

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Contra laudo arbitral de 5 de julio de 2012 de tribunal de arbitramento / CONVOCADAS - Empresa de Energía de Boyacá S.A ESP y Gestión Energética S.A ESP / CONVOCANTE - Compañía Eléctrica de Sochagota S.A ESP / OBJETO DEL CONTRATO - Construir, operar y mantener Unidad IV de la Central Termoeléctrica de Paipa bajo modalidad de acuerdo comercial / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Regulación legal. Ley 1107 de 2006 / COMPETENCIA - Unica instancia proferidas en conflicto de contratos estatales

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por las sociedades Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., proferido el 5 de julio de 2012 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato n.º 94.016 y complementado el día 17 siguiente. (...) de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1107 de 2006, a cuyo tenor, en aplicación del factor orgánico, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Para el caso concreto, entre la parte convocante y las sociedades Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer en única instancia, del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia, conforme lo preceptúan el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003, de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128 NUMERAL 5

LAUDO ARBITRAL - Procede recurso extraordinario de anulación / TERMINO DE PROCEDENCIA - Ley 1150 de 2007 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Protege derechos constitucionales del debido proceso y defensa por irregularidades en trámite arbitral

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, dentro de los cinco días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo aclare o corrija, por las causales expresamente definidas en el ordenamiento. La Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. (...) entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - No puede utilizarse como segunda instancia ni replantearse el debate sobre el fondo del proceso ni revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento / COMPETENCIA DEL JUEZ DEL RECURSO DE ANULACION - Se rige por principio dispositivo

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate

sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

DECLARATORIA DE DESIERTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - La falta de poder especial no puede derivar la decisión de declarar desierto el recurso / FALTA DE PODER - Requisito subsanable que no impide decidir de fondo / DECLARACION DE DESIERTO DEL RECURSO DE ANULACION - Procede por falta de sustentación no por carencia de representación judicial / DECLARACION DE DESIERTO DEL RECURSO DE ANULACION - Improcedente

La convocante funda su solicitud en la afirmación de que la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. no sustentó el recurso de anulación, habida cuenta que el documento arrimado al proceso con ese fin viene dirigido a los árbitros y suscrito por una apoderada que carece de representación judicial, en cuanto no aportó un poder distinto del que le fue conferido para actuar ante el tribunal arbitral, conforme con anteriores pronunciamientos de esta Corporación. (...) Si bien la Corporación ha aplicado el criterio de que la falta de poder especial para actuar en sede del recurso de apelación amerita la inadmisión y corrección, de ello no puede derivarse la decisión de declarar desierto el recurso, si se considera que lo indicado es que, aún bajo la exigencia formalista de que el trámite del recurso de apelación requiere del otorgamiento de un nuevo poder, se trata de un requisito subsanable, que no impide decidir de fondo como efectivamente ocurrió en el caso traído por la convocante en apoyo de su solicitud. (...) la falta de sustentación y la carencia de representación judicial, no pueden conducirse los efectos de esta última al campo de la primera, con fundamento exclusivo en la analogía y en la interpretación extensiva, dada la imposibilidad de utilizar estos recursos hermenéuticos en tratándose de normas con efectos sancionatorios o restrictivos, como lo prohíbe el artículo 31 del Código Civil. Así las cosas, el decaimiento del recuso no puede extenderse o aplicarse analógicamente a los casos de la falta de representación. (...) en tanto la solicitud de la convocada en el sentido declarar desierto el recurso viene fundada en una falta por exceso de rigor, carente de fundamento en la normatividad que rige la sustentación del recurso de anulación, los alcances del poder para litigar y los efectos de la falta de representación judicial, huelga concluir su improcedencia y pasar al estudio de los cargos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 31

ALCANCES DEL PODER - La ley no establece restricciones relativas a la insuficiencia del inicialmente otorgado / LIMITACIONES AL PODER - No le corresponde al juez establecerlas

Observa la Sala que la ley tiene definidos los alcances del poder, sin establecer restricciones relativas a la insuficiencia del inicialmente otorgado, a efectos de ejercer el recurso de anulación. Por el contrario, al definir las limitaciones al alcance de las facultades del apoderado, el artículo 70 del Código de

Procedimiento Civil, las hace consistir exclusivamente en lo que tienen que ver con los actos de disposición del derecho en litigio, los reservados por la ley a la parte y la facultad de recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado. (...) Habiéndose ocupado la ley de i) definir que el poder para litigar comprende las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, incluidos los recursos y ii) señalar las facultades que se entienden excluidas o que requieren autorización expresa, no le corresponde al juez establecer limitaciones al poder ajenas a las dispuestas por la ley, como la consistente en exigir que, si el conferido para litigar en el trámite arbitral no la lleva expresa, la facultad para ejercer el recurso de anulación amerita el otorgamiento de un poder especial para estos efectos. En criterio de la Sala, una decisión en ese sentido no solamente constituye una restricción indebida al alcance de la autonomía de la voluntad privada que las normas citadas dejaron en cabeza de las partes del contrato de mandato, sino que contraría las citadas disposiciones legales.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 70

FALTA DE JURISDICCION POR INDEBIDA CONSTITUCION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO AL VINCULAR A LA EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA AL CONFLICTO - Negado por encontrarse vinculada a la cláusula compromisoria convenida en el contrato y por desbordar los límites del recurso los yerros planteados contra el laudo / FALTA DE JURISDICCION - No se alegó en la primera audiencia de trámite

No podrá ocuparse la Sala de las razones en que se apoya este cargo tendientes a cuestionar la falta de competencia, fundada específicamente en la ineficacia de la reserva formulada por la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a la cesión llevada a cabo entre las convocadas, si se considera que este asunto fue objeto de amplios análisis que le permitieron al tribunal de arbitramento concluir que la recurrente sigue vinculada a la cláusula compromisoria convenida en el contrato sub iudice y los yerros que la recurrente enfila contra esta conclusión del laudo desbordan los límites del recurso. (...) A su juicio, esta irregularidad es insaneable, por no estar comprendida dentro de los aspectos que las partes pueden disponer en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y amerita la anulación del laudo, conforme con las disposiciones finales del artículo 144 de la codificación procesal civil, sin sujeción al requisito de procedencia establecido para la causal 2ª de que trata el artículo 163 del Decreto ley 1818 de 1998. Lo anterior, con el fin de determinar si desde esta óptica de la recurrente es procedente el estudio del cargo planteado con fundamento en la falta de jurisdicción de que tratan las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. (...) la anulación del laudo por falta de jurisdicción originada en aspectos regidos por el poder dispositivo de las partes, en sede del recurso extraordinario de que se trata, está sujeta a la exigencia de la alegación previa en la oportunidad procesal prevista en esta última disposición. La inobservancia de esta carga impide el acceso al juez de la anulación, lo que equivale a que el silencio de la parte convocada en esta materia produce los efectos positivos del principio de la competence-competence, en cuanto habilita la constitución del tribunal. (...) En el caso que ocupa la atención de la Sala, la falta de jurisdicción de los árbitros la funda la recurrente en asuntos comprendidos en el poder dispositivo de las partes, en cuanto tienen que ver con la cesión que hizo la recurrente de su posición en el contrato n.º 94.016 en el que se convino la cláusula compromisoria y con la reserva a esa transferencia formulada por la cedida, sobre los cuales la recurrente i) en la contestación de la demanda, presentada el 23 de septiembre de 2009, aceptó expresamente ser cierta la cesión que hizo en favor de la sociedad Gestión

Energética S.A. y la no liberación por parte de la contratista cedida; ii) en esa misma fecha, ejerció la demanda de reconvencción fundada en que convino y es parte en la cláusula compromisoria; iii) el 12 de noviembre de 2009, se opuso a la excepción de falta de legitimación propuesta por la convocada en la contestación de la reconvencción aduciendo seguir vinculada al contrato sub lite y iv) nada cuestionó en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 15 de diciembre de 2009, en la que se constituyó el tribunal de arbitramento. (...) Siendo que la procedencia del cargo formulado con fundamento en la causal segunda del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 está condicionada al cumplimiento del requisito de alegación previa en la primera audiencia de trámite y, en cuanto no es cuestión litigiosa que la recurrente no propuso la falta de jurisdicción en la oportunidad señalada como lo admitió en el recurso, sino que, por el contrario, en la etapa de constitución del tribunal aceptó expresamente estar vinculada a la cláusula compromisoria pactada en el contrato sub iudice, mediante la cual se habilitó la jurisdicción de los árbitros, no le asiste legitimación para proponer ese cargo de anulación y provocar el pronunciamiento en esa materia.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144 / DECRETO LEY 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

FALLO DE CONCIENCIA DE LOS ARBITROS - Debió existir pronunciamiento en derecho / FALLO DE CONCIENCIA DE LOS ARBITROS - Al omitir valorar dictamen que demostraba que el presentado por otro experto adolecía de error grave / LAUDO ARBITRAL - Proferido en derecho por los árbitros al analizar los dictámenes periciales. No prosperó cargo

Para la Sala la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula arbitral, ii) analizó la naturaleza, los antecedentes y los regímenes jurídico y financiero del contrato celebrado, iii) valoró los dictámenes periciales allegados al proceso y iv) concluyó con el análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio. Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que contiene varias consideraciones de los árbitros en torno al dictamen rendido por el señor Andrés Escobar, hecho que desvirtúa los fundamentos del cargo en lo que tiene que ver con la falta de valoración de este elemento probatorio, en orden a tratar de configurar el cargo en estudio. En efecto, al dar cuenta de la conformación del acervo probatorio, reunido en el proceso con el fin de acreditar la objeción por error grave formulada contra el dictamen del perito Ramiro de la Vega, los árbitros tuvieron en cuenta que comprende testimonios de personas con conocimientos técnicos especializados, informes rendidos por diferentes entidades y dictámenes rendidos tanto por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, como por el señor Andrés Escobar. (...) Y siendo la asignación de los riesgos un asunto esencial del contrato celebrado que involucra aspectos financieros y jurídicos, no resulta válido sustituir al juez arbitral por el perito en lo que toca con el deber de analizar y decidir de estas materias, dado el carácter de auxiliar de la justicia que le atribuye la ley a este último. (...) 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. (...) En síntesis, habida cuenta de que el laudo arbitral

impugnado se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico, el cargo formulado no prospera.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 9

ERRORES ARITMETICOS EN EL LAUDO ARBITRAL - Causal procedente si el recurrente la alega oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento / ERROR ARITMETICO - No fue posible deducirlo dado que no contenía el laudo cifras como minuendo y sustraendo

Conforme lo dispone el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esta causal procede a condición de que el recurrente la hubiere alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, requisito que cumplió Gestión Energética S.A. E.S.P. pues, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo, solicitó que el Tribunal aclarara la contradicción que la misma encuentra entre el numeral séptimo del fallo y su parte motiva, en que además funda el recurso, al tiempo que puso de presente que en esa misma decisión el Tribunal descontó parcialmente los beneficios tributarios obtenidos por la convocante y solicitó complementar el laudo en el sentido de aplicar los descuentos declarados en el numeral decimoctavo, teniendo en cuenta para el efecto el valor total, a su juicio, acreditado con la prueba pericial y no solamente el valor acogido por los árbitros. (...) Encuentra la Sala que la contradicción en que se funda el cargo, se advierte confrontando el numeral séptimo de la parte resolutive con las razones del fallo, empero sin la entidad suficiente para constituir la irregularidad que, conforme con la causal invocada, daría lugar a su corrección. Amén de que la expresión “se condenará a EBSA-GENSA a pagar a favor de CES” contenida en la parte motiva i) no puede ser entendida como una decisión, al tenor de las disposiciones del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que deslindan los efectos claramente justificativos de los razonamientos de la parte motiva, de los decisorios de la parte resolutive y ii) no puede ser entendida necesariamente en referencia a una obligación solidaria, por el hecho de haberse enunciado en ella a las convocadas, pues, conforme con las disposiciones del artículo 1568 del Código Civil, –se destaca- “[l]a solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”. (...) 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 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 decimoctavo 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 decimoctavo, no se puede afirmar, estricto sensu, que se imposibilite su ejecución.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 7 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1568 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304

ASUNTOS NO SUJETOS A DECISION ARBITRAL - En virtud del principio de congruencia la decisión de árbitros debe corresponder con lo pedido / DECISION ARBITRAL - No puede concederse ultrapetita ni extrapetita / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Causal que demanda análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado / COMPETENCIA DEL JUEZ ARBITRAL - Estudiar y decidir la forma como las convocadas deben asumir la obligación de indemnizar los perjuicios / DECISION ARBITRAL - No se desconoció principio de congruencia

En virtud del principio de congruencia, la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que el laudo no puede conceder más (ultra petita), ni nada extraño (extra petita), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco puede el juez arbitral otorgar menos de lo pretendido y probado (infra o citra petita), discordancia que se enmarca en la causal 9ª de la misma normatividad. Resulta, entonces, que, en lo relativo al principio de congruencia, la causal que se estudia demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede la anulación total o parcial del laudo. La recurrente considera que el Tribunal se extralimitó, porque condenó a la convocada a pagar “en subsidio” en favor de la contratista los mayores costos en que incurrió por la ejecución del contrato. (...) En ese orden, para la Sala resulta claro que, i) habiéndose planteado entre las partes la litis con fundamento en la cesión del contrato n.º 94.016 entre las convocadas y en la reserva formulada por la convocante; ii) estando las pretensiones de condena dirigidas contra Gestión Energética S.A. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., y contra la una o la otra y ii) concurriendo en la causa petendi los efectos que conforme el artículo 893 del Código de Comercio deben producirse entre la cedente, la cesionaria y la cedida con ocasión de la cesión y la reserva, correspondía al juez arbitral estudiar y decidir la forma como las convocadas deben asumir la obligación de indemnizar los perjuicios. Además de que, como observa la Sala, los efectos de la cesión y la reserva están definidos por normas jurídicas que el juez está obligado a aplicar, conforme con el principio iura novit curia, aún sin que las partes las hayan invocado. (...) la Sala no encuentra respaldo al cargo formulado sobre la base de que la convocada limitó sus pretensiones de condena a la responsabilidad solidaria, excluyendo la subsidiaria determinada en el numeral séptimo del laudo. Así las cosas, el cargo por desconocimiento del principio de congruencia formulado por la convocada, carece de fundamento y, en tanto se orienta a insistir en los efectos de la cesión de la posición que la contratante tenía en el contrato n.º 94.016 y de la reserva formulada por la cedida, recae sobre asuntos ajenos al recurso de anulación formulado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 893

EXCEPCIONES NO RESUELTAS SUJETAS AL ARBITRAMIENTO - Inexigibilidad de las obligaciones frente al cedente / EXCEPCION DE INEFICACIA PROPUESTA POR EL CONVOCANTE - No decidida integralmente / EXCEPCIONES DE OFICIO - No es procedente pronunciamiento de oficio por juez arbitral / EXCEPCIONES - No fueron propuestas en la contestación de demanda / JUEZ DE LA ANULACION - No puede ejercer poderes oficiosos

Confrontación de la cual resulta que el cargo formulado por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. no tiene vocación de prosperidad, en cuanto de la revisión integral de la contestación de la demanda se encuentra que las convocadas no propusieron los medios exceptivos, que sustentan la causal. En adición, observa la Sala que el cargo en estudio apunta a que los árbitros tenían que pronunciarse de oficio sobre excepciones que, en cuanto fundadas en lo que tiene que ver con la exigibilidad del pago y la eficacia de la reserva a la cesión formulada por la cedida y que las convocadas aceptaron al demandar en reconvencción, envuelven asuntos comprendidos en su poder dispositivo, razón por la que, a juicio de la Sala, no le resultaba posible al juez arbitral pronunciarse, si se considera que el proceder en ese sentido vulneraría el derecho de defensa de la parte convocante. De donde

tampoco podrá el juez de la anulación ejercer los poderes oficiosos que se reclaman, en cuanto los pronunciamientos que se echan de menos nada tienen que ver con hacer prevalecer el orden imperativo, como sucede en asuntos relacionados con la caducidad, la falta de competencia y la nulidad absoluta, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

IMPUESTO DE VALOR AGREGADO - Gravamen frente al cual el tribunal de arbitramento se pronunció sobre todos los movimientos cuestionados

El cuestionamiento de la recurrente en lo referente a que también se debieron descontar del gravamen a los movimientos financieros los valores que fueron descontados del impuesto al valor agregado, debe considerarse que, en cuanto el Tribunal se pronunció sobre todos los movimientos cuestionados por las convocadas en la excepción novena, no resulta posible en esta oportunidad que la Sala se ocupe de extender el análisis a otros aspectos no comprendidos en la formulación que de esa excepción hicieron las convocadas ante el Tribunal.

COMPUTO DE LOS BENEFICIOS O EFECTOS VENTAJOSOS - Se encontró acreditado con dictamen relacionados con el ahorro en el impuesto de renta de años 1999 a 2010

Al analizar la pretensión vigésima de la demanda de reconvención, el tribunal encontró procedente que al valorar el daño también se consideren las imputaciones o cómputo de los beneficios o efectos ventajosos –compensatio lucri cum damno-, sobre los cuales exista certeza, vínculo de causalidad con el daño y se haya cumplido la carga de la prueba, dada la imposibilidad de presumirlos. Requisitos que encontró acreditados, con el dictamen de la experta Cepeda Mantilla, en lo que tiene que ver con el ahorro en el impuesto de renta y complementarios entre los años gravables 1999 a 2010, por “haber podido considerar como costo o gasto descontable de dicho impuesto, los pagos de IVA y aportes a pensiones, al igual que registrar contablemente el IVA como mayor valor de los activos recuperable a través de depreciación también deducible de aquel impuesto”, por un valor de \$1.588.330.884, que corresponde con la suma de las cifras que arrojó la prueba pericial.

PRUEBA PERICIAL - Se ajustó a derecho no contravino principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - El juez arbitral dio crédito a cifras del dictamen pericial

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.

CRITERIOS DE CERTEZA Y CAUSALIDAD - Aplicadas para valorar pruebas periciales / PRINCIPIOS DE LA LIBRE VALORACION RACIONAL Y SANA CRITICA - Le competen al juez arbitral / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACION - Los principios de la libre valoración racional y sana crítica no están dentro de su alcance

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.

LAUDO COMPLEMENTARIO - Los ajustes integrales por inflación y los aranceles no fueron debatidos oportunamente. Cargo negado / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Declarado infundado

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 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. 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 reconvención, no prospera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., tres (03) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-000-62-00(45007)

Actor: COMPAÑIA ELECTRICA DE SOCHAGOTA SA ESP

Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA SA ESP Y OTRO

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por las convocadas, Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., contra el

laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012 por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver sus diferencias, complementado el día 17 de iguales mes y año, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas, integradas según el laudo complementario:

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.

SEGUNDO: Declarar 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.

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.

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.

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 el I.V.A. y los aportes a pensiones con posterioridad a esa misma fecha.

SEXTO: Declarar que Gestión Energética S.A. E.S.P. incumplió el contrato 94.016, en particular en lo que se refiere a la cláusula décima quinta, literal c.

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 SIETE PESOS MONEDA 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.

OCTAVO: Desestimar, por falta de fundamento, las restantes pretensiones contenidas en el capítulo petitorio de la demanda principal en su texto reformado.

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.

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.

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.

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.

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.

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 tener a su cargo la operación de la Planta Paipa IV.

DECIMOQUINTO: Declarar que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy Compañía de Expertos en Mercados 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 reconvenición reformado, pagos por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia del 95% establecida en la Resolución

CREG-024 de 1995.

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 Compañía de Expertos en Mercados 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 Compañía de Expertos en Mercados 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.

DECIMOSÉPTIMO: 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 Compañía de Expertos en Mercados 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.

DECIMOCTAVO: Declarar que, conforme a lo dicho en la parte expositiva de esta providencia sobre el particular, con posterioridad al mes de agosto de 2002, se presentaron eventos en los que la Planta Paipa IV no estuvo en operación cuando fue solicitada por el Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho).

DECIMONOVENO: Declarar que conforme a la cláusula décima novena del contrato 94.016, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. está obligada a pagarle a la convocada y a la vez contrademandante, una penalización por aquellos eventos imputables a la primera en las que la Planta Paipa IV no entre en operación cuando sea solicitada por el Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho).

VIGÉSIMO: 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.

VIGÉSIMO PRIMERO: 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 (sic) del literal c) de la cláusula décima quinta de dicho contrato, no constituye un evento de fuerza mayor.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar que el pago del gravamen a las transacciones financieras por parte de la Compañía Eléctrica 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 desarrollar, diseñar, construir, operar, adquirir o arrendar la Planta Paipa IV.

VIGÉSIMO TERCERO: *Condenar a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a Gestión Energética S.A. 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 (\$2.487.700.474,00), más los intereses de mora sobre esta 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 reconvención reformada como trigésima quinta, cuadragésima, cuadragésima segunda y cuadragésima tercera.

VIGÉSIMO CUARTO: *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 reconvención reformada, en vista del desistimiento de las pretensiones sexta, séptima, octava, novena y trigésima cuarta en el mismo capítulo contenidas.*

VIGÉSIMO QUINTO: *Desestimar por falta de fundamento, las restantes pretensiones contenidas en el capítulo petitorio de la demanda de reconvención en su texto reformado.*

VIGÉSIMO SEXTO: *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 reconvención en su texto reformado, como excepciones segunda, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima y vigésima primera.*

VIGÉSIMO SÉPTIMO: *Abstenerse de efectuar pronunciamiento sobre las defensas distinguidas, en el escrito de respuesta a la demanda de reconvención 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.*

VIGÉSIMO OCTAVO: *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 reconvención 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.

VIGÉSIMO NOVENO: *Desestimar por falta de fundamento, las restantes defensas distinguidas como excepciones en el escrito de respuesta a la demanda de reconvención en su texto reformado.*

TRIGÉSIMO: *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.*

TRIGÉSIMO PRIMERO: *Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.*

TRIGÉSIMO SEGUNDO: *Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.*

TRIGÉSIMO TERCERO: *Por la presidencia se procederá a rendir cuenta de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal.*

Por Secretaría notifíquese en forma personal esta providencia a las partes y al señor Agente del Ministerio Público.

En providencia del 17 de julio de 2012, el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias de las recurrentes resolvió:

PRIMERO: *Reconocer personería (...)*

SEGUNDO: *Denegar por improcedentes las solicitudes de aclaración y adición estudiadas en el presente auto, formuladas respecto del Laudo proferido con fecha cinco (5) de julio del año en curso por las tres entidades que fueron parte en el proceso arbitral del rubro.*

TERCERO: *Por secretaría notifíquese en forma personal esta providencia a los apoderados de las partes y al señor Agente del Ministerio Público, en consecuencia no hay lugar a llevar a cabo la audiencia fijada para el día diecinueve (19) de julio de dos mil doce (2012).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 2 de abril de 2009, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P, a través de apoderado, instauró demanda arbitral en contra de las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. y Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. procurando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas -conforme con la reforma presentada el 30 de septiembre de 2007-:

I.PRETENSIONES DE LA DEMANDA

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.*

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 tributos o se incrementaron las tarifas de unos ya existentes, por las disposiciones que se señalan a continuación o las que el Tribunal establezca:*

2.1. El gravamen a las transacciones financieras, el cual fue creado inicialmente por el Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998.

2.2. La sobretasa al impuesto de renta y complementarios, que fue creada por la Ley 788 del 27 de diciembre de 2002.

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.

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.

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.

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 2007, o las disposiciones que el tribunal establezca.

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.

QUINTA: Que se declare que Gestión Energética S.A. E.S.P. ni 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 1.400 MW-mes.

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).

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 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 determine, entre la fecha en que cada suma fue cancelada y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN 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 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.

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 anteriores pretensiones segunda y tercera de esta demanda.

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 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 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 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.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN 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 actualizadas y con adición de intereses comerciales, 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.

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.*

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 al laudo arbitral que se profiera.*

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 ejecución del laudo (...).*

1.2. Fundamentos

Para apoyar sus pretensiones la parte convocante puso de presente estas razones:

1.2.1. El contrato n.º 94.016, celebrado el 4 de marzo de 1994, previa convocatoria pública internacional, con el objeto de construir, operar y mantener la Unidad IV de la Central Termoeléctrica de Paipa (planta Paipa IV) bajo la modalidad de acuerdo comercial para la compra de energía (*Commercial Power Purchase Agreement-PPA*), reviste características particulares en cuanto instrumento escogido por el Estado colombiano para conjurar, con el apoyo de la inversión extranjera, la crisis del sector eléctrico que condujo al apagón en los años 1992 y 1993, si se considera que se trata de un mecanismo de financiación del proyecto *–project finance–* a cargo del contratista a cambio de una tarifa que provea el flujo de caja estable, necesario para recuperar las inversiones y mantenga a los inversionistas libres de los riesgos del mercado, cambiarios y normativos o regulatorios. Fines a los que sirven, entre otros elementos, la tarifa firme por la disponibilidad de potencia, convenida al margen del nivel de producción de la planta.

1.2.2. Conforme con la “*versión integrada*” del contrato n.º 94.016, suscrita el 9 de febrero de 1996, las partes convinieron en ajustar la tarifa fijada para la potencia disponible, cuando sobrevengan cambios normativos que impongan incrementos mayores a US50.000 en los costos de desarrollo, diseño,

construcción, operación, adquisición o arrendamiento de la planta, atendiendo a la necesidad de no alterar la estructura financiera con la que fue concebida el proyecto.

1.2.3. Desde 1994, la legislación introdujo nuevos tributos e incrementó las tarifas de otros existentes, como el gravamen a las transacciones financieras, la sobretasa al impuesto de renta y complementarios, el impuesto al patrimonio, las contribuciones a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG, el impuesto al valor agregado y las contribuciones para pensiones, imponiendo al contratista mayores costos, del orden de \$25.238.655.517. Suma que, aunque pagada por la convocante, no le fue reconocida por las convocadas, como afirma tener derecho al tenor de las estipulaciones convenidas en el literal c) de la cláusula decimoquinta suscrita.

1.2.4. El 30 de noviembre de 2005, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. le comunicó a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. su decisión de no liberarla del cumplimiento de las obligaciones, ante la cesión que hizo de su posición en el contrato n.º 94-016 en favor de Gestión Energética S.A. E.S.P.

1.2.5. En el año energético comprendido entre el 1º de diciembre de 2006 y el 30 de noviembre de 2007, haciendo caso omiso de la buena fe contractual debida, la contratante ofertó la energía de la planta Paipa IV a precios ostensiblemente no competitivos en la Bolsa de Energía, impidiendo que la contratista pudiera venderla y obtener los ingresos pactados sobre la energía producida en exceso del millón de megavatios/hora, de conformidad con lo acordado en el literal b) de la cláusula decimotercera del contrato n.º 94.016.

2. Intervención pasiva

2.1. Contestación de la demanda

Por auto dictado en audiencia del 10 de octubre de 2008, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y admitida la demanda le fue trasladada a las convocadas en esa misma fecha –fls. 101 a 103, c.p.1-. Igual trámite se impartió el 30 de septiembre siguiente a la reforma de la demanda.

Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A.

E.S.P., a través de apoderada común, se opusieron a las pretensiones, aceptaron unos hechos, manifestaron no conocer los demás y propusieron a manera de excepciones las de i) improcedencia de la acción por falta de los presupuestos convenidos en el literal c de la cláusula decimoquinta del contrato n.º 94.016 para el reajuste de la tarifa por disponibilidad –primera, décima, decimoprimera, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima, vigésima, vigésimo novena, trigésima, trigésimo cuarta-; ii) inexistencia de la obligación de reconocer a la convocante las sumas pagadas por concepto de los tributos en que funda la reclamación –segunda-; iii) inexistencia de fuerza mayor e incrementos de los costos del objeto convenido, en tanto los tributos no son pasibles de esa calificación jurídica ni dan lugar a los ajustes previstos en el literal c de la cláusula decimoquinta del contrato –tercera, cuarta, quinta y octava a decimotercera-; iv) inexistencia de incumplimiento contractual y de perjuicio imputable a las convocadas –sexta, séptima, novena, decimocuarta, decimoquinta, decimonovena, vigésimo primera, vigésimo segunda, vigésimo tercera, vigésimo sexta, trigésimo tercera, trigésimo quinta, trigésimo sexta, trigésimo séptima; v) inexistencia del deber de la contratista para constituirse en empresa de servicios públicos y de pagar contribuciones a la Superintendencia de Servicios Públicos y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –decimosegunda, decimotercera y decimocuarta-; incumplimiento contractual por haber faltado la convocante a la buena fe y al deber de colaboración –vigésimo sexta, vigésimo séptima, vigésimo octava, -; vi) contrato no cumplido –trigésimo octava- vii) improcedencia de los intereses moratorios y de la actualización pretendidos –cuadragésima a cuadragésimo segunda; viii) hecho exclusivo de la contratista –vigésimo cuarta y vigésimo quinta-; ix) nulidad del literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato n.º 94.016, por objeto ilícito; x) compensación cuadragésimo tercera; xi) prescripción y caducidad –cuadragésimo cuarta y xii) “genérica” –cuadragésimo quinta- (fls. 2 a 141, c.p.2-.

2.2. Demanda de reconvención

Las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. y Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., en demanda de reconvención –fls. 161 a 192, c.p.1-, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

a. DECLARATIVAS

a.1. Pretensiones relativas a los pagos por potencia en el año energético 2002-2003

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.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que en el 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.

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 décimo 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).

TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. 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.

CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare que la Empresa de Energía de Boyacá pagó por error 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, configurándose un pago de lo no debido.

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 valor del 75% del pago de la potencia previsto en la Cláusula 15(a) han de ser devueltos a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. en los términos de los artículos 2313 y siguientes del Código Civil.

a.2. Pretensiones relativas a los pagos por Transferencias de la Ley 99 de 1993

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.

SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se declare que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. incurrió en 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.

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 pagaron a CES un mayor valor al debido conforme a la normatividad vigente, incurriendo en un pago de lo no debido.

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 transferencias 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.

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 Mercados S.A. E.S.P.) por concepto de desviaciones

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.

DÉCIMERA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare 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.

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que las 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.

DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN: 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. E.S.P.), ha exigido el pago de las siguientes sumas por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia del 5% establecida en la Resolución CREG-024 de 1995:

Desviaciones

Año	Cantidad	Valor \$
1999	41.771.000	359.233.180
2000	41.771.000	319.755.479
2001	9.159.147	213.051.939
2002	8.589.873	89.250.592
2003	4.260.415	36.586.798
2004	4.235.811	93.169.295
2005	1.226.387	14.041.902
2006	1.385.369	37.812.378
2007	1.732.312	31.688.270
2008	743.520	125.710.684
2009	830.050	8.793.746
Total	115.794.884	1.329.094.266

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. E.S.P.), ha exigido el pago de sumas por concepto de desviaciones de la Planta Paipa IV mayores a la tolerancia del 5% establecida en la Resolución CREG-024 de 1995.

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. E.S.P. hoy XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.), han tenido que asumir ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. 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.

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 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. E.S.P. 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.

a.4. Pretensiones relativas a los pagos por concepto de penalizaciones de la cláusula décima novena posteriores al mes de agosto del año 2002.

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 Centro Nacional de Despacho).

DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que se declare que conforme a la cláusula décima 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 incurridos 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).

a.5. Pretensiones relativas a la cláusula décima quinta del contrato

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.

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 han implicado un aumento de los costos de diseñar, desarrollar, construir, operar, arrendar o adquirir la Planta Paipa IV en suma que sea igual a US\$ 5.000.000.

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.

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.

VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del contrato 94.016 el pago por parte de la CES de la Sobretasa al Impuesto de Renta, no constituye un evento de fuerza mayor.

VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del contrato 94.016 el pago por parte de la CES del Impuesto al Patrimonio, no constituye un evento de fuerza mayor.

VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare que en la ejecución del contrato 94.016 el pago por parte de la CES de las contribuciones a la SSPD y/o CREG, no constituye un evento de fuerza mayor.

VIGÉSIMA QUINTA 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.

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.

VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se declare que el pago del impuesto al patrimonio por parte de la 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.

VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Que se declare que el pago del gravamen a las transacciones financieras por parte de la 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.

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.

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.

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 CENSA y/o EBSA a CES.

b. CONDENATORIAS

TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Que se condene a la 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., por concepto de devolución del pago de lo las convocadas, las sumas pagadas por error, por parte de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. a Compañía de Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., 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, conforme a lo que se pruebe en el proceso.

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.

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 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 este proceso.

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 consecuencia de haber tenido que pagar EBSA y/o GENSA al Administrador del 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 este proceso.

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 Intercambios Comerciales (antes Interconexión Eléctrica S.A. hoy XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.):

Desviaciones		
Año	Cantidad	Valor \$
1999	41.771.000	359.233.180
2000	41.771.000	319.755.479
2001	9.159.147	213.051.939
2002	8.589.873	89.250.592
2003	4.260.415	36.586.798

2004	4.235.811	93.169.295
2005	1.226.387	14.041.902
2006	1.385.369	37.812.378
2007	1.732.312	31.688.270
2008	743.520	125.710.684
2009	830.050	8.793.746
Total	115.794.884	1.329.094.266

TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica 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 agosto de 2002, de conformidad con lo que se prueba en el proceso.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica Sochagota S.A. E.S.P. a pagar 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:

FECHA	VALOR PENALIZACIÓN
2002/09/30	\$5.127.053
2002/10/12	\$89.102.819
2002/12/12	\$5.754.806
2003/02/27	\$12.764.481
2003/03/14	\$66.720.824
2003/09/25	\$47.062.854
	\$21.642.043
2003/09/26	\$3.435.245
2003/12/29	\$42.248.210
2004/02/19	\$14.044.193
2004/06/03	\$24.853.961
2004/07/17	\$234.262.016
2005/01/27	\$22.860.734
2005/08/13	\$221.908.091
2005/09/06	\$5.226.059
2006/11/21	\$8.429.516
2006/12/04	\$55.861.847
2007/06/30	\$15.017.435
2007/11/29	\$24.160.496

2007/12/23	\$164.861.534
2009/03/24	\$18.205.245
Total	\$1.103.546.463

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 pruebe en el proceso.

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 a Gestión Energética S.A. E.S.P.: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas pagadas por error, por parte de EBSA a CES, correspondiente al valor del 75% 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 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 (fecha de reclamación de EBSA a CES) y hasta la fecha del laudo.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la 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% 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 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; (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.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la 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% 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 notificación de la demanda de reconvención; y (ii) intereses (sic) 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.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a la 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% 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.

TRIGESMA (sic) 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; y (ii) intereses (sic) moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el tribunal determine sobre los valores pagados por la 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.

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 (sic) 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.

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 (sic) 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.

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 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.

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 Mercado 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 causa conforme a lo que se pruebe en el proceso.

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 Mercado 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.

PRIMER 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 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 el 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 reconvenición.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EPSA y/o a GENSA intereses moratorios y/o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la más alta tasa aplicable legalmente o 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.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EPSA 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 ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, y el valor correspondiente a la actualización con el 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 reconvenición.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se condene a Compañía de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EPSA y/o a GENSA intereses moratorios y/o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la más alta tasa aplicable legalmente o la tasa que el tribunal determine, sobre las

sumas a las que resulte condenada por concepto de 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.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: *Que se condene a Compañía de Sochagota S.A. E.S.P. a pagar a EPSA 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 ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, y el valor correspondiente a la actualización con el 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 reconvención.*

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 condene a pagar a EBSA y/o GENSA intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecución del laudo.*

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

CUADRAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: *Que se condene a CES a pagar a GENSA y/o EBSA las cosas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.*

Para fundar sus pretensiones, las demandantes en reconvención afirmaron que i) conforme con el contrato n.º 94.016 las transacciones comerciales de la energía y potencia de la planta Paipa IV en el Mercado de Energía Mayorista estaban a cargo de la contratante y la cesionaria, en su condición de empresas de servicios públicos constituidas bajo el tipo de sociedades anónimas, como está previsto en la Ley 142 de 1994 y la resolución n.º 055 expedida en el mismo año por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG y, en cuanto esa forma empresarial no le era exigible a la contratista para cumplir las obligaciones de construir la planta, operarla y proveer el suministro a la contratante, no le son imputables a las demandantes en reconvención los costos asociados a los tributos que debe pagar la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a las entidades de regulación, inspección, vigilancia y control por haberse acogido libremente a esa forma empresarial; ii) en tanto en el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2002 y el 24 de septiembre de 2003 la planta Paipa IV alcanzó una disponibilidad de potencia de 1.440 MW-mes y produjo una cantidad de energía

1.035.461 MWh, que superan los valores fijados en la cláusula decimotercera - 1.400 MW-mes y 1.000.000 MWh- para exonerar a la contratante del pago del 75% del precio de la potencia y, asimismo, en el último trimestre del año energético corrido desde el 1º de diciembre de 2002 al 30 de noviembre de 2003 no se pudieron realizar las transacciones de potencia previstas para la exigibilidad de esa obligación, las sumas que la Empresa de Energía de Boyacá S. A. E.S.P. canceló por este concepto constituyen pago de lo no debido, razón por la que es ilegítimo que la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. se niegue a devolverlas; iii) pese a que las demandantes han tenido que pagar a la Bolsa de Energía el valor de las desviaciones sancionadas por el Reglamento de Operación del Mercado Mayorista, expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en cuanto exceden en 5% el balance entre la cantidad de energía generada por la planta y la cantidad disponible que la contratante declara diariamente a la Bolsa, la demandada en reconvencción se ha negado injustificadamente a reintegrarles las sumas pagadas, como debe ser en cuanto esta tiene a su cargo la operación de la planta y la elaboración de declaración de disponibilidad que la contratante debe enviarle diariamente al administrador del mercado; v) la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., a sabiendas de que la tarifa convenida por la disponibilidad de la potencia era fija, firme y reajutable exclusivamente por sobrevenir eventos de fuerza mayor que impliquen incrementos en los costos del proyecto iguales o superiores a UD5.000.000 y que durante la vigencia del contrato era posible que se presentaran cambios en la legislación tributaria que la podían beneficiar o afectar, omitió, bajo su propio riesgo, celebrar el contrato de estabilidad en esa materia; vi) la contratista liquidó con cargo a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. el valor de las transferencias del sector eléctrico al ambiental, de que trata el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, aplicando el índice real de precios al consumidor y, no obstante que en abril de 2006 aceptó que lo correcto era utilizar el índice proyectado y le solicitó al municipio de Paipa la devolución de lo pagado en exceso, se negó a reconocerle a la contratante los valores mal liquidados por ese concepto desde 1999 y vi) por su negativa a devolver las sumas liquidadas erradamente a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., en lo que toca a la disponibilidad de la potencia y las transferencias del sector eléctrico, la contratista incumplió el deber contractual de colaboración que le impone la observancia de la buena fe debida.

II. LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento, el 5 de julio de 2012, profirió el laudo inquirido – fls. 62 a 396 cdn. ppal-. Después de dar cuenta de que la relación procesal se constituyó entre las partes legitimadas, debidamente representadas y sobre asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de su voluntad privada, así como del trámite surtido, concluyó su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria convenida por las partes, a cuyo tenor:

Toda disputa que surgiere durante la ejecución de este contrato y hasta la liquidación del mismo, sin perjuicio de las restricciones que se determinan en el párrafo segundo de ésta Cláusula, que no pueden ser resueltas entre las partes después de agotar el procedimiento que se enuncia a continuación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento de acuerdo con las reglas que aquí se fijan:

a. Cualquier diferencia que surja con ocasión de la celebración del presente contrato, y de su ejecución, interpretación, desarrollo, terminación, liquidación o cumplimiento será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrados por tres (3) árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes, o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá., previa solicitud presentada por cualquiera de las partes. El Tribunal así constituido sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, se sujetará a lo dispuesto por la legislación vigente y emitirá su laudo en derecho (...).

A estos efectos, el Tribunal desestimó los reparos formulados por la convocante sobre su competencia para conocer de los asuntos propuestos en la demanda de reconvención, por considerar que i) en cuanto esa sociedad no liberó a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. del cumplimiento de las obligaciones propias de la posición contractual cedida a Gestión Energética S.A. E.S.P., la contratante se encuentra vinculada a la cláusula compromisoria y por ende a sus efectos respecto de los conflictos derivados del contrato y ii) las pretensiones relativas al pago de las desviaciones al programa diario de generación del Sistema Interconectado Nacional, originado en la aplicación del Reglamento de Operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, se fundan en los efectos patrimoniales de ese acto sobre las partes contratantes, al margen las decisiones sobre aspectos atinentes a su validez.

Seguidamente analizó las objeciones formuladas por las partes a la prueba pericial y encontró infundados los reparos orientados a demostrar la existencia de error grave en las bases conceptuales y en las apreciaciones técnicas y financieras que sustentan las conclusiones, además de concluir que los errores aritméticos, en tanto evidentes y subsanables, no inciden de manera determinante en el mérito de la prueba.

Pasando al fondo del asunto, el Tribunal se detuvo en las excepciones y las pretensiones así:

1.1. Atendiendo a su causa, el contrato n.º 94.016 se suscribió entre las partes bajo el régimen de las disposiciones del Decreto ley 700 de 1992, expedido al amparo del Estado de emergencia económica y social declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto extraordinario 680 del mismo año a consecuencia del agudo verano, la nula capacidad operacional, financiera y de endeudamiento de las entidades públicas del sector eléctrico, para conjurar los problemas graves de escasez que afectaban la confiabilidad y continuidad en la prestación del servicio público, dentro del marco de un plan de expansión de la capacidad de generación eléctrica a través de mecanismos que no presionaran el esfuerzo presupuestal ni el nivel de endeudamiento públicos, como la compra de energía bajo esquemas contractuales a largo plazo, estructurados a partir de un régimen transparente y estable que atenuara los riesgos e incentivara la participación de la inversión privada extranjera, respaldados con garantía soberana o de la Nación. En ese contexto, el contrato celebrado i) es un instrumento financiero, formado en su esencia por un plazo y una tarifa fija y firme que deben acompasarse con el diseño y la puesta en operación de esquemas apropiados para lograr la viabilidad financiera del proyecto que acomete el contratista por su cuenta; ii) se convino bajo los postulados de la Asociación Público Privada-APP, específicamente la correspondiente al esquema BOOM (*Build, Own, Operate and Maintenance*) como se señaló en los términos de la convocatoria y en el objeto contractual, para poner en cabeza de la contratista las obligaciones de financiar, operar, mantener, transferir o conservar la propiedad de proyectos asociados a la actividad de generación de energía eléctrica que el Estado tenía a su cargo; iii) se estructuró bajo el esquema del *Project Finance* o modelo triangular de financiación a largo plazo según el cual el inversionista, con el concurso de diferentes patrocinadores o prestamistas –entidades de los

mercados financieros y de valores principalmente-, garantiza el aprovisionamiento de los recursos de manera que se lo tiene como la única fuente de ingresos para sufragar los costos del proyecto, basado en la confianza legítima de que el contratante le brindará seguridad en la obtención de un flujo de caja estable y suficiente para cumplir las obligaciones contractuales, repagar la deuda y obtener el retorno de la inversión y iv) es del tipo Pague lo Contratado (*Take or Pay*) en lo relativo a la remuneración de la potencia de la planta, en cuanto las partes convinieron en una tarifa firme por la mera disponibilidad, aplicable durante los veinte años de vigencia con independencia de la energía producida para la que se pactó otra tarifa, del tipo pague lo demandado (*Take and Pay*), lo cual resulta indicativo de la voluntad de las partes en convenir en una remuneración que asegure un flujo de ingresos estable, que le permita al contratista cumplir las obligaciones con la contratante y sus prestamistas, además de obtener la rentabilidad esperada.

1.2. De manera coherente con el régimen jurídico especial del Decreto 700 de 1992, la causa del contrato, el esquema BOOM y el modelo de *Project Finance* bajo los que se estructuró el proyecto a contratar, en los términos de referencia, en la propuesta, en la evaluación, adjudicación y en el contrato suscrito quedó claro que el contratista asumía las obligaciones laborales, tributarias y fiscales previstas en la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato, quedando a cargo de la contratante los cambios futuros en esa materia que alteren la conmutatividad del contrato, para lo cual debe ajustarse la tarifa por potencia de tal manera que se restablezca el equilibrio, garantizando al contratista firmeza en la obtención de unos los ingresos suficientes para cumplir con las obligaciones propias del esquema financiero utilizado para la estructuración y ejecución del objeto. Y, en cuanto en este mismo sentido lo precisaron las partes en el literal c) de la cláusula decimoquinta de la “*versión integrada*” del contrato, suscrita el 9 de febrero de 1996, carece de mérito la excepción de nulidad parcial que, por objeto ilícito de esta última disposición contractual, propusieron las convocadas, con apoyo en una modificación indebida de los términos de referencia que, además de no acreditada, se funda en razones que hacen caso omiso del principio que prohíbe a las partes “*venire contra factum proprium*” y desconocen el esquema contractual de que se trata, en cuanto pretenden que la firmeza en los ingresos provenientes de la tarifa fija pactada para la potencia se entienda en favor de la contratante y no de la contratista.

1.3. El gravamen a los movimientos financieros, regulado por el Decreto 2331 de 1998 y las Leyes 508 de 1999, 633 de 2000 y 863 de 2003, en tanto tiene como hecho generador la realización de transacciones financieras y el empresario desarrolla su actividad mercantil a través de operaciones bancarias que hacen posible la adquisición de materia prima; la remuneración de la mano de obra; el cumplimiento de las obligaciones fiscales; el recaudo de las ventas; el desarrollo de políticas empresariales de bienestar laboral que promueven la reducción de los costos, el incremento de los ingresos y la mejora de la calidad del producto y del servicio; el pago de utilidades, asesorías requeridas para el normal funcionamiento; así como la operación y mantenimiento de la planta, tienen conexidad directa e incrementaron en \$7.307.879.046,64 los costos de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la planta. Suma que debe ser pagada por las convocadas a la contratista con intereses moratorios, de conformidad con el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato. Por el contrario, el gravamen financiero generado por transacciones relacionadas con gastos indirectos, como los de atención de tribunales de arbitramento, intereses de mora, multas y sanciones no son susceptibles de los ajustes de que trata la mencionada estipulación contractual.

1.4. La sobretasa al impuesto de renta y complementarios, de que tratan las Leyes 788 de 2002 y 863 de 2003, el impuesto para preservar la seguridad democrática o impuesto al patrimonio, regulados por los Decretos extraordinarios 1837 de 2002 y 4580 de 2010 y las Leyes 1111 de 2006 y 1370 de 2009, en cuanto incrementan los costos de cualquier actividad gravada tributariamente y la contratista en calidad de sujeto pasivo canceló \$7.311.475.000 y \$17.384.676.000 por concepto de esos gravámenes, las convocadas deben pagarle esas sumas, con intereses moratorios, en aplicación del ajuste de que trata el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato.

1.5. Para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica consistente en el suministro de la energía y potencia objeto del contrato n.º 94.016 era necesario que la contratista se constituyera como empresa de servicios públicos, al tenor de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual quedó sometida al poder regulatorio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas y a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y al pago de las contribuciones para estas entidades, que incrementa directamente los costos de desarrollar, diseñar,

construir, operar o adquirir o arrendar la planta. Por tanto, conforme con el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato, las convocadas deberán pagar \$652.755.781 a la contratista, con intereses moratorios, suma que esta sufragó por contribución a la CREG. Empero, no sucede lo mismo con el gravamen pagado a la Superintendencia de Servicios Públicos, en tanto la contribución para esta entidad es idéntica a la que en la época de la celebración del contrato se debía pagar a la Superintendencia de Sociedades y que, conforme con los términos de referencia, estaba a cargo de la proponente.

1.6. El aumento en la tarifa del impuesto al valor agregado-IVA o impuesto a las ventas dispuesto por las Leyes 223 de 1995 y 633 de 2000, esto es en vigencia del contrato n.º 94.016, incrementó los costos de la adquisición de los bienes y servicios para la ejecución y operación del proyecto Paipa IV, razón por la que da lugar a los ajustes convenidos por las partes en el literal c) de la cláusula decimoquinta, excluyendo lo relativo a gastos de tribunales de arbitramento, atenciones brindadas a terceros y viajes entre ciudades distintas de Tunja y Bogotá o que se encuentren por fuera de Alemania. Por ese concepto las convocadas deben pagar a la contratista \$2.789.723.091, con intereses moratorios.

1.7. Los incrementos en las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social, dispuestos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 después de la celebración del contrato, constituyen cargas laborales que debe asumir el empresario por el empleo de mano de obra y del personal administrativo para desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la planta. Y, en tanto esos cambios normativos incrementaron en \$2.622.527.686 los costos del proyecto Paipa IV, las convocadas deberán pagar a la contratista esta suma actualizada, con intereses moratorios, al tenor de lo convenido en el citado literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato n.º 94.016.

1.8. De acuerdo con la prueba pericial, los cambios en materia tributaria también le reportaron a la contratista un ahorro total en el impuesto de renta de \$1.588.330.884 en los años 1999 a 2010, correspondiente a la posibilidad de considerar como gasto o costo descontable los pagos por concepto del IVA y aportes a pensiones, al igual que registrar contablemente el IVA como mayor valor de los activos recuperable por depreciación, también deducible de aquel impuesto. Suma que debe ser tenida en cuenta para fijar el monto de la condena, sin *“reajuste valorista alguno”* en tanto no solicitado al perito por la parte interesada ni

acreditado con “*datos fácticos indispensables para efectuarlo con meridiania precisión*” –fl. 325-.

1.9. En virtud de la buena fe debida, el acreedor debe adoptar las medidas razonables que permitan evitar o mitigar los efectos adversos del incumplimiento del deudor, sin que en todo caso le sean exigibles sacrificios excesivos atendiendo las circunstancias fácticas particulares. Empero, considerando que i) apenas el 0.0067% de los contribuyentes habilitados en el país celebró el contrato de estabilidad tributaria, ii) las convocadas tampoco se acogieron a ese beneficio y iii) la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales restringió a un año la vigencia del contrato que la ley permitía extender hasta en diez, en el caso concreto no resulta razonable imputarle a la contratista la omisión en que las convocadas fundan su defensa, consistente en estar exentas del reconocimiento del pago de los nuevos o mayores impuestos que incrementaron los costos del proyecto Paipa IV, por haber decidido la convocante no celebrar el contrato de estabilidad tributaria.

1.10. El gravamen del 33% sobre el valor de la condena a su favor debe ser asumido por la convocante, en cuanto no se trata de un perjuicio directo indemnizable dentro de la órbita de la relación contractual, al tenor de las disposiciones de los artículos 1613 y 1616 del Código Civil.

1.11. En lo relativo a las obligaciones relacionadas con la disponibilidad de la potencia de la planta Paipa IV, de que trata el literal b) de la cláusula decimotercera del contrato n.º 94.016, el Tribunal 1) entendió que la contratante se obligó a comprar y pagar 1.440 MW/mes de potencia dentro de cada año energético, cuya disponibilidad se obligó a suministrar la contratista con independencia de la cantidad de energía generada, conforme con el numeral (i) de ese literal; 2) concluyó que las ventas de excedentes convenidas en el numeral (ii) de la citada estipulación contractual constituyen una obligación de medios, en tanto su cumplimiento implica la contratación con un tercero, sujeta a la satisfacción de la primera o principal obligación nacida del PPA, a la autorización de la contratista y a la gestión comercial de los excedentes por parte del contratante y que, si bien en el contrato n.º 94.016 estos están referidos a la venta de potencia, en tanto las partes han entendido que se trata de las cantidades de energía que pueden ser generadas con la potencia que supera los 1.440 KW/mes, carece de sustento la defensa planteada por las convocadas con fundamento en la ineficacia de esa estipulación contractual por el hecho de que, a partir de 1995, el

único producto transable en el Mercado Mayorista es la energía; 3) señaló que en tanto en el año energético 2003-2004 la planta Paipa IV alcanzó la potencia disponible de 1.440 MW/mes el 24 de septiembre de 2003, fecha para la cual había generado 1.036.183.238 KWh y en esa misma anualidad presentó excedentes de 102,94 MW/mes y de 82.027 KWh, ajustados a la programación que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. le formuló por fuera de las cantidades garantizadas por la Compañía de Electricidad de Sochagota S.E.S.P. y sin que esta hubiera autorizado su venta, los pagos efectuados por la contratante a la contratista por esos excedentes demandados o consumidos durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003 corresponden a obligaciones causadas y, aunado a que en ese mismo periodo no se cumplieron los supuestos convenidos en el literal b) de la cláusula decimotercera para la exoneración del pago del 75% de la disponibilidad, no pueden prosperar las reclamaciones de las convocadas con fundamento en la *solutio indebiti* y 4) dio por sentado que la sola circunstancia de que en el año energético 2006-2007 la planta Paipa IV haya alcanzado una disponibilidad de potencia de 1.440 MW/mes el 23 de septiembre de 2007 y superado la cantidad de 1.000.000 de MW de energía generados el 30 de noviembre de 2007, no hace exigible automáticamente para la contratante la obligación de vender y pagarle a la contratista energía excedente, además de que la convocante se limitó a señalar como causa de la frustración de la venta de los excedentes el hecho de haber ofertado la contratante la energía a precios altos en la Bolsa, de lo cual no es posible establecer la culpa de las convocadas como lo exige la naturaleza de la obligación de que se trata, sin dejar de lado que esas ofertas se ajustaron a la reglas expedidas en la materia por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

1.12. En lo que tiene que ver con el valor de las desviaciones al programa de generación del Sistema Interconectado Nacional, denominadas “penalizaciones”, que el administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista cobró a las convocadas, con fundamento en el Reglamento de Operación expedido por la Comisión de Regulación de energía y Gas, el Tribunal concluyó que, en tanto esos desvíos se generan por problemas asociados a la operación de la planta, consistentes en i) no tenerla en las condiciones técnicas requeridas para tomar el arranque de la generación en el momento establecido en el programa diario de despacho elaborado e informado previamente por el Centro Nacional de Despacho y ii) no operarla con sujeción a la disponibilidad diaria declarada por el agente, de manera que no se afecte el

programa de generación que incluye a los demás generadores conectados y sincronizados al Sistema Interconectado Nacional, son imputables a la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. por tener esta, de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato, el control y la responsabilidad por la operación de la planta. En ese orden, la convocante deberá reintegrar a las convocadas las sumas pagadas a la Bolsa de Energía por concepto del valor de las desviaciones al programa de generación, con intereses moratorios, descontando los desvíos ocasionados por acuerdos especiales entre las partes y los que son imputables a “EBSA-GENSA” por ordenar estas la realización de pruebas de disponibilidad de la planta, no respetar sus límites técnicos o no informar oportunamente al Centro Nacional de Despacho la duración de los períodos de pruebas.

III. RECURSO DE ANULACIÓN

El 19 y 24 de julio de 2012 las sociedades Gestión Energética S.A. E.S.P. –fls. 466 a 467 y 599 a 667, cdn. C. de E- y Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. –fls. 468 a 470 y 481 a 598-, a través de apoderados, dentro de la oportunidad legal respectiva, interpusieron el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012 y complementado el día 17 siguiente.

1. Los cargos

1.1. Gestión Energética S.A. E.S.P.

1.1.1. Primero: se falló en conciencia debiendo ser en derecho (art. 163 numeral 6º, Decreto 1818 de 1998)

La sociedad recurrente sostiene que los árbitros profirieron el laudo arbitral conforme con su íntima convicción, en tanto prescindieron i) del dictamen en el que el perito Andrés Escobar, a partir de análisis de tipo financiero, demostró que la conclusión principal en la que se funda el informe del perito Ramiro de la Vega acogido por el Tribunal, en el sentido de que conforme con los términos de referencia, la propuesta y su evaluación los riesgos por los cambios de la legislación tributaria estaban en cabeza de la contratante, es gravemente errada,

en cuanto en los términos de referencia y en el esquema financiero del contrato se expresó que la tarifa para remunerar la potencia será fija, firme y no reajutable en cualquiera de los 20 años de vigencia; ii) del estudio de la nulidad, por objeto ilícito, de la modificación introducida en el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato suscrito, a la luz del dictamen pericial rendido por el perito Andrés Escobar que da cuenta de que en la “*versión integrada*” firmada el 9 de febrero de 1996 se modificó la asignación de los riesgos tributarios trasladándoselos a la entidad estatal sin justificación y contraprestación alguna, hecho que, además, está siendo investigado penalmente por la Fiscalía General de la Nación; iii) de la prueba pericial contable que da cuenta de que la convocante obtuvo beneficios del orden de \$7.703.140.114 por efecto de los cambios legislativos en materia tributaria, pues si bien los árbitros admitieron que estos beneficios deben tenerse en cuenta al establecer la condena, no lo hicieron así al proferir el laudo y al decidir la solicitud de complementación, argumentando no estar acreditados los correspondientes al IVA y no haberse discutido en el proceso los relativos a los ajustes por inflación y iv) de los descuentos que, conforme con lo que los árbitros concluyeron en la parte motiva del laudo con fundamento en los dictámenes contables, debían aplicarse sobre los valores pagados por la convocante por el gravamen a los movimientos financieros y el impuesto al valor agregado.

Razones por las que solicita que el laudo sea anulado en su totalidad en razón de la no valoración del dictamen del perito Andrés Escobar, con la consecuente orden de devolución de las sumas pagadas por la recurrente, o parcialmente, con fundamento en las demás omisiones en que funda este cargo.

1.1.2. Segundo: la parte resolutive del laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias (art. 163 numeral 7º, Decreto 1818 de 1998)

De manera subsidiaria, por la vía de esta causal de anulación, la parte recurrente sostiene que i) en la parte resolutive los árbitros condenaron a Gestión Energética S.A. E.S.P. y en subsidio a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., contradiciendo abiertamente la decisión expresada en la parte motiva en el sentido de que “*se condenará a EBSA-GENSA a pagar a favor de CES*” (pág. 217 del laudo), sin que al proferir el laudo y al decidir la solicitud de aclaración se hubiere expresado razón alguna que justifique el cambio en la orden impartida, para que sea la recurrente quien pague como obligada principal las condenas y ii)

existe contradicción entre los numerales decimotercero y séptimo del laudo, pues, a pesar de que en el primero se declaró que *“durante la ejecución del contrato, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. ha obtenido beneficios derivados del cambio de la legislación tributaria”*, en la condena por valor de \$73.831.339.047 solamente se descontó la suma de \$1.588.330.884, siendo que los beneficios derivados de los cambios en la legislación tributaria, conforme con la prueba pericial, ascienden a \$7.703.140.114.

Con fundamento en estas razones, la recurrente solicita que i) se anule el numeral séptimo de la parte resolutive del laudo; ii) se aclare la forma como las condenadas deben asumir las obligaciones impuestas, teniendo en cuenta que no se justifica disponer el pago “en subsidio” y iii) quede claro que la suma que resulta de aplicar en su totalidad los descuentos tributarios acreditados asciende a \$66.128.198.933 y no a \$73.831.339.047.

1.1.3. Tercero: no haber decidido cuestiones sujetas al arbitramento (art. 163 numeral 9º, Decreto 1818 de 1998)

Expone la recurrente que, en tanto el Tribunal no decidió integralmente la excepción novena y la pretensión vigésima de la reconvenición en esta sede se debe resolver i) sobre los beneficios obtenidos por los cambios en la legislación tributaria y que, conforme con la prueba pericial, disminuyeron los costos del proyecto y ii) sobre que los pagos del gravamen a los movimientos financieros no incrementa los costos al proyecto, descontando de la sentencia las sumas de \$7.703.140.114 y \$10.872.231.99 de que dan cuenta los elementos probatorios. Dado que el Tribunal omitió restar estos valores a los que ascienden los ahorros en los costos por cambios en la legislación tributaria y las erogaciones que descontó del impuesto al valor agregado por tratarse de costos indirectos.

1.2. Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.

1.2.1. Primero: el tribunal de arbitramento no se constituyó en forma legal (art. 163 numeral 2º, Decreto 1818 de 1998)

Expone la recurrente que como la jurisdicción arbitral se rige por los principios

de habilitación y temporalidad, de conformidad con las disposiciones del artículo 116 constitucional, el Tribunal no se constituyó en debida forma, si se considera la cesión que la misma hizo de su posición contractual a Gestión Energética S.A. E.S.P., de lo que se sigue que no le resulta aplicable la competencia arbitral. Y en cuanto la falta de jurisdicción es una irregularidad sancionada legalmente con la nulidad del trámite y de la decisión, que no admite saneamiento al tenor del inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, puede ser invocada en cualquier momento, lo que de suyo implica que la exigencia de alegarla en la primera audiencia de trámite resulta inane, en tanto se trata de un asunto ajeno a la facultad dispositiva de las partes.

Señala que si bien la competencia de los árbitros se define en el curso del proceso, ello no imposibilita que se discuta posteriormente ante el juez estatal a través del recurso extraordinario, pues el efecto negativo del principio de la *competence-competence* no priva al juez de la anulación de la revisión de la competencia de los árbitros y para ello no se requiere contar con un alegato previo de nulidad durante el trámite del arbitraje, situación que no se deslegitima aún en el caso en que la parte convocada haya acudido al arbitramento en proceso diferente. Señala que, fundada en esas razones, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. pidió la nulidad del proceso arbitral por falta de jurisdicción después de la primera audiencia y antes de proferirse el laudo, con fundamento en el numeral 1º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, sin que su solicitud le haya ameritado al Tribunal consideración alguna.

A estos efectos afirma que desde el momento en que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. le cedió el contrato a Gestión Eléctrica S.A. E.S.P., quedó completamente liberada en cuanto su posición, obligaciones, derechos, privilegios y acciones que dimanaran del negocio se radicaron en cabeza de la cesionaria, como en el mismo sentido lo admitió la convocante al promover la excepción de falta de legitimación en la causa frente a la demanda de reconvención que le formuló en su contra la cedente. Por tanto, el Tribunal carece de jurisdicción para imponerle obligaciones con fundamento en una cláusula compromisoria de la que se desligó la contratante a partir de la cesión.

A juicio de la impugnante, la reserva formulada a la cesión por la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. es ineficaz, en cuanto el artículo 893 del Código de Comercio la autorizó expresamente y sin condicionamientos para los

contratos mercantiles y de ejecución sucesiva como el *sub lite*, aunado a que, habiendo operado con fundamento en la autorización otorgada por la contratista en el numeral 2 de la cláusula decimotercera suscrita, a cuyo tenor esta convino en que la contratante cediera su posición contractual cuando la Financiera Energética Nacional así lo exigiera, al hacerse efectiva la garantía que otorgó para amparar el cumplimiento del contrato n.º 94.016, a esos efectos bastaba la notificación sin la autorización prevista en el artículo 887 *ibídem*, dados la naturaleza *intuitu pecuniae* del contrato y el carácter facultativo de esta norma.

Razones estas por las que, a juicio de la recurrente, resulta “*ilegal, inadmisibile e insólito que EBSA debiera seguir vinculada al Contrato o siendo garante de GENSA*” –fl. 534-, además de que, el fin de la reserva prevista en el artículo 893 *ejusdem* no es prohibir que el cedente deje de ser parte del contrato sino instituirlo en deudor subsidiario o garante personal con beneficio de excusión, situación jurídica que no es suficiente para vincular al cedente fiador como parte en el proceso arbitral, instaurado contra el deudor principal, dados el ámbito propio y los efectos relativos del negocio arbitral y de la obligación de fianza, claramente distintos.

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 arbitraje¹; 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 persona²; 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 aceptación³ o iv) simplemente porque el garante es un tercero ajeno

¹ Conforme con la exposición de Chaaban Rana, en “*Maître de conférences à l’Université du Maine; Revue de l’Arbitrage 2007, No. 4, Clause D’Arbitrage Et Cautionnement, Páginas 721 a 751*”.

² Según el planteamiento de “*Aynés, Laurent. La Cession de contrat. Et les operations juridiques a trois personnes. Economica. Paris. 1994. Pag. 168*”.

³ Como lo exponen «*Mayer, Pierre. “La circulation des conventions d’Arbitraje”. Artículo presentado por el profesor Mayer en el coloquio organizado por la Asociación Internacional de Derecho Judicial... (Paris-Dijon 21-25 de Septiembre de 2000. Artículo*

al pacto arbitral, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación⁴.

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 Sección⁵.

1.2.2. Segundo: el laudo recae sobre puntos no sujetos a la decisión arbitral (art. 163 numeral 8º, Decreto 1818 de 1998)

Con fundamento en esta causal de anulación la parte recurrente afirma que en cuanto en las pretensiones séptima, octava y novena la convocada solicitó que se condene a “Gestión Energética S.A. E.S.P. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.” a pagarle las indemnizaciones, debe entenderse que lo que buscaba con el laudo era la constitución de una obligación principal y solidaria; empero, el Tribunal no lo entendió así y excedió el principio de congruencia al incluir, *ex officio* en el numeral séptimo de la parte resolutoria del laudo, la expresión “*en subsidio*” no contenida en la *causa petendi*.

En consecuencia, solicita que se corrija este “*yerro*” excluyendo la expresión “*en subsidio*” contenida en la parte resolutoria del laudo.

1.2.3. Tercero: no haber decidido cuestiones sujetas al arbitramento (art. 163 numeral 9º, Decreto 1818 de 1998)

Aduce la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. que en cuanto las pretensiones de la convocante apuntan a la existencia de unas obligaciones a plazo nacidas del contrato n.º 94.016, que habrían sido incumplidas y en el proceso se acreditó i) la inexigibilidad de las susodichas obligaciones, dado el

publicado en la Revue Trimestrielle Lexis Nexis Juris Classeur»; «Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El Contrato de Arbitraje. La Autonomía del Contrato de Arbitraje. El Principio de la Autonomía del Contrato de Arbitraje o Pacto Arbitral. Editorial Legis. 2005. Página 98» y «Caivano, Roque J. La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM».

⁴ Cita el criterio del Consejo de Estado, Sección Tercera, contenido en la Sentencia del 8 de julio de 2009, ponente Ramiro Saavedra.

beneficio de excusión que le asiste en su calidad de garante a partir de la cesión y el hecho de que la cedida no cumplió con la notificación a la cedente de que trata el artículo 893 del Código de Comercio y ii) la ineficacia de la reserva opuesta por la convocante, fundada en las razones expuestas en el cargo primero –y que trae nuevamente de manera textual, aduciendo la autonomía de los cargos-, al juez arbitral le asistía el deber de declarar probados estos hechos, en tanto constitutivos de excepciones de mérito. Empero, el Tribunal no se pronunció sobre esta última y, si bien encontró que a la recurrente solamente le asistía la situación de garante después de la cesión llevada a cabo, dejó de resolver lo relativo a la observancia del requisito previsto en la norma citada, a cuyo tenor para que la obligación sea exigible al garante se requiere que el cedido ponga el incumplimiento del cesionario *“en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor”*.

Y comoquiera que considera acreditadas la ineficacia de la reserva a la cesión formulada por la Compañía Eléctrica de Sochagota y la omisión en que esta incurrió al no notificarle a la cedente el incumplimiento de la cesionaria, solicita declarar, de oficio, la prosperidad de las excepciones fundadas en estas razones.

2. Alegatos finales

La Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. E.S.P., a través de apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., por considerar que i) en cuanto la recurrente no alegó la indebida constitución del tribunal de arbitramento en la primera audiencia de trámite, como lo exige el numeral 2º del artículo 163 del Decreto Ley 1818 de 1998, su silencio habilitó la jurisdicción y competencia en la misma forma como lo hace el pacto arbitral y saneó las irregularidades en esta materia como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación⁶; además de que el silencio de la convocada estuvo acompañado de actuaciones positivas que expresan su voluntad de actuar como parte vinculada por o adherida a la cláusula compromisoria, consistentes en su participación en la escogencia de los árbitros, la suscripción de un convenio con Gestión Energética S.A. E.S.P. con el objeto de definir una estrategia de defensa común en el trámite arbitral, la respuesta a los

⁵ Apoyó su conclusión en la sentencia de la Sección Tercera, proferida el 18 de febrero de 2010, con ponencia de Enrique Gil Botero.

asuntos sustanciales de la demanda y el ejercicio de la facultad de demandar en reconvención, de los derechos a probar, a controvertir las pruebas allegadas y a alegar de conclusión, en tanto la inconformidad con la constitución del tribunal vino a plantearla una semana antes de la decisión arbitral, cuando ya resultaba contraria a la lealtad procesal; ii) en cuanto la convocante cuestionó la falta de legitimación de la contratante para demandar en reconvención, por la cesión que hizo de su posición contractual y afirmó el interés que le asiste en lo que tiene que ver con el extremo pasivo de la *litis* fijado en la demanda inicial, resulta infundado sostener que durante el trámite arbitral la contratista haya actuado en consonancia con la falta de jurisdicción alegada por la contratante; iii) conforme con lo convenido en la cláusula trigésimo tercera del contrato n.º 94.016, la cesión requería autorización previa de la parte que sería cedida, salvo que la Financiera Energética Nacional solicitara la transferencia de la posición contractual de la contratante, pues solo así la contratista no podía oponerse a la escogencia del cesionario, lo que no implica el menoscabo del derecho conferido por el artículo 887 del Código de Comercio que la cedida ejerció ante la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. en el sentido de no liberarla de sus obligaciones y que esta cuestiona, al margen de las causales de anulación, fundada en razones orientadas a desconocer la aceptación de la reserva vertida en la contestación de la demanda y en la reconvención; iv) los reparos formulados contra la condena “*en subsidio*” carecen de seriedad, en cuanto las razones en que la recurrente se apoya para formularlos parten de la afirmación de que “*la demanda no utiliza el término solidaridad*”, además de que en el hecho quinto, dirigido a fundar las pretensiones de condena despachadas favorablemente la convocante puso de presente que la contratante es llamada a responder en su calidad de cedente, conforme con el artículo 893 del Código de Comercio, por el incumplimiento de las obligaciones cedidas, *causa petendi* que se acompasa con la decisión de imponer a la recurrente el pago de la condena en subsidio y v) en cuanto no es cierto que la recurrente haya propuesto las excepciones de inexigibilidad de la obligación y de ineficacia de la reserva a la cesión, pues lo que aconteció fue que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. al tiempo que contestaron demandaron en reconvención, fundadas precisamente en el cumplimiento de las obligaciones cedidas, de donde nada puede endilgarse, por este aspecto, a la congruencia del laudo –fls. 669 a 737-.

⁶ Cita a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de mayo de 2006, expediente 34.024.

La convocante solicitó que se declare desierto el recurso de anulación promovido por Gestión Energética S.A. E.S.P., por haberse omitirse la carga de la sustentación, en cuanto la persona que actuó con esa intención carece de la facultad de representación judicial, habida cuenta de que la jurisprudencia de esta Corporación, en materia de admisión de los recursos extraordinarios de súplica⁷ y de anulación⁸, distingue el poder conferido para actuar ante el tribunal del requerido para recurrir en anulación, además de que la sustentación del recurso no se promovió ante el Consejo de Estado, sino en sede del tribunal de arbitramento. Asimismo, desestimó los cargos en que se funda la convocada, esgrimiendo las razones que se sintetizan enseguida –fls. 738 a 893-.

En opinión de la sociedad convocante, no es cierto que se haya proferido el laudo en conciencia, en cuanto i) está fundado en estrictas razones de derecho, edificadas a partir del análisis de los antecedentes, objeto, alcance, eficacia y vigencia del contrato n.º 94.016, de las múltiples pruebas documentales, periciales y testimoniales allegadas al proceso, del régimen jurídico del contrato y de las razones expuestas por las partes; ii) la decisión acerca de que la estipulación contenida en el literal c) de la cláusula decimoquinta no modificó la asignación de los riesgos, prevista en los términos de referencia, se cimentó en la valoración conjunta de los elementos probatorios, incluyendo el dictamen del perito Andrés Escobar, a la luz de aquellos, de las evaluaciones, las estipulaciones contractuales y del ordenamiento vigente y no exclusivamente en el informe pericial rendido por el experto Ramiro de la Vega; iii) el dictamen aludido carece de mérito probatorio, en cuanto el perito Andrés Escobar manifestó no conocer la estructuración financiera de los proyectos de generación del sector eléctrico contratados bajo el tipo *Power Purchase Agreement*, aunado a que estaba impedido da su calidad de socio de la cónyuge del Ministro de Hacienda y Crédito Público, en su firma de consultoría Econcept AEI y de asesor en virtud de contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Protección Social y de la Comisión Nacional de Televisión (folios 865 a 893)-, en ejecución al momento de rendir el dictamen pericial, si se considera que la Nación es propietaria del 90% del capital social de la convocada Generación Energética S.A., cuya junta directiva la integran dos miembros designados por el Ministerio de

⁷ Cita a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 25 de agosto de 1999, expediente S-022 y a la Sección Tercera, sentencia del 17 de julio de 2003, expediente 22.184.

⁸ Se apoya en cita de la Sección Tercera, providencia del 10 de junio de 2010, expediente 38.621.

Hacienda y Crédito Público y uno por el Ministerio de Minas y Energía; aunado a que conforme con sus conclusiones es claro que el perito desconoce el régimen de los contratos estructurados en el sector eléctrico bajo el régimen del *Project Finance*, porque no de otra manera se comprende que no demuestran el error grave en el dictamen del experto Ramiro de la Vega y que la Fiscalía General de la Nación, con decisión del 14 de agosto de 2012 (fls. 816 a 863)-, concluyó la investigación relacionada con la modificación del literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato *sub judice*, por encontrar que no se produjo la variación en la asignación de los riesgos afirmada por el perito; iv) el concepto rendido por el Ministerio Público dentro del trámite arbitral es incompleto y descontextualizado como lo señalaron los árbitros; v) el Tribunal negó el descuento de los beneficios derivados de los cambios en la legislación tributaria, relacionados con los ajustes por inflación y disminución de tarifas arancelarias a los que se refiere el perito Horacio Ayala, en razón de que estos asuntos los plantearon las convocadas por fuera de las oportunidades procesales idóneas y no porque los árbitros lo hayan pasado por alto, además de que la perito designada por el Tribunal dictaminó que los ajustes por inflación no generan un impacto favorable en todos los casos y, conforme con el Otrosí 9 del contrato n.º 94.016, la partes convinieron en eliminar la posibilidad de ajustar la tarifa por disminuciones de los costos, prevista en el Otrosí 8 y vi) los árbitros valoraron el dictamen contable en lo relativo a los descuentos del gravamen a los movimientos financieros, por erogaciones ajenas a la ejecución del proyecto Paipa IV.

A juicio de la opositora, en cuanto la causal séptima del recurso de anulación se basó en una equivocada interpretación de la expresión “*se condenará a EBSA-GENSA a pagar a favor de CES*” y en errores o contradicciones entre las partes motiva y resolutive, no permite un entendimiento dirigido a eliminar la expresión “*en subsidio*” del numeral séptimo de la decisión. También se arguye que, en cuanto en el numeral decimotercero de la parte decisoria no se reconocen beneficios derivados de los ajustes por inflación y de la reducción de las tarifas arancelarias, no existe la contradicción predicada frente al numeral séptimo de la condena.

Asimismo, expone la convocante que habiendo el Tribunal decidido i) la vigésima pretensión de la demanda de reconvención en el sentido de que el ahorro total en el impuesto de renta y complementarios por valor de \$1.588.330.884, acreditado según la prueba pericial, debe ser computada para

fijar el monto de la indemnización, como lo declaró en el numeral decimo octavo del laudo; ii) que la trigésima pretensión formulada en reconvención no incluía lo relativo a la eliminación de los ajustes integrales por inflación y a la reducción de la tarifa arancelaria y iii) la novena excepción formulada por las convocadas en el sentido de descontar del gravamen a los movimientos financieros los pagos que no están relacionados con la ejecución del proyecto, como efectivamente los descontó, el laudo respetó los límites del principio de congruencia.

Finalmente, la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. cuestiona el recurso de anulación presentado por Gestión Energética S.A. E.S.P., en cuanto ajeno a los errores *in procedendo*, de donde colige que se pretende revivir el debate procesal en lo que tiene que ver con de la legalidad y alcance del literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato *sub lite*, con el tratamiento de los beneficios tributarios derivados del cambio de legislación con la responsabilidad subsidiaria, declarada en el fallo, desbordando los límites del recurso.

3. Concepto del Ministerio Público

Por su parte la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado encontró que la solicitud de declarar desierto el recurso de anulación se funda en reflexiones *obiter dicta* de las decisiones invocadas y en un excesivo rigorismo que lesiona el derecho fundamental de acceso a la justicia y la garantía constitucional a la prevalencia del derecho sustancial, si se considera que como, de conformidad con el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, el poder comprende todas las actuaciones relativas al trámite para el que fue conferido, incluido, tratándose del proceso arbitral, el recurso de anulación, lo procedente tiene que ver con despachar de fondo el recurso, sobre el cual rindió concepto fundado en las razones que siguen –fls. 894 a 928-.

A juicio de la vista fiscal, i) la instalación no es susceptible de estudio en esta oportunidad, dado que la recurrente en la primera audiencia no formuló reparo a la constitución del tribunal, de donde el cargo contradice la aceptación, que se deriva de la contestación y de la formulación de la reconvención, en el sentido de tener por válida la reserva a la cesión, sin que le sea dado al juez de la anulación volver sobre la eficacia de esas declaraciones de voluntad; ii) no resulta posible sostener que el laudo se profirió en conciencia, si se considera que los árbitros se fundaron en el contrato, en sus antecedentes, las pruebas pedidas, practicadas y

controvertidas, en el ordenamiento jurídico, las convocadas no sometieron a juicio oportunamente lo relativo a los ajustes por inflación y las menores tarifas arancelarias y el tribunal se pronunció sobre los descuentos procedentes de los pagos por concepto de movimientos financieros; iii) dado que la expresión “*en subsidio*”, de que trata el numeral séptimo del fallo, es consecuente con la conclusión de la parte motiva en la que se anunció la procedencia de condenar a las convocadas y el tribunal descontó los valores correspondientes a los beneficios tributarios, discutidos en el proceso, el laudo no adolece de los errores o contradicciones en que la recurrente funda la solicitud de corrección de los numerales séptimo y decimoctavo del fallo y iv) como uno de los cargos se basa en la aplicación del principio de congruencia, se entiende que se pretende una condena en subsidio sobre los efectos de la cesión, empero al respecto el tribunal se pronunció ampliamente, de donde no resulta sostenible el cargo en cuanto se echan de menos las razones de defensa formuladas por las convocadas en esta materia.

En ese orden, el Ministerio Público concluyó, que en cuanto el laudo no está afectado por las causas invocadas en el recurso, no procede su anulación pedida.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por las sociedades Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., proferido el 5 de julio de 2012 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato n.º 94.016 y complementado el día 17 siguiente.

Lo anterior de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1107 de 2006, a cuyo tenor, en aplicación del factor orgánico, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas. Para el caso concreto, entre la parte convocante y las sociedades Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y

Gestión Energética S.A. E.S.P.⁹. Asimismo, corresponde al Consejo de Estado, Sección Tercera, conocer en única instancia, del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia, conforme lo preceptúan el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.º 55 de 2003, de esta Corporación.

2. La controversia arbitral

2.1. Previa convocatoria pública, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., el 4 marzo de 1994 convinieron en el contrato n.º 94.016, con el objeto de construir, operar y mantener la Unidad IV de la Central Termoeléctrica de Paipa (planta Paipa IV) bajo la modalidad de acuerdo comercial para la compra de energía (*Commercial Power Purchase Agreement-PPA*), asumiendo la contratante la obligación de comprar y la contratista de suministrar i) 1.440 MW-mes de disponibilidad de potencia con independencia del consumo, a cambio de una tarifa firme, fija y no reajutable, salvo los eventos de fuerza mayor y ii) cantidades energía asociadas a esa potencia, a cambio de una tarifa fijada en función de la producción, durante una vigencia de veinte años.

2.2. El 9 de febrero de 1996, las partes suscribieron una “*versión integrada*” del contrato n.º 94.016, en la que convinieron expresamente en ajustar la tarifa fijada para la potencia disponible, cuando sobrevengan cambios normativos que impongan incrementos mayores a US50.000 en los costos de desarrollo, diseño, construcción, operación, adquisición o arrendamiento de la planta, atendiendo a la necesidad de no alterar la estructura financiera con la que fue concebida el proyecto, como se consignó en el literal c) de la cláusula decimoquinta.

2.3. Durante la ejecución del contrato se presentaron cambios en la legislación que crearon nuevos tributos e incrementaron las tarifas de los

⁹ Estas dos últimas con naturaleza de empresas de servicios públicos mixtas, conforme con los certificados de representación y existencia legal que obran en folios 29 a 40 del cuaderno principal 1, esto es, que en su capital “*la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%*”, al tenor de las disposiciones del artículo 14, num. 6, de la Ley 142 de 1994. Situación que las ubica dentro del género de la entidad pública, conforme con la reiterada jurisprudencia.

existentes a la celebración del contrato que, a juicio de la convocante, incrementaron los costos del proyecto, de manera que no los tendría que asumir.

2.4. La Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P cedió a Gestión Energética su posición en el contrato n.º 94.016, empero la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. no convino en liberar a la cedente de sus obligaciones.

2.5. En el periodo transcurrido entre el 1º de diciembre de 2006 y el 30 de noviembre de 2007, se cumplieron las condiciones pactadas para la venta de excedentes, asociados a la capacidad de producción de la planta de generación objeto del contrato, que no pudieron ser vendidos en la Bolsa de Energía.

2.6. Durante la vigencia del contrato la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. ha tenido que pagar a la Bolsa de Energía el valor de las desviaciones en la disponibilidad declarada que ha presentado la planta Paipa IV, respecto del programa diario de despacho del Sistema Interconectado Nacional, ocasionadas por razones operativas de la planta de generación.

3. Análisis de los cargos

La sociedad Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. procura la anulación del laudo arbitral proferido por el Tribunal conformado a instancias de la contratista, por considerar que i) la cesión en favor de Gestión Energética S.A. E.S.P. la desvinculó del contrato n.º 94.016 y dado que el tribunal se constituyó con fundamento en la cláusula compromisoria de la cual dejó de ser parte, carece de jurisdicción para vincularla como lo hizo con el laudo proferido; ii) la condena en su contra, en tanto le atribuye el carácter de deudor subsidiario ajeno a la *causa petendi*, excede los límites del principio de congruencia y iii) en cuanto los árbitros dejaron de resolver las excepciones a que dan lugar el hecho de haberse acreditado la inexigibilidad de la obligación, frente a la cedente y la ineficacia de la reserva a la cesión, el fallo no habría resuelto todos los aspectos sometidos a su consideración .

A su vez, la convocada Gestión Energética S.A. E.S.P., persigue igual declaración, porque i) se resolvió en conciencia, dado que los árbitros no tuvieron en cuenta: las pruebas periciales practicadas en orden a demostrar el error grave del dictamen rendido por el perito Ramiro de la Vega; la nulidad por objeto ilícito

que afecta al literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato *sub judice*, que se habría modificado ilegalmente para variar la asignación de los riesgos vertida en los términos de referencia; la prueba pericial contable que da cuenta de que la convocante obtuvo beneficios del orden de \$7.703.140.114, por efecto de los cambios legislativos en materia tributaria y los descuentos aplicables al valor del gravamen a los movimientos financieros que sí fueron descontados del impuesto al valor agregado; ii) los numerales séptimo y decimoctavo del fallo contradicen la motivación que los fundamenta, acorde con la cual las convocadas serían deudoras principales y debían aplicarse los descuentos por los beneficios tributarios acreditados y iii) los árbitros omitieron decidir la pretensión vigésima de la demanda de reconvención y la excepción novena formulada por las convocadas.

Por su parte, la convocante solicita se declare desierto el recurso, en cuanto Gestión Energética S.A. E.S.P. sustentó los cargos ante los árbitros, por intermedio de una abogada sin poder de representación.

Procederá, en consecuencia, la Sala a analizar previamente el alcance de la decisión y la solicitud orientada a que se declare desierto el recurso, para luego abordar las causales invocadas, siguiendo el orden previsto en la ley, a condición de encontrarlas procedentes y sustentadas.

3.1. Cuestiones previas

3.1.1. Alcance de la decisión

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales previstas en los numerales 2º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹⁰, invocadas por las partes recurrentes.

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, dentro de los cinco días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo aclare o corrija, por las causales expresamente definidas en

¹⁰ Normas derogadas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, empero, aplicables al caso concreto por disposición del artículo 119 *ibídem*, en cuanto el trámite arbitral decidido con el laudo objeto del recurso de anulación se inició antes de la vigencia de esa ley.

el ordenamiento.

La Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en estos términos:

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

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

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

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

Son causales de anulación de los laudos arbitrales, en los términos del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
- 2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
- 3. (...).*
- 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
- 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
- 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta*

circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

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

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Y conforme a las disposiciones del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1996, “[c]uando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, [se] declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará”.

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas¹¹.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala¹², el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia,

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

¹² Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

3.1.2. La solicitud de declarar desierto el recurso de anulación

La convocante funda su solicitud en la afirmación de que la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. no sustentó el recurso de anulación, habida cuenta que el documento arrimado al proceso con ese fin viene dirigido a los árbitros y suscrito por una apoderada que carece de representación judicial, en cuanto no aportó un poder distinto del que le fue conferido para actuar ante el tribunal arbitral, conforme con anteriores pronunciamientos de esta Corporación. En concepto del Ministerio Público, esta solicitud es excesivamente rigurosa y contraria al derecho fundamental de acceso a la justicia, a la garantía constitucional de la prevalencia del derecho sustancial y al artículo 70 del Código de Procedimiento Civil.

Si bien la Corporación ha aplicado el criterio de que la falta de poder especial para actuar en sede del recurso de apelación amerita la inadmisión y corrección, de ello no puede derivarse la decisión de declarar desierto el recurso, si se considera que lo indicado es que, aún bajo la exigencia formalista de que el trámite del recurso de apelación requiere del otorgamiento de un nuevo poder, se trata de un requisito subsanable, que no impide decidir de fondo como efectivamente ocurrió en el caso traído por la convocante en apoyo de su solicitud¹³.

¹³ Recurso de anulación promovido en el expediente 11001-03-26-000-2010-00025-00 (38.621), decidido mediante la sentencia del 21 de febrero de 2011, de la Subsección C, de la Sección

A juicio de la Sala, el decaimiento del recurso por falta de sustentación, en tanto envuelve la eficacia material del acceso a la justicia y la prevalencia del derecho sustancial, es un asunto de reserva legal, no sujeto a la discrecionalidad del juez. En ese orden cabe precisar que la decisión de declarar desierto el recurso de anulación está prevista en el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998 –incorporado en el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, para el caso de no cumplir la carga de la sustentación.

Y siendo distintas la falta de sustentación y la carencia de representación judicial, no pueden conducirse los efectos de esta última al campo de la primera, con fundamento exclusivo en la analogía y en la interpretación extensiva, dada la imposibilidad de utilizar estos recursos hermenéuticos en tratándose de normas con efectos sancionatorios o restrictivos, como lo prohíbe el artículo 31 del Código Civil¹⁴. Así las cosas, el decaimiento del recuso no puede extenderse o aplicarse analógicamente a los casos de la falta de representación.

Pero es que, además, observa la Sala que la ley tiene definidos los alcances del poder, sin establecer restricciones relativas a la insuficiencia del inicialmente otorgado, a efectos de ejercer el recurso de anulación. Por el contrario, al definir las limitaciones al alcance de las facultades del apoderado, el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, las hace consistir exclusivamente en lo que tienen que ver con los actos de disposición del derecho en litigio, los reservados por la ley a la parte y la facultad de recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado.

Así lo señalan las disposiciones del referido artículo 70, modificado por el Decreto 2282 de 1989 –se destaca-:

El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos:

*Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, **realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente**, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.*

Tercera, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ A cuyo tenor, “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio, ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa.

Asimismo, conforme con las disposiciones de los artículos 66 y 69 del actual estatuto procesal civil, el otorgamiento del poder a un apoderado diferente para la interposición de recursos es facultativo y, además, el que se confiera para estos fines no termina o revoca el otorgado al anterior apoderado para actuar en el proceso.

Así lo disponen las normas en comentario –se destaca-:

ARTÍCULO 66. Designación de apoderados. En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona; si en el poder se mencionan varios, se considerará como principal el primero y los demás como sustitutos en su orden. Para recursos, diligencias o audiencias que se determinen, podrá designarse un apoderado diferente de quien actúa en el proceso (...).

ARTÍCULO 69. TERMINACION DEL PODER. Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso (...).

Habiéndose ocupado la ley de i) definir que el poder para litigar comprende las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, incluidos los recursos y ii) señalar las facultades que se entienden excluidas o que requieren autorización expresa, no le corresponde al juez establecer limitaciones al poder ajenas a las dispuestas por la ley, como la consistente en exigir que, si el conferido para litigar en el trámite arbitral no la lleva expresa, la facultad para ejercer el recurso de anulación amerita el otorgamiento de un poder especial para estos efectos. En criterio de la Sala, una decisión en ese sentido no solamente constituye una restricción indebida al alcance de la autonomía de la voluntad privada que las normas citadas dejaron en cabeza de las

partes del contrato de mandato, sino que contraría las citadas disposiciones legales.

Para la Sala, además, la distinción que pretende poner en ámbitos procesales totalmente separados el trámite arbitral y el recurso de anulación, resulta meramente pretenciosa, en cuanto desconoce que las disposiciones compiladas en el Título II de la Parte Segunda del Decreto 1818 de 1998 regulan el laudo y ese recurso como etapas del proceso arbitral, además de que este último se presenta ante el tribunal de arbitramento -art. 167-, en el término de ejecutoria del laudo, se tramita dentro del expediente contentivo de la actuación arbitral, procede por razones relativas al procedimiento surtido durante ese trámite y se decide con fundamento en los elementos que conforman la actuación arbitral -arts. 161 y 163-. Bajo estas disposiciones, basta preguntarse si resulta posible considerar completo ese expediente sin incluir las actuaciones propias del trámite del recurso de anulación surtido.

Y en consonancia con el régimen que define el alcance del poder para litigar, el estatuto procesal civil expresamente señaló que la nulidad procesal por falta de representación judicial –se destaca- *“sólo se configurará **por carencia total** de poder para el respectivo proceso”* –art. 140, num. 7-.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, está acreditado que el recurso de anulación fue sustentado mediante escrito dirigido a los árbitros, empero presentado oportunamente ante esta Corporación, por la apoderada judicial que representó a Gestión Energética S.A. E.S.P. en ejercicio del poder que le confirió el representante legal *“debidamente facultado por el efecto por la Junta Directiva”*, para actuar desde la convocatoria del tribunal a instancias de la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. y adelantar *“...todas las actividades necesarias para defender los intereses [de la poderdante] dentro del proceso arbitral y en especial para sustituir, reasumir, conciliar, transigir, desistir, suspender términos y en general para ejercer todas las facultades en contenidas en los artículos 70 y siguientes del C.P.C, para el ejercicio de su labor. La apoderada no está facultada para confesar”* –fl. 105, cdn.- ppal.1-. Además de que se trata de la misma apoderada que recibió la notificación del laudo y sustituyó el poder para recibir la notificación del fallo complementario e interponer el recurso de anulación.

Así las cosas, en tanto la solicitud de la convocada en el sentido declarar

desierto el recurso viene fundada en una falta por exceso de rigor, carente de fundamento en la normatividad que rige la sustentación del recurso de anulación, los alcances del poder para litigar y los efectos de la falta de representación judicial, huelga concluir su improcedencia y pasar al estudio de los cargos.

4. El cargo relativo a la falta de jurisdicción por indebida constitución del Tribunal (causal 2ª)

Para la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. el tribunal de arbitramento carece de jurisdicción para vincularla a la decisión del conflicto planteado por la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. en torno al contrato n.º 94.016, en tanto se liberó de los efectos de la cláusula compromisoria, de que trata la estipulación trigésimo tercera suscrita, al ceder su posición de contratante a Gestión Energética S.A. E.S.P. Irregularidad que, a su juicio, debe ser sancionada con la anulación del laudo, en cuanto está disciplinada por las disposiciones del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil con carácter insaneable y, por tanto, no condicionada a la exigencia de alegarla en la primera audiencia de trámite.

A estos efectos cabe tener presente que i) las causales que dan lugar a la anulación del laudo son las incorporadas en el artículo 163 del Decreto ley 1818 de 1998 y ii) son ajenos al recurso extraordinario de que se trata los errores *in iudicando*, sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez en lo relativo a la falta de competencia, a condición de que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

En ese orden, no podrá ocuparse la Sala de las razones en que se apoya este cargo tendientes a cuestionar la falta de competencia, fundada específicamente en la ineficacia de la reserva formulada por la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. a la cesión llevada a cabo entre las convocadas, si se considera que este asunto fue objeto de amplios análisis que le permitieron al tribunal de arbitramento concluir que la recurrente sigue vinculada a la cláusula compromisoria convenida en el contrato *sub iudice* y los yerros que la recurrente enfila contra esta conclusión del laudo desbordan los límites del recurso.

Así las cosas, la Sala centrará su análisis en las razones a partir de las cuales

la recurrente intenta abrir paso al estudio de la causal, fundada en que el efecto negativo del principio de la *competence-competence* no priva al juez de la anulación de la facultad para revisar lo atinente a la competencia de los árbitros para declarar su propia competencia, cuando media la falta de jurisdicción.

A su juicio, esta irregularidad es insaneable, por no estar comprendida dentro de los aspectos que las partes pueden disponer en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y amerita la anulación del laudo, conforme con las disposiciones finales del artículo 144 de la codificación procesal civil, sin sujeción al requisito de procedencia establecido para la causal 2ª de que trata el artículo 163 del Decreto ley 1818 de 1998.

Lo anterior, con el fin de determinar si desde esta óptica de la recurrente es procedente el estudio del cargo planteado con fundamento en la falta de jurisdicción de que tratan las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley.

En consecuencia, cuando los árbitros transitoriamente son investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, empero, habilitados mediante un acuerdo de voluntades contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria que sustrae de la jurisdicción común un litigio para ser decidido por los particulares investidos temporalmente de jurisdicción. La Ley favorece su existencia, en el entendido de que, para confiar a los árbitros la misión de resolver el conflicto, se debe ostentar la libre disposición de los derechos, lo cual supone la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación para disponer en el caso particular, amén del poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.

Ahora, para la Sala, la jurisdicción, entendida como la función de administrar justicia, al tenor de las disposiciones del artículo 116 constitucional, es una sola y está en cabeza del Estado, con independencia de que para su ejercicio la Constitución Política la distribuya entre las distintas esferas de la organización institucional de la rama judicial.

Siendo así, la falta de jurisdicción y sus efectos devienen en elementos necesarios para asegurar la asignación de las distintas especialidades comprendidas y reconocidas en los asuntos cuya decisión se asigna esta rama del poder público, cuando, por razones que atañen a la organización de los intereses superiores, el ordenamiento los pone por fuera de la órbita del poder de disposición de los particulares.

Por su parte la competencia, *stricto sensu*, sirve al fin de definir la capacidad del juez para decidir cada caso concreto, en razón de las distintas materias comprendidas en cada una de las especialidades de la jurisdicción, de la jerarquía funcional, del territorio y la cuantía. Y se trata de un asunto en el que con relativa frecuencia el ordenamiento confía parcialmente al poder dispositivo de los particulares, en cuanto permite que se tengan por saneadas algunas irregularidades derivadas de la forma como se accede a esta forma de organización institucional de la justicia en procura de la protección de los derechos y demás intereses jurídicos.

En ese orden de ideas resulta que, en tanto la jurisdicción comprende la función de administrar justicia y su asignación entre las distintas especialidades, la competencia se refiere a la capacidad del juez para decidir cada caso, atendiendo a diversos criterios de organización de orden funcional, material, territorial y pecuniario, dentro de cada una de las especialidades de la jurisdicción. Y que el ordenamiento jurídico se encarga de definir, con distinto alcance, los efectos de las irregularidades en las que puede incurrirse en el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia, dada la compleja y, no en pocas veces ambigua, organización institucional adoptada para el efecto con carácter permanente.

Si bien, la jurisdicción y la competencia son asuntos diferenciables, por regla general puestos por el ordenamiento al margen del poder de disposición privada, no sucede lo mismo con la autorización constitucional para que los árbitros administren justicia, si se considera que en este caso la habilitación proviene integralmente –jurisdicción y competencia- del ejercicio de la autonomía privada expresada en un negocio arbitral, con efectos temporales.

Siendo así, para la Sala resulta claro que el principio de habilitación que la

rige, proyecta sobre la jurisdicción arbitral unas características particulares, de trascendental importancia de cara a la definición de i) los eventos que permiten concluir cuándo se carece de la función de administrar justicia y i) los efectos asociados a esa irregularidad, si se tiene presente que la reserva legal que rige en el ámbito de la jurisdicción permanente no aplica plenamente cuando se trata de la que corresponde ejercer transitoriamente a los árbitros, en la que en principio prevalece la habilitación mediante el negocio arbitral. Principio rector que justifica un especial trato legislativo y un cuidadoso juicio del juez, de cara a hacer efectivos el derecho constitucional de acudir a los árbitros para dirimir los conflictos y la competencia de estos para definir sobre su propia competencia con sujeción a los límites del negocio o pacto arbitral, en cuanto criterio básico que reviste de eficacia a la jurisdicción a ellos confiada.

Bajo estos postulados regentes de la jurisdicción de los árbitros, a juicio de la Sala carece de sustento el entendimiento de que en la autorización conferida por la Constitución y la Ley para que mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada se habilite a los árbitros para cumplir esta función, no se comprende la de sanear las irregularidades relativas a la falta de esta habilitación en los asuntos propios del poder dispositivo de los particulares.

En estricta lógica, siendo el principio rector de la jurisdicción arbitral su habilitación mediante el negocio jurídico, las limitaciones o excepciones deben venir dispuestas expresamente por la ley. Y cabe que se resalte, entonces, que a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción organizada con carácter permanente en la que la habilitación proviene enteramente del ordenamiento jurídico, se admita dentro del poder dispositivo de los particulares la capacidad de sanear las irregularidades asociadas a la habilitación de la jurisdicción de los árbitros, en cuanto recaigan sobre asuntos confiados por el ordenamiento a la autonomía de la voluntad privada.

Desde esta óptica, procede que la Sala analice el alcance de los efectos con que las normas invocadas por la recurrente disciplinan la falta de jurisdicción, referidas a lo que tiene que ver con los árbitros.

Comenzando por la especialidad, se tiene que conforme con los artículos 38 y 39 del Decreto 2279 de 1989 -compilados en el artículo 163 y 164 del Decreto 1818 de 1998- y 22 de la Ley 1150 de 2007, procede la anulación del laudo por –

se destaca- “[n]o haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite” y debe rechazarse de plano la anulación cuando “las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior”.

Por su parte, al tenor de las disposiciones del inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil –se destaca- “[n]o podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”.

De una lectura exegética de estas normas podría entenderse por, una parte, que i) en tanto la normatividad que rige el recurso de anulación no remite expresamente al Código de Procedimiento Civil, no resulta posible la anulación con fundamento en las disposiciones de esa codificación y ii) que si las irregularidades ocurridas al constituirse el tribunal de arbitramento, en materia de jurisdicción y competencia, no se alegan expresamente en la primera audiencia de trámite, quedan saneadas, en tanto resulta improcedente promover la anulación sin cumplir el requisito de la alegación previa. Mientras que con fundamento en el estatuto procesal civil podría afirmarse que la falta de jurisdicción en materia arbitral es insaneable.

Empero, a juicio de la Sala, a la luz del principio de habilitación que rige la jurisdicción de los árbitros no resulta válida ninguna de las dos posturas extremas, en cuanto el negocio arbitral que habilita a la jurisdicción arbitral se rige por la autonomía de la voluntad privada, pero sin comprender los aspectos sobre los cuales los particulares no tienen poder de disposición.

Siendo así, lo procedente en cuanto al saneamiento de la falta de jurisdicción arbitral tiene que ver con que las irregularidades originadas en aspectos al margen del poder dispositivo de los particulares son insaneables, precisamente por estar comprendidas dentro del ámbito de la jurisdicción organizada institucionalmente con carácter permanente, de conformidad con las disposiciones del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil; en tanto que para las demás, el saneamiento se comprende en el principio de habilitación fundado en la autonomía de la voluntad privada, al tenor del numeral 2º del artículo 163 del Decreto ley 1818 de 1998.

Por tanto, la anulación del laudo por falta de jurisdicción originada en aspectos regidos por el poder dispositivo de las partes, en sede del recurso extraordinario de que se trata, está sujeta a la exigencia de la alegación previa en la oportunidad procesal prevista en esta última disposición. La inobservancia de esta carga impide el acceso al juez de la anulación, lo que equivale a que el silencio de la parte convocada en esta materia produce los efectos positivos del principio de la *competence-competence*, en cuanto habilita la constitución del tribunal.

No desconoce la Sala la dificultad subyacente en el propósito de diferenciar entre la jurisdicción y la competencia en materia arbitral; empero, encuentra que aún si los asuntos comprendidos en el poder de disposición de los particulares delimitaran el ámbito de la competencia, la solución será idéntica en cuanto se concluya que los aspectos ajenos a la autonomía de la voluntad privada corresponden al ámbito de la jurisdicción y que, por tanto, se torna insaneable la carencia de este atributo, al tenor del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la falta de jurisdicción de los árbitros la funda la recurrente en asuntos comprendidos en el poder dispositivo de las partes, en cuanto tienen que ver con la cesión que hizo la recurrente de su posición en el contrato n.º 94.016 en el que se convino la cláusula compromisoria y con la reserva a esa transferencia formulada por la cedida, sobre los cuales la recurrente i) en la contestación de la demanda, presentada el 23 de septiembre de 2009, aceptó expresamente ser cierta la cesión que hizo en favor de la sociedad Gestión Energética S.A. y la no liberación por parte de la contratista cedida; ii) en esa misma fecha, ejerció la demanda de reconvención fundada en que convino y es parte en la cláusula compromisoria; iii) el 12 de noviembre de 2009, se opuso a la excepción de falta de legitimación propuesta por la convocada en la contestación de la reconvención aduciendo seguir vinculada al contrato *sub lite* y iv) nada cuestionó en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 15 de diciembre de 2009, en la que se constituyó el tribunal de arbitramento.

En efecto, en la contestación de la demanda la Empresa de Energía de Boyacá S.A. dijo ser cierta la cesión del contrato a Gestión Energética S.A. E.S.P y que la Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. E.S.P. no la liberó –fl. 62, cdn. ppal. 2-.

Asimismo, la recurrente demandó en reconvención a la convocante, aduciendo la cláusula compromisoria convenida en el contrato n.º 94.016 –fl. 253, cdn. ppal. 1-:

I. PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO:

Clausula Compromisoría

Al momento de la celebración del contrato, las partes decidieron que cualquier controversia que surgiera entre ellas durante la ejecución del contrato y hasta la liquidación del mismo, sería resuelta por un Tribunal de Arbitramento, tal como lo señala la Cláusula Cuadragésima Séptima del contrato 94.016, de la cual se derivaría la competencia de Arbitramento:

“CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA: Cláusula Compromisoría. Toda disputa que surgiera durante la ejecución de este contrato y hasta la liquidación del mismo, sin perjuicio de las restricciones que se determinan en el párrafo segundo de ésta Cláusula, que no pueden ser resueltas entre las partes después de agotar el procedimiento que se enuncia a continuación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento de acuerdo con las reglas que aquí se fijan:

a. Cualquier diferencia que surja con ocasión de la celebración del presente contrato, y de su ejecución, interpretación, desarrollo, terminación, liquidación o cumplimiento será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrados por tres (3) árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes, o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá., previa solicitud presentada por cualquiera de las partes. El Tribunal así constituido sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, se sujetará a lo dispuesto por la legislación vigente y emitirá su laudo en derecho (...).”

Y la demandante en reconvención se opuso a la excepción de falta de legitimación propuesta por la convocante, en estos términos –fls. 252 a 255, cdn. ppal. 2-:

iii) Tanto EBSA como GENSA están legitimadas para perseguir el pago de los valores adeudados por CES por concepto de la penalización prevista en la cláusula décima novena del contrato.

La cláusula Décima Novena del Contrato 94.016 contempla una penalización al contratista en caso de que la Central no esté en operación a la hora que sea requerida por Centro de Control (hoy Centro Nacional de Despacho) y está hubiese sido declarada como disponible (...).

En virtud de la referida cláusula décima novena, que contempla la mentada penalización en caso de que la Planta Paipa IV no esté disponible cuando sea requerida por el Centro Nacional de Despacho, EBSA y GENSA están legitimadas para reclamar los valores adeudados por concepto de dicha penalización contemplada en la cláusula décima novena del contrato 94.016.

iv) En virtud de la reserva efectuada por CES de no liberar a EBSA, el vínculo jurídico entre éstas subsiste.

No le asiste razón al demandante al argüir que EBSA no está legitimada para demandar en reconvención, por las razones que se exponen a continuación:

Tal como consta en el Acta de Cesión que se adjuntó como prueba documental en la Contestación de la demanda, el 3 de noviembre de 2005, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. cedió el contrato 94.016 a Gestión Energética S.A. E.S.P. Dicha cesión fue notificada a CES, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula trigésima tercera del Contrato 94.016 (...).

Respecto de la cesión, Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada el 29 de noviembre de 2005 en EBSA, manifestó que no liberaría a esta última del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del Contrato 94.016 (...).

Lo anterior en los términos del artículo 893 del Código de Comercio constituye una reserva expresa de no liberar al cedente (...).

En esta medida, al tener EBSA una obligación frente a CES, es claro que aún subsiste un vínculo jurídico contractual que no sólo se predica de CES frente a EBSA como lo pretende ver el demandante en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención; de hecho, la prueba fehaciente del vínculo subsistente entre CES y EBSA es que la misma CES demandó a la empresa por obligaciones derivadas del contrato 94.016 y mal podría argumentarse que EBSA S.A. E.S.P. no puede demandar en reconvención junto con GENSA S.A. E.S.P. para hacer valer sus derechos y defender sus intereses (...).

Así las cosas, es claro que en virtud del vínculo jurídico subsistente entre EBSA y CES, tanto una como la otra podrán hacer valer sus derechos por vía judicial. En otras palabras, tanto CES como EBSA están legitimadas para actuar en un proceso judicial, y en esta medida, ambas podrán ejercer, sin exclusión alguna, todas las acciones procesales contenidas en el Código de Procedimiento Civil para hacer valer sus derechos y defender sus intereses (...).

En este sentido, teniendo en cuenta que entre CES y EBSA aún subsiste un vínculo jurídico, es claro que existe legitimación procesal por parte de EBSA para ser parte del proceso y hacer uso de todas las acciones procesales que la ley prevé para hacer valer sus derechos y defender sus intereses (...).

Surtido el trámite anterior, en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo del 15 de diciembre de 2009, el tribunal de arbitramento, después de i) dar lectura a la cláusula compromisoria contenida en el contrato n.º 94.016 y a las pretensiones de las partes, ii) relatar los antecedentes del trámite y iii) verificar que las partes gozan de capacidad para ejercer sus derechos, las controversias están comprendidas en el objeto del negocio arbitral y son susceptibles de transacción, se declaró competente para dirimir los asuntos sometidos a su conocimiento, mediante decisión que, notificada en estrados, quedó en firme en esa oportunidad por no haber merecido objeción alguna de las partes –fls. 44 a 83, cdn. ppal 3-.

Siendo que la procedencia del cargo formulado con fundamento en la causal segunda del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 está condicionada al cumplimiento del requisito de alegación previa en la primera audiencia de trámite y, en cuanto no es cuestión litigiosa que la recurrente no propuso la falta de jurisdicción en la oportunidad señalada como lo admitió en el recurso, sino que, por el contrario, en la etapa de constitución del tribunal aceptó expresamente estar vinculada a la cláusula compromisoria pactada en el contrato *sub judice*, mediante la cual se habilitó la jurisdicción de los árbitros, no le asiste legitimación para proponer ese cargo de anulación y provocar el pronunciamiento en esa materia.

5. El cargo relativo al fallo en conciencia debiendo ser en derecho (causal 6ª)

A juicio de Gestión Energética S.A. E.S.P., los árbitros decidieron con fundamento en su propio criterio y en consideración a su íntimo convencimiento, en cuanto omitieron valorar i) el dictamen rendido por el perito Andrés Escobar, practicado con el fin de demostrar que el presentado por el otro experto, adolece de error grave; ii) que el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato está viciado de nulidad absoluta porque permite la revisión de una tarifa definida, conforme a los términos de referencia, como fija, firme y no reajutable, durante la

vigencia del contrato y iii) los dictámenes en materia contable que dan cuenta de los beneficios obtenidos por la convocante, en razón de los cambios legislativos, por valor de \$7.703.140.114 y de lo que debe descontarse del impuesto al valor agregado y del gravamen a los movimientos financieros, por ser ajenos a los costos de la ejecución y operación del proyecto Paipa IV.

El fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, sino a convencimientos y razones ajenos a este, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto fallar en derecho no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad, más que en regulaciones positivas.

En sentencia del 31 de enero de 2011, sobre la aplicación del principio de equidad se sostuvo¹⁵:

“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad¹⁶, 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”¹⁷.

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 pregona 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 (...).

¹⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, radicado 37.598.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.

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 legal¹⁸. 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 decisión¹⁹.

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 legales²⁰. 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.

Para la Sala la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula arbitral, ii) analizó la naturaleza, los antecedentes y los regímenes jurídico y financiero del contrato celebrado, iii) valoró los dictámenes periciales allegados al proceso y iv) concluyó con el análisis de cada una de las pretensiones y excepciones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Revisado el laudo en su integridad, la Sala encuentra que contiene varias consideraciones de los árbitros en torno al dictamen rendido por el señor Andrés Escobar, hecho que desvirtúa los fundamentos del cargo en lo que tiene que ver con la falta de valoración de este elemento probatorio, en orden a tratar de configurar el cargo en estudio.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* p. 99 y ss.

¹⁹ WINDSCHEID, Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.*

²⁰ "La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él." Cfr. *DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO*, Editorial Labor S.A. Barcelona,

En efecto, al dar cuenta de la conformación del acervo probatorio, reunido en el proceso con el fin de acreditar la objeción por error grave formulada contra el dictamen del perito Ramiro de la Vega, los árbitros tuvieron en cuenta que comprende testimonios de personas con conocimientos técnicos especializados, informes rendidos por diferentes entidades y dictámenes rendidos tanto por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, como por el señor Andrés Escobar (pág. 61).

Y al abordar el estudio de la prueba pericial rendida por este último, el juez arbitral concluyó que i) sus cálculos financieros dan cuenta de diferencias mínimas, frente a los resultados de las operaciones del mismo orden contenidas en el dictamen objeto de impugnación, carentes de entidad suficiente para descalificar este último; ii) la calificación de error grave que atribuye a la conclusión contenida en el dictamen objetado, en el sentido de que los riesgos asociados a los cambios en materia tributaria no se encontraban en cabeza del contratista, corresponde a una divergencia de carácter jurídico, originada en la apreciación que los dos peritos tienen sobre los conceptos contractuales de “*exceso de potencia disponible*” y de “*riesgos tributarios*”; iii) el perito da cuenta del tratamiento dado en la evaluación de las propuestas y en la oferta adjudicada al precio por potencia disponible; iv) los argumentos en que el perito funda sus conclusiones, en cuanto no contienen cuestionamientos de orden técnico contra los conceptos objetados, no trascienden el ámbito de la simple crítica de la prueba y v) la eficacia de este elemento probatorio debe ser apreciada en conjunto con los demás medios de prueba conducentes y pertinentes.

Para la Sala no resulta inadvertida la trascendencia que la recurrente le imprime a la valoración del informe pericial rendido por el perito Escobar, en tanto apunta a desvirtuar la conclusión medular del fallo, consistente en que, de conformidad con lo convenido en el contrato n.º 94.016 suscrito entre las partes, los riesgos de los cambios de la legislación tributaria que incrementan los costos del proyecto Paipa IV deben ser asumidos por la contratante. Empero, resulta que en virtud de los principios de integridad y de valoración racional de las pruebas, de que tratan las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en especial sus artículos 174, 175 y 187, a los que remite el artículo 151 del Decreto 1818 de 1998, a los árbitros les asiste el deber de valorar en conjunto todas las pruebas decretadas y allegadas al proceso, con independencia de que sean favorables a

una u otra parte.

Y siendo la asignación de los riesgos un asunto esencial del contrato celebrado que involucra aspectos financieros y jurídicos, no resulta válido sustituir al juez arbitral por el perito en lo que toca con el deber de analizar y decidir de estas materias, dado el carácter de auxiliar de la justicia que le atribuye la ley a este último.

Deberes que los árbitros en el caso concreto cumplieron, pues la conclusiones del laudo, en lo que toca con la asignación de los riesgos asociados a los cambios en la legislación tributaria que incrementan los costos del proyecto, en cabeza de la contratante y con la validez del literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato n.º 94.106, están fundadas en i) el análisis, apoyado en el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina, de las condiciones de existencia y eficacia del negocio jurídico; la institución de la nulidad; la naturaleza, tipo y régimen jurídico del contrato celebrado; la causa y el objeto, incluido el proceso y modelo de estructuración financiera; las obligaciones contraídas por las partes; los términos de referencia y los principios de igualdad e inalterabilidad que los rigen, así como la evaluación de las ofertas y ii) la valoración conjunta de los distintos elementos probatorios allegados al proceso, consistentes en documentos, dictámenes periciales, información requerida a distintas entidades del sector eléctrico y testimonios de varias personas con conocimiento y experiencia específica en el mercado de energía y en el tipo de contratación, además de que algunas de ellas participaron en la estructuración del esquema contractual de que se trata. Razones que descartan que los árbitros hayan decidido con fundamento en su propio criterio y en consideración a su íntimo convencimiento, apartándose del juicio propio de la decisión en derecho.

En lo atinente a la omisión de fallar con fundamento en las pruebas periciales en materia contable allegadas al proceso, encuentra la Sala que, en cuanto el cargo viene formulado a partir de la afirmación de que el tribunal admitió que los beneficios asociados a los cambios en la legislación tributaria son descontables de los pagos en que la convocante funda sus pretensiones, como en igual sentido lo concluyeron los peritos en la materia, no resulta procedente concluir que el laudo se haya proferido en conciencia.

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 reconvención 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.

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 reconvención propuestas por la convocada. De donde se colige que con el cargo se pretende demostrar un error *in iudicando*.

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.

En síntesis, habida cuenta de que el laudo arbitral impugnado se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico, el cargo formulado no prospera.

6. Errores aritméticos o disposiciones contradictorias en el laudo (causal 7ª)

Por la vía de este cargo sostiene Gestión Energética S.A. E.S.P., que i) la condena “*en subsidio*” impuesta en su contra en el numeral séptimo de la parte decisoria del laudo contraría la decisión expresada en la parte motiva, en el sentido de condenar como obligadas principales a las dos convocadas y ii) las decisiones contenidas en los numerales dieciocho y séptimo del laudo, igualmente se contradicen, en cuanto del valor de la condena impuesta en este último no se descontaron los beneficios tributarios que el tribunal declaró que la convocante obtuvo por cambios de la legislación tributaria y que, al tenor de la prueba pericial,

ascienden a \$7.703.140.114.

Conforme lo dispone el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esta causal procede a condición de que el recurrente la hubiere alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, requisito que cumplió Gestión Energética S.A. E.S.P. pues, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo, solicitó que el Tribunal aclarara la contradicción que la misma encuentra entre el numeral séptimo del fallo y su parte motiva, en que además funda el recurso, al tiempo que puso de presente que en esa misma decisión el Tribunal descontó parcialmente los beneficios tributarios obtenidos por la convocante y solicitó complementar el laudo en el sentido de aplicar los descuentos declarados en el numeral decimoctavo, teniendo en cuenta para el efecto el valor total, a su juicio, acreditado con la prueba pericial y no solamente el valor acogido por los árbitros.

Al respecto es de notar que, al tenor del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998, corresponde al juez del recurso de anulación corregir las disposiciones contradictorias, siempre que se encuentren contenidas en la parte resolutive.

En estricto sentido, la procedencia de esta causal, al tenor de lo definido en el numeral 7º del Decreto 1818 de 1998, exige que las contradicciones estén contenidas en “*la parte resolutive del laudo*”. Por esta misma razón, ha sostenido la Sala que la falencia advertida amerita la anulación si aparece en la parte resolutoria, con entidad suficiente para impedir su ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente las disposiciones en conflicto²¹:

Frente a las contradicciones en que puede incurrir el laudo arbitral, la sala ha precisado que “la incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutive y se justifica, en tales casos la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne

²¹ Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2002, radicación 11001-03-26-000-2002-0010-01(22193).

*imposible prescindir de la parte motiva.*²²

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho respecto de esta causal, que es similar a la tercera de casación prevista en el art. 368 del C. de P.C., que procede “cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además “la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago”²³.

Dicho de otra manera, esta causal procede en la medida en que la contradicción sea de tal magnitud que imposibilite la ejecución de la sentencia porque como consecuencia de la contradicción, a pesar de que ha alcanzado en sentido formal la categoría de cosa juzgada “no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial)”²⁴.

Ahora, en respuesta, en el laudo complementario del 17 de julio de 2012 2010, el juez arbitral señaló:

Solicita se aclare el numeral 7º de la parte resolutive del Laudo Arbitral, en la cual se condenó a GENSA y en subsidio a EBSA, al pago de una suma de dinero a favor de CES a título de indemnización de perjuicios. Según GENSA, la expresión “en subsidio” contenida en el ordinal mencionado, ofrece motivo de duda al advertirse que en varios apartes de la providencia se dice que se condenará a EBSA-GENSA al pago de los valores reclamados por CES, siendo del caso advertir, frente a este preciso aspecto, que de manera amplia el Tribunal expuso en la parte motiva del Laudo el alcance de la cesión contractual llevada a cabo entre EBSA y GENSA, de manera que al efecto basta con la lectura de las páginas 55 y ss. del Laudo con el Art. 893 del C. de Com. para despejar la presunta oscuridad apuntada en aquella expresión.

Razón ésta de suyo suficiente para no acceder a la solicitud de aclaración formulada por GENSA.

Encuentra la Sala que la contradicción en que se funda el cargo, se advierte confrontando el numeral séptimo de la parte resolutive con las razones del fallo, empero sin la entidad suficiente para constituir la irregularidad que, conforme con

²² Sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. 5326. Carbones de Colombia S.A. vs. Consorcio Dromi Prodeco Auxini.

²³ Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98).

²⁴ Piero CALAMANDREI. *La casación civil*. 1961, T. II. pag. 345.

la causal invocada, daría lugar a su corrección. Amén de que la expresión “se condenará a EBSA-GENSA a pagar a favor de CES” contenida en la parte motiva i) no puede ser entendida como una decisión, al tenor de las disposiciones del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que deslindan los efectos claramente justificativos de los razonamientos de la parte motiva, de los decisorios de la parte resolutive y ii) no puede ser entendida necesariamente en referencia a una obligación solidaria, por el hecho de haberse enunciado en ella a las convocadas, pues, conforme con las disposiciones del artículo 1568 del Código Civil, –se destaca- “[l]a solidaridad **debe ser expresamente declarada** en todos los casos en que no la establece la ley”.

Conforme con la argumentación que sustenta la segunda parte cargo formulado con fundamento en la causal 7ª, entiende la Sala que esta apunta i) a que el tribunal se equivocó al efectuar la operación aritmética tendiente a descontar, del valor de la condena de que trata el numeral séptimo, los beneficios declarados en el numeral decimotercero, o ii) que son contradictorias estas dos decisiones, en cuanto esta última no corresponde con el valor que debe resultar de aplicar los beneficios declarados en la primera de las mencionadas.

Se lee el numeral séptimo de la parte resolutive del laudo es del siguiente tenor:

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 SIETE PESOS MONEDA 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.

Y el texto del numeral decimotercero del laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2012, que en el laudo complementario del día 17 siguiente corresponde íntegramente con el numeral vigésimo, dice:

VIGÉSIMO: 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.

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 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- :

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

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 7º.

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.

7. El cargo relativo a asuntos no sujetos a la decisión arbitral (causal 8ª)

Para la Empresa de Energía de Boyacá S. A. E.S.P., la convocante pretende que la condena por la indemnización de los perjuicios derivados del incremento de

los costos del proyecto, originados en los cambios a la legislación tributaria, se imponga a las convocadas como obligadas principales o solidarias; de donde, en cuanto la condena le fue impuesta a la recurrente “*en subsidio*” de Generación Eléctrica S.A. E.S.P, el laudo excedería los límites del principio de congruencia.

Como lo viene reiterando la jurisprudencia de la Sala, esta causal se configura cuando el laudo comprendió asuntos ajenos a la cláusula compromisoria –falta de competencia del juez arbitral- o se profirió con desconocimiento del principio de congruencia –fallo *extra o ultra petita*–.

Ahora bien, con sujeción a las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

En virtud del principio de congruencia, la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que el laudo no puede conceder más (*ultra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco puede el juez arbitral otorgar menos de lo pretendido y probado (*infra o citra petita*), discordancia que se enmarca en la causal 9ª de la misma normatividad.

Resulta, entonces, que, en lo relativo al principio de congruencia, la causal que se estudia demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede la anulación total o parcial del laudo.

La recurrente considera que el Tribunal se extralimitó, porque condenó a la convocada a pagar “*en subsidio*” en favor de la contratista los mayores costos en que incurrió por la ejecución del contrato.

Al respecto la Sala advierte en la demanda arbitral las siguientes pretensiones de condena, relacionadas con el pago de los perjuicios por el incremento de los costos del proyecto, relacionado con los cambios de la legislación en materia de tributos –se destaca-:

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 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 determine, entre la fecha en que cada suma fue cancelada y hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.**

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN 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 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.

Asimismo, como fundamento de las pretensiones, la demandante adujo el hecho de que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. le cedió su posición en el contrato n.º 94.016 a Gestión Energética S.A. E.S.P., sin que se hubiera producido la plena liberación, dada la reserva formulada por la cedida con fundamento en el artículo 893 del Código de Comercio, razón por la que, a su juicio, la indemnización de los perjuicios debe ser asumida por la cedente y la cesionaria o por la una o la otra.

En efecto, en el fundamento fáctico de la demanda se sostiene:

II. HECHOS DE LA DEMANDA (...).

"5. La cesión del contrato que informó EBSA

5.1. El 3 de noviembre de 2005, mediante comunicación 10000-293 98730,

EBSA comunicó a CES que había cedido su posición contractual en el Contrato 94.016 a GENSA, según acta de cesión suscrita en esa misma fecha.

5.2. En relación con la cesión del Contrato 94.016 de EBSA a GENSA, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 893 del Código de Comercio, 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 94.016 mientras no se otorgaran y verificaran ciertas garantías y seguridades, las cuales no han sido otorgadas hasta la fecha –fls. 328 y 348, cdn. ppal n.º 1-.

Y señala la demanda en relación con la “indemnización compensatoria” pretendida –se destaca-:

Con fundamento en las anteriores disposiciones legales y en lo estipulado en el literal (c) de la Cláusula Décima Quinta y en el literal (b) de la Cláusula Décima Tercera del Contrato 94.016, CES tiene derecho a que se ordene a GENSA y/o EBSA dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato, es decir, que se condene a GENS y/o EBSA a pagar, por una parte, las sumas que CES 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 (...) –fls. 328 y 348, cdn. ppal n.º 1-.

Asimismo, las convocadas entendieron que los efectos de la cesión del contrato y la reserva formulada por la cedida hacían parte de la *causa petendi*. En efecto, al contestar la demanda reconocieron la cesión y la reserva y en la reconvencción expusieron –se destaca-:

HECHO NOVENO: El 3 de noviembre de 2005, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. cedió el contrato 94.016 a Gestión Energética S.A. E.S.P.

HECHO DÉCIMO: Respecto de la cesión, Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., mediante comunicación radicada el 29 de noviembre de 2005 en EBSA, manifestó que no liberaría a esta última del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato 94.016 hasta tanto no se cumplieran las siguientes condiciones (...).

De tal modo, conforme a la reserva transcrita de no liberar al cedente efectuada por CES, aún subsiste un vínculo jurídico entre EBSA y CES, como quiera que no se han cumplido la totalidad de las condiciones previstas en la comunicación citada –fls. 278 y 279-.

En ese orden, para la Sala resulta claro que, i) habiéndose planteado entre las partes la *litis* con fundamento en la cesión del contrato n.º 94.016 entre las convocadas y en la reserva formulada por la convocante; ii) estando las pretensiones de condena dirigidas contra Gestión Energética S.A. y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., y contra la una o la otra y ii) concurriendo en la *causa petendi* los efectos que conforme el artículo 893 del Código de Comercio deben producirse entre la cedente, la cesionaria y la cedida con ocasión de la cesión y la reserva, correspondía al juez arbitral estudiar y decidir la forma como las convocadas deben asumir la obligación de indemnizar los perjuicios.

Además de que, como observa la Sala, los efectos de la cesión y la reserva están definidos por normas jurídicas que el juez está obligado a aplicar, conforme con el principio *iura novit curia*, aún sin que las partes las hayan invocado. Cabe reiterar lo que en esta materia ha señalado la Sala²⁵ –se destaca:

*Siendo el conocimiento de la ley una presunción que opera en igualdad de condiciones para todos los sujetos procesales²⁶, a juicio de la Sala se adquiere un mejor entendimiento de la regla *iura novit curia* –el juez conoce el derecho, en su acepción tradicional-, a la luz de la expresión “venite ad factum. Curia iura novit”, o su similar “da mihi factum et dabo tibi ius”, en la cual un amplio sector de la doctrina funda el origen de la primera para señalar que la máxima ofrece claridad sobre la actividad y el poder de las partes y del juez en un sistema procesal dispositivo: corresponde a las primeras aportar los hechos y al juez aplicar el derecho vigente.*

En consonancia con esa orientación, es dable entender que las partes tienen poder para definir las pretensiones, referir los hechos y aportar las pruebas y que el juez decide las pretensiones, resuelve las excepciones y determina los hechos probados, empero, en relación con el derecho no hace nada distinto a aplicar el vigente. Razón de lógica que permite entender que en la aplicación del ordenamiento el juez bien puede apartarse del traído por las partes y que el ejercicio de esta potestad, en cuanto relacionado con la justicia, no afecta la congruencia del fallo, si se tiene en cuenta que i) el fallador no queda atado a la ignorancia, las omisiones o los yerros de derecho en que incurran las partes al invocar las normas en que fundan el debate procesal, ni a las contravenciones del orden público en que hayan

²⁵ Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de abril de 2012, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 11001032600020100008100 (40064).

²⁶ Prescribe el artículo 9º del Código Civil que “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa”. Y al tenor de las disposiciones del artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal, “[n]o podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla” después haber sido promulgada.

incurrido al establecer las relaciones jurídicas sometidas a decisión²⁷ y ii) las partes gozan de libertad para definir su petitum y los hechos en que lo fundan y el juez para resolver en derecho.

Por las anteriores razones, la Sala no encuentra respaldo al cargo formulado sobre la base de que la convocada limitó sus pretensiones de condena a la responsabilidad solidaria, excluyendo la subsidiaria determinada en el numeral séptimo del laudo.

Así las cosas, el cargo por desconocimiento del principio de congruencia formulado por la convocada, carece de fundamento y, en tanto se orienta a insistir en los efectos de la cesión de la posición que la contratante tenía en el contrato n.º 94.016 y de la reserva formulada por la cedida, recae sobre asuntos ajenos al recurso de anulación formulado.

8. Los cargos fundados en que no se decidieron todas las cuestiones sujetas al arbitramento (causal 9ª)

Alega la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. que las excepciones de i) inexigibilidad de las obligaciones frente a la cedente e ii) ineficacia de la reserva opuesta por la convocante, no fueron decididas integralmente, en cuanto el Tribunal, si bien consideró que a la recurrente le asistía la situación de garante, luego de la cesión, no tuvo en cuenta que no se cumplieron los requisitos previstos en artículo 893 del Código de Comercio, que vinculan a la cedente, en cuanto garante de la cesionaria.

Por su parte Gestión Energética S.A. E.S.P., aduce que el tribunal no decidió integralmente la pretensión vigésima de la reconvención y la excepción novena que propuso con el fin de que los árbitros tuvieran en cuenta los beneficios obtenidos por los cambios en la legislación tributaria, habida cuenta que si bien concluyó que se debía proceder en ese sentido, no descontó la totalidad de los valores que fueron acreditados por este concepto, conforme con la prueba pericial.

²⁷ Al tenor las disposiciones del Código Civil, “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” –art. 16- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho

Ahora, esta causal se configura cuando los árbitros no se pronuncian en relación con todos los puntos sometidos a su consideración. Evento en que se predica falta de congruencia, por ser *mínima* o *citra petita*, respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación procesal.

En consecuencia, conforme a las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil la causal bajo estudio demanda un análisis comparativo entre el laudo, los hechos, las pretensiones aducidas en la demanda y las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, en este estado para determinar si debe anularse el literal b) del punto séptimo de la parte resolutive del fallo, que trata del reconocimiento de mayores costos por obras complementarias, para descontar el pago que por este concepto habría omitió decidir el Tribunal.

Confrontación de la cual resulta que el cargo formulado por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. no tiene vocación de prosperidad, en cuanto de la revisión integral de la contestación de la demanda se encuentra que las convocadas no propusieron los medios exceptivos, que sustentan la causal.

En adición, observa la Sala que el cargo en estudio apunta a que los árbitros tenían que pronunciarse de oficio sobre excepciones que, en cuanto fundadas en lo que tiene que ver con la exigibilidad del pago y la eficacia de la reserva a la cesión formulada por la cedida y que las convocadas aceptaron al demandar en reconvencción, envuelven asuntos comprendidos en su poder dispositivo, razón por la que, a juicio de la Sala, no le resultaba posible al juez arbitral pronunciarse, si se considera que el proceder en ese sentido vulneraría el derecho de defensa de la parte convocante.

De donde tampoco podrá el juez de la anulación ejercer los poderes oficiosos que se reclaman, en cuanto los pronunciamientos que se echan de menos nada tienen que ver con hacer prevalecer el orden imperativo, como sucede en asuntos relacionados con la caducidad, la falta de competencia y la nulidad absoluta, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

En cuanto al cargo formulado por Gestión Energética S.A. E.S.P., se tiene que las convocadas, al contestar la demanda, formularon una excepción, distinguida

público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto” –art. 1519-.

con el ordinal noveno, fundada en que *“el pago del gravamen a las transacciones financieras por parte de CES no da lugar necesariamente a la aplicación de la cláusula décima quinta literal c, ni al reconocimiento a la Convocante de suma de dinero alguna”*. Y al efecto señalaron unos rubros que, a su juicio y conforme con el dictamen del perito Horacio Ayala, deben ser excluidos de los pagos de ese gravamen, por no estar directamente relacionados con los costos del proyecto.

De la lectura integral del laudo, observa la Sala que el Tribunal después de estudiar integralmente los efectos del gravamen a los movimientos financieros en los costos del proyecto, teniendo en cuenta los pagos efectuados por la convocante, los rubros señalados por las convocadas como no relacionados con esos costos, la incidencia que los mismos tuvieron en el proyecto, acogiendo al efecto el dictamen pericial contable, concluyó:

Con esta perspectiva general es de observarse que, si bien los valores que han sido retenidos a CES por concepto de G.M.F. implican la configuración de un evento de fuerza mayor en los términos del literal c) de la cláusula 15ª, también es cierto que no puede llegarse a igual conclusión tratándose de precisos rubros arriba especificados, toda vez que dicen relación a erogaciones ajenas al desarrollo, el diseño, la construcción, la operación, la adquisición o el arrendamiento de la planta y, por ende, no pueden aplicarse frente a los mismos las consecuencias dispuestas en la referida cláusula contractual.

Esta conclusión conduce a tener como parcialmente demostrada la excepción novena formulada por la convocada al contestar la demanda arbitral, excepción según la cual, el pago del G.M.F. no necesariamente da lugar a la aplicación del literal c. En efecto, considerando que al menos en relación con los conceptos analizados supra no procede la aplicación del tantas veces citado literal c), es claro que frente a estos no hay lugar a efectuar reconocimiento alguno a favor de CES, circunstancia ésta que da mérito parcial a la excepción en comento –fl. 272, cdn. C. de E-.

Ahora, en tanto el cuestionamiento de la recurrente en lo referente a que también se debieron descontar del gravamen a los movimientos financieros los valores que fueron descontados del impuesto al valor agregado, debe considerarse que, en cuanto el Tribunal se pronunció sobre todos los movimientos cuestionados por las convocadas en la excepción novena, no resulta posible en esta oportunidad que la Sala se ocupe de extender el análisis a otros aspectos no comprendidos en la formulación que de esa excepción hicieron las convocadas

ante el Tribunal.

En lo que se refiere a la pretensión vigésima de la reconvención, fue formulada el 23 de septiembre de 2009, en estos términos:

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.*

En esa misma oportunidad, las demandantes en reconvención pidieron al tribunal que designara un perito contador para que rindiera concepto en varios aspectos tributarios relacionados en la demanda –fl. 319 cdn. ppal 1-; también, al contestar la reforma de la demanda, el 6 de noviembre siguiente, las convocadas allegaron, para que se tuviera como prueba que pretendían hacer valer contra la convocante, una experticia rendida en materia contable por el señor Horacio Ayala, “...en relación con los cambios en la legislación tributaria que se han presentado durante la ejecución del contrato 94.016 y su relación con los supuestos aumentos en los costos de diseñar, desarrollar, operar, construir, arrendar y adquirir la Planta Paipa IV” –fl. 158, cdn. ppal. 2- y, el día 23 de ese mes, adicionaron la solicitud de pruebas de la demanda de reconvención para incluir este informe del experto.

En la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 15 de diciembre de 2009, el tribunal ordenó la práctica de la prueba pericial pedida en materia contable por la convocante en la demanda y por las convocadas en la reconvención y al efecto designó a la señora Ana Matilde Cepeda Mantilla, al tiempo que dispuso tener como prueba el informe del señor Horacio Ayala, en cuanto aportado con la contestación de la demanda –num. 2.4.5.1 del auto de esa fecha- y, asimismo, por haberse solicitado en la oportunidad señalada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil –num. 2.7.2.2, del mismo auto- (fls. 44 a 82, cdn. ppal. 3).

En cuanto a la pregunta decimoséptima, formulada por las convocantes en el sentido de “determinar el valor de los ingresos que hubiera tenido que reconocer CES S.A., para los fines del impuesto sobre la renta, durante los años gravables 2007, 2008 y 2009, de no haber sido eliminados los ajustes integrales por inflación

en la Ley 1111 de 2006, así como el impuesto que dejó de pagar sobre tales ingresos”, la perito designada calculó un “ahorro en \$ corrientes” de 7.518.107.828 –fl. 272, cdn. prb. 50-.

Respuesta que la señora perito aclaró y complementó, conforme con lo ordenado por el Tribunal, señalando que en “...una empresa en la que el nivel de activos no monetarios ha venido bajando significativamente por la depreciación y, con ello, el nivel de ingresos por corrección monetaria y, correlativamente, el nivel de endeudamiento ha venido bajando y el del patrimonio subiendo, el monto del gasto deducible del impuesto de renta por exposición del patrimonio a la inflación, tiende a incrementarse en el tiempo. Adicionalmente, debe mencionarse que el desmonte de los ajustes integrales por inflación generaría impacto desfavorable en el impuesto de sobre la renta a cargo”; que de haber seguido vigente el sistema de ajustes integrales por inflación “dependiendo de la vida útil del activo a partir de un año determinado, la cuenta de corrección monetaria solo reflejaría una pérdida por exposición de la inflación, deducible de la renta líquida ordinaria, proveniente del ajuste por inflación del patrimonio” y concluyó que “el desmonte en materia tributaria de los ajustes por inflación a partir del año gravable 2007, presenta un impacto que depende de antigüedad, composición, estructura, clase, de activos (monetarios y monetarios) dentro del Balance General del Contribuyente” –fls. 139 y 140, cdn. prb. 57-. Asimismo, precisó que, entre los años 1999 y 2010, en la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. se presentó sostenidamente la reducción del nivel de endeudamiento y el incremento de su patrimonio –fl. 187, cdn. prb. n.º 58-.

Igualmente, en respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, la experta señaló que i) “el ahorro que significó para CES que el proyecto Paipa IV fuese declarado como unidad funcional y que en consecuencia se hubiere aplicado un tarifa arancelaria inferior a la que se encontraba vigente en el año 1993”, es de \$185.032.287 –fl. 246, cdn. prb. 58-13-; ii) en junio de 1993 era posible aplicar la clasificación arancelaria bajo la denominación de “grupos funcionales y/o productos mezclados y/o manufacturas compuestas y/o mercancías en juegos y/o mercancías en conjunto o en surtidos” y iii) para esa misma fecha, la importación de maquinaria pesada para generación eléctrica no causaba impuesto sobre las ventas –fls. 196 a 198, cdn. prb. 58-.

Sobre estos mismos aspectos las partes se pronunciaron extensamente en los

alegatos de conclusión –cdn. ppal 6 y 7-.

Ahora bien, al analizar la pretensión vigésima de la demanda de reconvención, el tribunal encontró procedente que al valorar el daño también se consideren las imputaciones o cómputo de los beneficios o efectos ventajosos –*compensatio lucri cum damno*-, sobre los cuales exista certeza, vínculo de causalidad con el daño y se haya cumplido la carga de la prueba, dada la imposibilidad de presumirlos. Requisitos que encontró acreditados, con el dictamen de la experta Cepeda Mantilla, en lo que tiene que ver con el ahorro en el impuesto de renta y complementarios entre los años gravables 1999 a 2010, por “*haber podido considerar como costo o gasto descontable de dicho impuesto, los pagos de IVA y aportes a pensiones, al igual que registrar contablemente el IVA como mayor valor de los activos recuperable a través de depreciación también deducible de aquel impuesto*”, por un valor de \$1.588.330.884, que corresponde con la suma de las cifras que arrojó la prueba pericial.

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 decidenci*, 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 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.

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 reconvención, no prospera.

9. Costas

Al tenor de las disposiciones de los artículos 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998 y 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1395 de 2010, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas y agencias en derecho, como en efecto lo declarará la Sala y, en consecuencia, decidirá lo relativo a esta condena.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

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.

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.

TERCERO: FIJAR las agencias en derecho la suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000) a favor de la parte convocante.

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.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada