ha construido un modelo para determinar el comportamiento del tráfico de pasajeros a través del tiempo y a partir del cual se derivan unas cifras que expresan la diferencia entre la Tasa Aeroportuaria Nacional y la Tasa Aeroportuaria Internacional, para determinar el valor que supuestamente debía reconocer la entidad demandada por este concepto.</p> <p>Para el Tribunal, el estudio mencionado no permite establecer cuántos de los pasajeros que celebraron un contrato de transporte internacional, desde que se inició la vigencia del contrato, debieron ser gravados con la Tasa Aeroportuaria Internacional a cuyo recaudo tenía derecho AEROCALI, y sin embargo, fueron gravados con la Tasa Aeroportuaria Nacional efectivamente reconocida al concesionario, ni mucho menos el valor al que asciende tal diferencia.</p> <p>Nótese además que en el resultado que aparece en la mencionada experticia, no se ha deducido el número de pasajeros que celebraron un contrato de transporte internacional, a quienes efectivamente se cobró la Tasa Aeroportuaria Internacional y se pagó a AEROCALI, como es el caso de los que salieron de Cali a través de Avianca.</p> <p>Las breves consideraciones antes expuestas, conducen a negar la pretensión sexta en relación con los perjuicios relacionados con el recaudo de las Tasas Aeroportuarias Internacionales.</p> <p>En relación con el segundo problema jurídico.</p> <p>La lectura de las normas aplicables al caso y los elementos aportados al proceso para fundar la decisión, permiten extraer las siguientes conclusiones:</p> <p>(i) La Aeronáutica Civil es la autoridad encargada de diseñar las políticas generales de seguridad aérea y aeroportuaria, siguiendo estándares nacionales y parámetros internacionales.</p> <p>(ii) Las políticas de seguridad aeroportuaria se fijan en un Plan Nacional de Seguridad que resulta vinculante para los Planes Locales de Seguridad, cuya realización, en el caso del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, estuvo a cargo de AEROCALI, según cláusula 18.2.2 del contrato de concesión 058-CON- 2000.</p> <p>(iii) La requisa y el control de pasajeros en los filtros de seguridad es un procedimiento obligatorio en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, tanto por disposición contractual como reglamentaria e internacional, al que no puede sustraerse.</p> <p>(iv) No hay norma específica que indique si el deber de prestar la seguridad en los filtros de acceso a los muelles internacional y nacional es connatural y exclusiva de la administración del aeropuerto. Sin embargo, sí es claro que, de acuerdo con lo que se pacte en el contrato, puede efectuarse por medio de la Policía Nacional o de los guardas de seguridad privada.</p>
--	---

	<p>(v) Por regla general, el control de pasajeros es una obligación atribuida a los administradores u operadores del aeropuerto, salvo que se disponga cosa contraria en el contrato de concesión. De hecho, lo regulado en las normas generales no se refiere a quién debe ser el pagador del servicio, sino al deber de establecer ese procedimiento.</p> <p>(vi) Como el contrato es ley para las partes, es lógico concluir que allí se determina, con carácter vinculante, la distribución de competencias y la determinación de las cargas económicas relacionadas con la prestación del servicio de seguridad aeroportuaria (cuya operación corresponde a la administración del aeropuerto).</p> <p>(vii) El contrato de concesión 058-CON-2000 diseñó la operación de control y vigilancia para el acceso a los muelles nacional e internacional, de manera compartida entre la fuerza pública y la vigilancia privada que debía contratar AEROCALI. Eso se deduce no sólo de las cláusulas que determinan una responsabilidad compartida sino también de las aclaraciones que se hicieron en la licitación pública que dio origen al contrato. En esas oportunidades se dejó en claro que la responsabilidad en la seguridad aeroportuaria era complementaria a la que prestaba la fuerza pública y que, en algunas ocasiones, se limitaba exigir la abstención y no interferencia.</p> <p>(viii) Del Plan Local de Seguridad Aeroportuaria del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, suscrito en cumplimiento del contrato de concesión 0058- CON-2000 y de las obligaciones impuestas por las Resoluciones 4026 de 1995, 2076 de 1997 de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, por el Reglamento Aeronáutico Colombiano y el Anexo 17 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional sobre Seguridad y Protección contra los Actos de Interferencia Ilícita, se infiere que la seguridad en el control y vigilancia de pasajeros y equipajes en los aeropuertos no es una responsabilidad exclusiva de las Compañías de Vigilancia Privada, sino que puede ser compartida con las autoridades nacionales como es, en este caso, la Policía Nacional. Ahora, en este punto no se puede olvidar que el Plan Local de Seguridad Aeroportuario de Cali, se refirió concretamente a la Policía Nacional como la autoridad con funciones para ejercer el control de equipajes y mercancías, en coordinación con las entidades competentes y de apoyo en procedimientos como la requisa de personas, equipajes y control de vehículos (funciones generales previstas en el numeral 3.4.1.)</p> <p>(x) La claridad con la que los contratos de concesión celebrados con posterioridad al que origina la presente controversia regularon la responsabilidad por la seguridad aeroportuaria única y exclusivamente en manos del concesionario, sumado al conjunto de elementos de juicio valorados en forma individual en precedencia, permite inferir razonablemente que la voluntad de las partes en el año 2000 fue la de compartir la operación de seguridad en el acceso a los muelles del aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.</p> <p>(xi) Al exigir que AEROCALI cubriera los vacíos de seguridad que la Policía Nacional dejó en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, se le impuso al operador una carga más allá de lo acordado por las partes, razón por la cual, en este aspecto, deben prosperar las pretensiones de la demanda.</p>
--	--

Perjuicios solicitados.

Todo lo anterior muestra que, de acuerdo con el contrato de concesión 0058- CON-2000, la operación de los filtros de seguridad en los muelles nacional e internacional del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón no corresponde al concesionario, razón por la cual así se declarará por este Tribunal.

Como consecuencia de lo anterior y, limitándose estrictamente a lo pedido por la parte convocante, se procederá a restablecer los derechos del concesionario mediante el pago de los perjuicios causados que fueron probados en el proceso. Para ese efecto, el Tribunal acude al dictamen pericial decretado en el proceso, el cual concluyó que hasta la fecha del dictamen (junio de 2009), la parte convocante pagó \$156.220.520, por la contratación de personal para la operación de los filtros de seguridad en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.

Teniendo en cuenta que los perjuicios anotados anteriormente y causados a la parte convocante por la operación de los filtros de seguridad en los muelles internacional y nacional del Aeropuerto de Cali fueron liquidados hasta la fecha en que se rindió el dictamen pericial, esto es, hasta junio de 2009, para efectos de restablecer los derechos del concesionario, a través del pago de los perjuicios causados a éste (pretensión sexta principal), es necesario que este Tribunal actualice su liquidación hasta la fecha del laudo. Para ello, se tendrá en cuenta que, de acuerdo con el dictamen pericial, entre los meses de noviembre y enero de 2008, AEROCALI pagó \$18.465.262 por mes y durante los meses de enero a junio de 2009, sufragó \$19.881.666 mensuales por la operación de los filtros de seguridad. Igualmente, es necesario tener en cuenta que, a partir del 1o de enero de 2010, el salario mínimo se incrementó en el 3.64% en todo el país, por lo que se debe deducir que los costos de operación en el año que corre aumentaron a \$20.605.872.

Entonces, la reparación de los perjuicios causados a la parte convocante debe sumar el valor calculado por el perito, más lo correspondiente a los meses comprendidos entre el 1o de julio de 2009 y el día en que se profiere esta decisión, lo cual arroja un resultado de \$327.025.198158. Como ese valor corresponde a un daño emergente debidamente demostrado, se condenará a la parte convocada a pagar esa suma de dinero.

Igualmente, el perito Jorge Torres Lozano, encontró que si AEROCALI hubiera invertido el valor pagado en la operación de los filtros de seguridad en el Aeropuerto de Cali en actividades diferentes, habría obtenido un valor que denominó "costos de oportunidad", correspondiente a \$5.280.856. Como el cálculo realizado en el dictamen es razonable y ofrece credibilidad, tal y como se explicó en precedencia, ese valor corresponde a un daño material que será objeto de condena para restablecer integralmente los perjuicios causados a la parte convocante.

Congruente con lo anterior, este valor también deberá actualizarse o someterse al cálculo de lo que el perito denominó costo de oportunidad del dinero, para lo cual se acudirá a la misma fórmula utilizada por el experto que corresponde a DTF + 2.81%, con la amortización mes a mes de esos valores. El

	<p>valor que arroja esa fórmula sumado a los costos calculados a 20 de junio de 2009 es de \$17.935.304, por lo que se condenará a la AEROCIVIL a pagar dicha suma.</p> <p>En cuanto la convocante solicita, en las pretensiones cuarta y quinta, que se declare que las fallas relativas a la operación directa de los equipos de seguridad y a la prestación de dicho servicio y la responsabilidad consiguiente son de cargo de la convocada, estima este Tribunal que tales</p> <p>El perito calculó hasta el 30 de junio de 2009 el valor de 156.220.520 + \$ 119.289.996, valor que corresponde a los meses de julio a diciembre de 2009 (\$119.881.666 x 6) + \$51.514.680 (\$20.605.873 x dos meses y medio de 2010). asuntos escapan a su competencia por cuanto se trata de eventuales responsabilidades que son ajenas al ámbito contractual que es uno de los límites que se imponen a su examen.</p> <p>En efecto, el análisis de cada una de las fallas que pudieron o no presentarse y de las obligaciones que, a partir de ellas, pudieron o no surgir, no han formado parte del debate originado en este proceso y son asuntos que se deben conocer y decidir por las autoridades a quienes dicha tarea corresponda.</p>
Tema principal	Tasas Aeroportuarias Internacionales.
Tema Accesorio 1	Operación de equipos de seguridad aeroportuaria.
Tema Accesorio 2	Incumplimiento contractual
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Contrato de Concesión
Subclasificación	Contrato de Concesión para la administración, operación y explotación económica.
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)	
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970 (Artículo 399, 218, 115, 399, 144). 2. Decreto 1818 de 1998. (Artículo 144). 3. Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. (Artículos 136, 177,) 4. Resolución No 00655 del 25 de febrero de 2003 de la AEROCIVIL. (Artículo 7) 5. Resolución 03783 del 29 de septiembre de 2004 de la AEROCIVIL.(Artículo 7) 6. Resolución 05496 del 13 de diciembre de 2005 de la AEROCIVIL. (Artículo 8, 10) 7. Resolución 02013 del 17 de mayo de 2006 de la AEROCIVIL. (Artículo 4, 8) 8. Resolución 4884 de 1997 de la AEROCIVIL (Artículo 13, 28, 34) 9. Resolución 2379 de 2000 de la AEROCIVIL. (Considerando 6, Artículo 2) 10. Resolución 0738 de 2002 de la AEROCIVIL. (Artículo 2, 4, 7, 8) 11. Resolución 655 de 2003 de la AEROCIVIL. (Artículo 7) 12. Resolución 4026 de 1995 de la AEROCIVIL. (Artículo 6,

	<p>8, 11, 37, 38, 39)</p> <p>13. Resoluciones 9548 de 1987 de la AEROCIVIL. 14. Resoluciones 11248 de 1996 de la AEROCIVIL. 15. Resoluciones 2929 de 1996 de la AEROCIVIL. 16. Ley 446 de 1998. (Artículos 44, 70, 71, 111) 17. Ley 589 de 2000. (Artículo 7) 18. Ley 80 de 1993. (Artículos 3, 13, 14, 23, 28, 32, 40, 60, 61, 70, 71) 19. Ley 23 de 1991. (Artículo 96) 20. Decreto 1818 de 1998. (Artículos 2, 115) 21. Decreto 679 de 1994. (Artículo 8) 22. Código Civil. Ley 57 de 1887. (Artículos 1602, 1618, 1621, 1622, 1624) 23. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. (Artículos 1819, 1859, 1860, 1866, 1874, 1876, 1877) 24. Ley 300 de 1996. (Artículo 84) 25. Decreto 502 de 1997. (Artículo 3) 26. Decreto 2724 de 1993. (Artículos 2, 4, 5) 27. Decreto 260 de 2004. (Artículo 4, 5) 28. Ley 105 de 1993 (Artículo 21, 48) 29. Constitución política de 1991</p>
<p>Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia del 23 de febrero de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 8 de junio de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, de la Corte Constitucional, concluyen que la justicia arbitral no tiene competencia para “pronunciarse respecto de la legalidad o la eficacia de actos administrativos como los que han sido ya mencionados y que AEROCALI claramente censura”. • Las Sentencias del 9 de octubre de 2003, 4 de julio de 2002, del 11 de marzo de 2004, del 20 de mayo de 2004, 28 de abril de 2005, todas de la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyen que la jurisprudencia del Consejo de Estado entendió que no es posible someter a decisión arbitral el juzgamiento de actos administrativos contractuales cuando éstos sean “expresiones de la administración” o cuando constituyan o contengan “el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen respecto de las relaciones contractuales de los particulares”. En otras palabras, según esta posición, los “poderes excepcionales” a que hace referencia la Corte son aquellas prerrogativas de la administración que le permiten adoptar actos administrativos contractuales, razón por la cual deben incluirse allí los proferidos en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, pero también aquéllos que son expedidos en desarrollo de la subordinación jurídica a la que está sometido el particular contratista. Precisamente, por ello, por ejemplo el Consejo de Estado, consideró que las controversias dirigidas a declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato, a recuperarlo y a restablecer la ecuación financiera del contrato, sí podían ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral. De igual manera, encontró que la justicia arbitral sí podía pronunciarse sobre la validez de la liquidación de un convenio interadministrativo, por cuanto, en sentido estricto, esa facultad no corresponde a un poder exorbitante del Estado cuando se trata de finiquitar contratos celebrados

entre dos entidades públicas.

- **Sentencia del 20 de mayo de 2004, la Sección Tercera del Consejo de Estado** concluyó que “en el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 (...)El párrafo del artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. A su vez enlista como cláusulas excepcionales al derecho común las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

El artículo 60 ibídem, sobre la ocurrencia y contenido de la liquidación del contrato, expresa que en los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Y el artículo siguiente, 61 ibídem, sobre la liquidación unilateral, refiere a que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será aplicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe cumplir”.

	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia del 27 de junio de 2002, de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que Por el contrario, los árbitros no eran competentes para pronunciarse sobre la validez de actos administrativos de caducidad y liquidación unilateral del contrato. • La sentencia SU-174 de 2007, de la Corte Constitucional dijo: “la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales - sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos”. • Sentencia del 14 de abril de 2005, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó: “lo vedado a los árbitros es asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, actos inseparables que inciden en la relación negocial misma y que mantienen su naturaleza contractual.”. • Sentencia del 27 de marzo de 2008, de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó: “En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998. • En asuntos de otra naturaleza, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad
--	---

referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.

- **Sentencia del 14 de agosto de 2000, de Sala de Casación Civil y Agraria, de la Corte Suprema de Justicia** Concluyó: "Si la misión del intérprete... es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse...a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas, y lo que es más importante, no conduzca a su suplantación, toda vez que ello es lo que desventuradamente hacen algunos juzgadores, quienes enarbolando la bandera hermenéutica, terminan invadiendo la órbita negocial, al punto de que...parecen fungir más como contratantes que como intérpretes (...) Cuan cauteloso debe ser el fallador, para evitar que la intención de los artífices del negocio respectivo, sea fidedignamente interpretada...".
- **Sentencia del 8 de febrero de 2008, de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia** Concluyó que: De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado "por claro que sea el tenor literal del contrato" (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni "encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato..."
- **Sentencia del 26 de enero de 2006, de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, concluyó que: "En auto del nueve de diciembre de 2004, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹³² precisó la relevancia de la contraprestación que se debe pactar en los contratos de concesión, en los siguientes términos: "...La norma que se deja expuesta (se refiere al numeral 4o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) destaca como características principales del contrato las siguientes:
A. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

	<p>B. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.</p> <p>C. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública</p> <p>D. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.</p> <p>E. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.</p> <p>F. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.</p> <p>G. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.</p> <p>“Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato.”</p> <p>“De lo anterior es posible concluir, en primer lugar, que la contraprestación a que se hace referencia en el numeral 4o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es aquella a que tendría derecho el concesionario—mas no la entidad concedente—y, en segundo lugar, que, si bien la ley no consagra expresamente la obligatoriedad de ésta contraprestación, ésta constituye un elemento esencial del contrato de concesión.”</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia C 495 de 1996, de la Corte Constitucional concluyó: “... cuando se trata de tasas, el „hecho generador” son los servicios que se prestan o la participación en el beneficio que se permite y a los cuales se accede voluntariamente.” • Sentencia C 495 de 1993, de la Corte Constitucional concluyó: “En cuanto a la naturaleza jurídica de las tasas dijo „...son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta. „Toda tasa implica una erogación al contribuyente
--	--

decretada por el Estado por un motivo claro, que, para el caso, es el principio de razón suficiente: Por la prestación de un servicio público específico. El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta. „La tasa es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de compensar en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él. ” Bien importante es anotar que las consideraciones de orden político, económico o social influyen para que se fijen tarifas en los servicios públicos, iguales o inferiores, en conjunto, a su costo contable de producción o distribución. Por tanto, el criterio para fijar las tarifas ha de ser ágil, dinámico y con sentido de oportunidad. El criterio es eminentemente administrativo.”

- **Sentencia C040 de 1993, de la Corte Constitucional** concluyó: “Como es bien sabido, en hacienda pública se denomina "tasa" a un gravamen que cumpla con las siguientes características: - “El Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido;
 - “El precio pagado por el ciudadano al Estado guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido.
 - “El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio.
 - “El precio cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión.
 - “Ocasionalmente, caben criterios distributivos (Ejemplo: Tarifas diferenciales).
 - “Ejemplo típico: Los precios de los servicios públicos urbanos (energía, aseo, acueducto).” (...)

“De otra parte, el tercer inciso de este artículo (se refiere al numeral 12 del artículo 150 de la Constitución) que señala que: La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos” (Subraya la Corte)

“Este inciso de la Carta, es claro. En primer lugar, diferencia los conceptos de tasa, contribución y tributo o impuesto, en perfecta concordancia con los conceptos estrictos de la hacienda pública.

“En efecto, la norma que se estudia afirma que las tarifas de las tasas-entendidas como recuperación de los costos de los servicios que les presten a los contribuyentes-y las tarifas de las contribuciones-entendidas como participación en los beneficios que les proporcionen a los mismos contribuyentes-, puedan ser fijadas por las autoridades, previo permiso de la ley. Excluye de esta posibilidad, a los impuestos, pues sólo la ley puede definir las tarifas

	<p>de los mismos, según el inciso primero.”</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia del 19 de julio de 2001, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el principio de sujeción estricta y la obligatoriedad del pliego de condiciones, dice que: “Es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes... El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato”. • Sentencia del 12 de febrero de 1980, de la Corte Suprema de Justicia concluyó: La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso que aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha” (...) “Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos.”
<p>Jurisprudencia Arbitral indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Laudo Arbitral del 6 de diciembre de 2005. SACSA (Sociedad Aeroportuaria de la Costa) vs UAEAC. (En relación con el recaudo de la Tasa Aeroportuaria Internacional, se suscitó una controversia entre las partes, también con ocasión de la tasa que debían pagar los pasajeros con destino internacional que hacen conexión en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá. <p>Dicha controversia fue dirimida a través del laudo arbitral de fecha 6 de diciembre de 2005, el cual concluyó que</p> <p>Sin incorporar distinción alguna alrededor de dicho concepto, a favor del Concesionario se cedió la “Tasa Aeroportuaria”, la cual, a su turno, fue definida contractualmente de manera expresa por las mismas</p>

	<p>Partes como el “Valor que se cobra a los pasajeros por el uso de las instalaciones aeroportuarias”, por manera que no es posible ahora introducir elementos nuevos o ajenos al contrato, no contemplados ni convenidos por las Partes al momento de su celebración, para efectos de alterar, modificar, reducir, recortar o variar lo que en ese momento se cedió al contratista particular, esto es – se repite-, la “Tasa Aeroportuaria.”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Laudo arbitral el 5 de octubre de 2005. AEROCALI vs UAEAC. (Declárase que, de conformidad con los hechos establecidos como anormales e imprevisibles en la parte motiva, se produjo una reducción del tráfico internacional y de los ingresos en la cuantía y demás condiciones expuestas al estudiar la pretensión 1.5. de AEROCALI S.A.) En la parte motiva se expresa: “Conforme a lo expuesto el Tribunal accederá a la pretensión 1.4.2 limitando la declaración a la disminución de los ingresos por concepto de pasajeros internacionales tomando como referencia para el calculo el dictamen pericial de Juan Carlos Echeverry, sin que se pueda vincular la declaración al concepto de ingresos estimados por el concesionario.” Los hechos que en esa ocasión el Tribunal reconoció como anormales e imprevisibles, fueron los ocurridos el 11 de septiembre de 2001 con ocasión del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York. <p>Teniendo en cuenta las anteriores reflexiones y consideraciones en relación con la identidad de sujetos, causa petendi y pretensiones en los dos procesos, el Tribunal concluye, y así lo expresará en la parte resolutive, que no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada.)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Laudo Arbitral de Mansarovar Colombia Energy Ltd. Vs. Ecopetrol, de fecha 12 de febrero de 2010. (En relación con la interpretación por aplicación práctica, conviene puntualizar que “la conducta de las partes puede servir de instrumento de interpretación del contrato, pero para ello es necesario que tal conducta sea inequívoca, que provenga de ambas partes o de una de ellas con la aprobación de la otra, y que en todo caso no se pueda concluir que la conducta observada resulta de un error, de una falta de atención o del cumplimiento imperfecto de la obligación.)
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	534
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	358
Suspensiones solicitadas por las partes (en días)	173
Suspensiones por causa legales (en días)	0

VIII. DECISUM	
Respuesta al problema planteado:	DECISIÓN
PRETENSIONES	
<p>Decisión unánime: <u>SI</u> Salvamento de voto: <u>NO</u> Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal</p>	<p>Pretensiones:</p> <p>“PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 058-CON 2000 por parte de la AEROCIVIL, celebrado entre este Establecimiento Público y Aerocali el día 1 de junio de 2000, al impedir el recaudo de las tasas aeroportuarias internacionales que se deben cobrar a los pasajeros internacionales que se originan en el Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón en una determinada aerolínea, y que realizan una conexión hacia un destino internacional con una aerolínea diferente en el Aeropuerto El Dorado.</p> <p>PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Concesionario, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión No. 058-CON 2000, celebrado el 1 de junio de 2000 por la AEROCIVIL con Aerocali, en contra del Concesionario.</p> <p>SEGUNDA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que se declare que AEROCALI tiene derecho a percibir las tasas aeroportuarias internacionales en los términos previstos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 046-99 y del contrato de concesión No. 058CON 2000.</p> <p>TERCERA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que como</p>
	<p>Decisión:</p> <p>PRIMERO: Declarar no probada la excepción de Caducidad respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias, y sexta.</p> <p>SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de Falta de Jurisdicción respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias y sexta.</p> <p>TERCERO: Declarar no probada la excepción de Cosa juzgada propuesta.</p> <p>CUARTO: Declarar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE AERONAUTICA CIVIL - AEROCIVIL - incumplió el Contrato de Concesión No. 0058-CON 2000, celebrado el día 1 de junio de 2000, al no permitir el recaudo de las tasas aeroportuarias internacionales que se deben cobrar a los pasajeros internacionales que se originan en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón en una determinada aerolínea, y que realizan una conexión hacia un destino internacional con una aerolínea diferente en el Aeropuerto El Dorado, siempre que se haya celebrado un único contrato de transporte internacional.</p> <p>QUINTO: Por haber prosperado parcialmente la pretensión resuelta en el numeral anterior, no hay lugar a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de la primera pretensión principal.</p> <p>SEXTO: Declarar que AEROCALI S.A. tiene derecho a percibir las tasas aeroportuarias internacionales que se deben</p>

	<p>consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la AEROCIVIL, al restablecimiento de los derechos del Concesionario, a través del reconocimiento de su derecho a recaudar y percibir las tasas aeroportuarias internacionales, correspondientes a los pasajeros internacionales que se originen en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali.</p> <p>PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se REVISE el contrato de concesión No. 058-CON 2000 y se disminuya el monto de la contraprestación pactada en el mismo contrato a cargo del Concesionario y a favor de la AEROCIVIL, en una cantidad equivalente a los ingresos que ha dejado de recibir el Concesionario por concepto de las tasas aeroportuarias internacionales.</p> <p>CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que, de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 058-CON-2000, la operación directa de los equipos de seguridad, y la responsabilidad correspondiente, derivadas de las fallas en la prestación de éste servicio, no son competencia del Concesionario y son competencia de la AEROCIVIL.</p> <p>QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que AEROCALI se ha visto obligada a operar los mencionados equipos de seguridad directamente, para salvaguardar la continuidad del servicio público de transporte aéreo,</p>	<p>cobrar a los pasajeros internacionales que se originan en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón en una determinada aerolínea, y que realizan una conexión hacia un destino internacional con una aerolínea diferente en el Aeropuerto El Dorado, siempre que se haya celebrado un único contrato de transporte internacional.</p> <p>SEPTIMO: Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL a reconocer a AEROCALI el derecho a recaudar y percibir las tasas aeroportuarias internacionales que se deben cobrar a los pasajeros internacionales que se originan en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón en una determinada aerolínea, y que realizan una conexión hacia un destino internacional con una aerolínea diferente en el Aeropuerto El Dorado, siempre que se haya celebrado un único contrato de transporte internacional.</p> <p>OCTAVO: Por haber prosperado la pretensión tercera principal, no hay lugar a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de esta.</p> <p>NOVENO: Declarar que prosperan parcialmente las pretensiones cuarta y quinta principales, en cuanto se encontró probado que, de acuerdo con el contrato de concesión 058-CON-2000, la operación de los filtros de seguridad de los muelles nacional e internacional del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, no corresponde al concesionario. El Tribunal no se pronuncia respecto de las pretensiones cuarta y quinta principales en relación con la eventual responsabilidad por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.</p> <p>DECIMO: Declarar que prospera parcialmente la pretensión sexta principal. En consecuencia, condenar a la UNIDAD</p>
--	--	---

	<p>y que la AEROCIVIL es la responsable por las fallas en la prestación del servicio durante el tiempo que AEROCALI se ha visto obligada a prestarlo, teniendo en cuenta que la AEROCIVIL se negó a llevar a cabo dicha tarea por sí o por interpuesta persona, a pesar de tratarse de una tarea de su competencia, en virtud del Contrato.</p> <p>SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la AEROCIVIL, al restablecimiento de los derechos del Concesionario, a través del pago de los perjuicios causados a éste.</p> <p>SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene a la AEROCIVIL dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. “OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene a la AEROCIVIL al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”</p>	<p>ADMINISTRATIVA DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL- a pagar a AEROCALI S.A., dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de trescientos veintisiete millones veinticinco mil ciento noventa y ocho pesos (\$327.025.198), por concepto de daño emergente causado por la contratación de personal para la operación de los filtros de seguridad en el Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón.</p> <p>Se niega la pretensión sexta principal en cuanto a los perjuicios derivados del incumplimiento declarado en el numeral cuarto anterior.</p> <p>UNDECIMO: Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL- a pagar a AEROCALI S.A., dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de diez y siete millones novecientos treinta y cinco mil trescientos cuatro pesos (17.935.304), por concepto de daño correspondiente a los costos de oportunidad de la suma referida en el numeral anterior.</p> <p>DUODECIMO: Negar las demás excepciones propuestas.</p> <p>DÉCIMOTERCERO: No condenar en costas</p> <p>DÉCIMOCUARTO: Por Secretaría expídase copia auténtica e íntegra de este laudo, con constancia de ser primera copia que presta mérito ejecutivo con destino a AEROCALI S.A.. Expídanse sendas copias auténticas e íntegras de este Laudo con destino a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE AERONAUTICA CIVIL – AEROCIVIL- , a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 115, num. 2o C. de P. C.).</p>
--	--	---

		DECIMOQUINTO: Ordenase la protocolización del expediente en una de la Notarías del Círculo de Bogotá y la rendición de cuentas por el Presidente a las partes, respecto de lo depositado por concepto de gastos de funcionamiento y protocolización; en caso de excedentes, restituirlos a las Partes por mitades; si la suma disponible de ésta partida no resulta suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, el valor faltante deberá ser sufragado por ambas Partes, también por mitades.
EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvencción (si es del caso deben incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)	Excepciones: <p>"A. Caducidad respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias, y sexta.</p> <p>B. Falta de jurisdicción respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias, y sexta.</p> <p>C. Ausencia de derecho de Aerocali para reclamar las tasas aeroportuarias internacionales a las que se refieren sus pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias, y sexta.</p> <p>D. Ausencia de derecho de Aerocali para trasladarle a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil sus obligaciones relativas a la operación de los equipos de seguridad, como aquella lo plantea en sus pretensiones cuarta, quinta y sexta.</p> <p>E. Cosa juzgada respecto de la discusión sobre las tasas aeroportuarias internacionales"</p>	Decisión sobre las excepciones: <p>PRIMERO: Declarar no probada la excepción de Caducidad respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias, y sexta.</p> <p>SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de Falta de Jurisdicción respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera, junto con las correspondientes subsidiarias y sexta.</p> <p>TERCERO: Declarar no probada la excepción de Cosa juzgada propuesta.</p> <p>DUODECIMO: Negar las demás excepciones propuestas.</p>
Valor de la decisión	\$344'960.502	
Valor de las costas y agencias en derecho		
Valor sanción por	NO	

diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 del CGP)	
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación*	NO
Recurso de Revisión*	NO
Acción de Tutela*	NO
Conciliación total*	NO
Conciliación parcial*	NO

(* En los casos eventuales se debe llenar, mutatis mutandi, la misma información arriba requerida)