CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION
CAMARA DE COMERCIO PEREIRA
TRIBUNAL ARBITRAL

Demandante

MUNICIPIO DE PEREIRA

Demandada

SOCIEDAD ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA S.A E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A. E.S.P.)

LAUDO ARBITRAL

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

ÍNDICE

1 PARTES Y SU REPRESENTACIÓN 3
2 ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO 4
3 SINTESIS DE LA CONTROVERSIA 9
4 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 24
4.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 24
4.2 LA FALTA DE COMPETENCIA POR INDEBIDA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL 25
4.2.1 La posición de la Demandada 25
4.2.2 La posición de la Demandante 25
4.2.3 Posición del Ministerio Público 26
4.2.4 Consideraciones del Tribunal 26
4.3 LA ALEGACIÓN DEL FÉNOMENO DE LA CADUCIDAD DE LAS PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA 36
4.3.1 Posición de la Demandada 36
4.3.2 Posición de la Demandante 36
4.3.3 Posición del Ministerio Público 37
4.3.4 Consideraciones del Tribunal 37
4.4 SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE DEMANDANTE. 43
5 ANALISIS DE LAS PRETENSIONES 47
5.1 La pretensión primera de la Demanda 47
5.1.1 Posición de la Demanda 48
5.1.2 Posición de la Demandada 53
5.1.3 La posición del Ministerio Público 60
5.1.4 Consideraciones del Tribunal 69
6 LA CONDUCTA DE LAS PARTES Y LAS COSTAS 88
6.1 CONDUCTA DE LAS PARTES 88
6.2 COSTAS 89
DECISIÓN 92

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

LAUDO ARBITRAL

Pereira, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal arbitral integrado por los doctores JUAN PABLO CARDENAS MEJIA, presidente, HERNANDO HERRERA MERCADO y JOSE ANTONIO LEMA GONZALEZ, en calidad de árbitros, y la doctora LUZ CLAUDIA CORREA GONZALEZ, secretaria, a proferir el Laudo que pone fin a la actuación arbitral surtida entre el MUNICIPIO DE PEREIRA, como parte Convocante, y la sociedad ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA S.A E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A. E.S.P.), como parte Convocada.

El presente laudo se profiere en derecho y dentro del término establecido para el efecto por la ley.

1 PARTES Y SU REPRESENTACIÓN

1. Las Partes son personas jurídicas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:

1.1. **Parte Convocante:** MUNICIPIO DE PEREIRA, representado por el alcalde, doctor MAURICIO SALAZAR PELÁEZ.

1.2. **Parte Convocada:** SOCIEDAD ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA S.A E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A. E.S.P.), representada por la doctora JENY DEL PILAR HINCAPIE GUTIERREZ, gerente general.

2. En ejercicio del derecho de postulación procesal actúan por la Convocante y por la Convocada sus correspondientes apoderados judiciales, de conformidad con los poderes especial que constan en el expediente digital y a quienes en su oportunidad se les reconoció personería (Acta 1).

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

2 ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

3. Las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal se refieren a la declaración de nulidad absoluta del acta de liquidación bilateral del Contrato de Concesión 001 de 1999, la cual fue suscrita el 05 de junio de 2015 entre las partes contratantes.

A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral

4. La demanda fue presentada el 19 de abril del año dos mil veintidós (2022) ante al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira Risaralda con el objeto de que se *"declare la nulidad absoluta del acta bilateral de liquidación final del contrato de concesión No. 001 de 1999; suscrita el 05 de junio de 2015 entre el Municipio de Pereira y la Empresa de Energía y Alumbrado de Pereira SA E.S.P. Enelar Pereira SAS ESP por encontrarse revestida de error de consentimiento por parte del ente territorial".*

5. Como fundamento de la convocatoria del Tribunal Arbitral se invocó la cláusula vigésima tercera del Contrato de Concesión No. 001 del 17 de septiembre de 1999 celebrado entre el Municipio de Pereira y la Empresa Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. ENELAR Pereira S.A. E.S.P., la cual dispone:

> ***"CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA:*** *Las partes contratantes, podrán someter a la decisión de árbitros, aquellas diferencias y discrepancias que surjan dentro de la ejecución del contrato, desarrollo, terminación o liquidación y que no hayan podido ser solucionadas mediante acuerdo, conciliación o transacción. La decisión arbitral será en derecho.*
>
> *La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. El domicilio será la ciudad de Pereira. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas exorbitantes."*

6. Las partes en reunión virtual con la Directora del Centro de Arbitraje y con la participación del Ministerio Público, el día 15 de febrero de 2023, carpeta número 3 del expediente, designaron de común acuerdo como árbitros principales a los doctores JOSE ANTONIO LEMA GONZALEZ. JUAN PABLO CÁRDENAS MEJIA y HERNANDO HERRERA MERCADO, y como suplentes a MARCO MARIN VELEZ, JOSE ARMANDO BONIVENTO JIMENEZ y ADRIANA LOPEZ MARTINEZ. Los árbitros principales aceptaron oportunamente la designación y dieron cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la ley 1563 de 2012.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
PBX: 3387800 Nit. 891.400.669-6 Sede Principal Cra. 8 #23-09 Pereira, Colombia
www.camarapereira.com

B. Instalación del Tribunal Arbitral, admisión y notificación de la demanda

7. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el día trece (13) de marzo del año dos mil veintitrés (2023). En esta audiencia se designó como secretaria a la abogada LUZ CLAUDIA CORREA GONZALEZ, quien, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal. Así mismo, en esta providencia se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira ubicado en la Calle 23 No.8-09 Tercer piso de la ciudad de Pereira, sin perjuicio del funcionamiento del Tribunal mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y la información.

8. Mediante providencia del día 28 de marzo de 2023, el Tribunal admitió la demanda y ordenó el traslado respectivo. Contra el auto admisorio de la demanda la sociedad convocada presentó oportunamente recurso de reposición, en el cual solicitó que dicha providencia se revocara íntegramente y, en su lugar, se rechazara la demanda.

9. Dentro del traslado del recurso, el municipio se opuso a dicha solicitud.

10. El 25 de abril de 2023 el Tribunal profirió un auto por el cual negó el recurso interpuesto.

C. Contestación de la demanda

11. El 25 de mayo de 2023 la Demandada, dentro del término legal, contestó la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas. Además, solicitó se le concediera un término para aportar un dictamen pericial de parte de carácter financiero y un dictamen pericial de contradicción.

12. El traslado de las excepciones de mérito formulada por la convocada se surtió de conformidad a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 2213 de 2022.

13. El Municipio de Pereira se pronunció sobre las excepciones formuladas y solicitó el decreto de pruebas adicionales

D. Reforma a la demanda.

14. Dentro de la oportunidad prevista en la ley el Municipio de Pereira reformó la demanda, aportó un dictamen pericial financiero rendido por el Ingeniero Industrial y

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

Asesor Financiero CARLOS ARTURO OROZCO GUTIÉRREZ, adicionó la prueba testimonial y la documental, y además modificó la cuantía.

15. El 17 de agosto de 2023 el Tribunal Arbitral admitió la reforma a la demanda. Dentro del término del traslado la sociedad convocada se opuso a la misma, propuso excepciones, solicitó pruebas y objetó el juramento estimatorio.

16. Sobre las excepciones propuestas el municipio de Pereira se pronunció dentro del término de traslado respectivo y solicitó pruebas.

17. En relación con el traslado de la objeción al juramento estimatorio, la Demandante afirmó que la estimación juramentada se encuentra fundamentada en los análisis técnico-financiero y pericial que presentó, razón por la cual se opone a la objeción formulada por la sociedad Enelar y solicita se declare su improcedencia.

E. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios

18. La audiencia de conciliación se celebró el 14 de noviembre de 2023 la cual fue declarada fracasada mediante providencia de esa misma fecha. En la misma audiencia el Tribunal fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, los cuales deberían ser pagados en un cincuenta por ciento por cada parte, así:

CUANTÍA TRIBUNAL		$44.214.000.000	
Tarifa aplicada		1.5 %	
Concepto	Valor Neto	IVA	Subtotal
HONORARIOS ARBITRO 1	$663.210.000	$126.009.900	$789.219.900
HONORARIOS ARBITRO 2	$663.210.000	$126.009.900	$789.219.900
HONORARIOS ARBITRO 3	$663.210.000	-0-	$663.210.000
HONORARIOS SECRETARIA	$331.605.000	-0-	$331.605.000
HONORARIOS CENTRO DE ARBITRAJE	$331.605.000	$ 63.004.950	$394.609.950
TOTAL	$2.652.840.000	$ 315.024.750	$2.967.864.750

19. Dentro del término previsto por la ley, solamente la Demandante pagó los valores fijados en el cuadro anterior, por lo que dentro del término adicional establecido por la ley, el Municipio consignó las sumas a cargo de la Demandada.

F. Primera audiencia de trámite

20. Mediante providencia del once (11) de diciembre de 2023 el Tribunal fijó el día 15 de enero de 2024 para la realización de la Primera Audiencia de Trámite.

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

21. En la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal, previo control de legalidad, declaró ser competente para conocer y resolver en derecho, las controversias de que da cuenta la demanda reformada y su contestación. Esta providencia fue recurrida por la parte Convocada. Con el fin de estudiar el recurso de reposición formulado por la Convocada, se suspendió la primera audiencia de trámite y se fijó como fecha para su continuación el 12 de febrero de 2023.

22. En la continuación de la Primera Audiencia de Trámite el 12 de febrero de 2023, el Tribunal decidió no reponer el Auto en el que se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes. Adicionalmente el Tribunal se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las Partes. Así mismo en el Acta No 13 se dejó constancia de los cambios tributarios que se habían presentado y se solicitó al municipio revisar la liquidación de los honorarios del árbitro José Antonio Lema y la secretaria para hacer los ajustes y restituciones a que hubiera lugar.

F. Práctica de las pruebas

23. Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

F.1. Documentales:

24. Se ordenó tener como pruebas documentales las aportadas por las partes, con el valor que la ley les asigna.

F.2. Testimoniales:

25. A solicitud de **la parte convocante** se recibieron los testimonios de las siguientes personas: Albeiro Gallego Agudelo, Benjamín Fernández Marín, Emilio Antonio Grajales; Claudia Neira Murillo y José Fernando Camargo Beltrán

26. A solicitud de **la parte convocada** se recibieron los testimonios de las siguientes personas: Martha Lucia López López, Gabriel Vallejo Chufji, Benjamín Fernández y Albeiro Gallego Agudelo.

27. Posteriormente la Demandada desistió de la práctica del informe de la Interventoría del Contrato de Concesión, a cargo del señor Albeiro Gallego, del informe juramentado del representante legal del Municipio de Pereira y de los testimonios de Alejandro Lozada y Jair Valencia. Lo cual fue aceptado por el Tribunal.

F.4. Dictámenes Periciales.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

28. Las partes allegaron los siguientes dictámenes periciales:

    Por la Convocante:

    Dictamen elaborado por el ingeniero Industrial y Asesor Financiero CARLOS ARTURO OROZCO GUTIERREZ**.**

    Por la Convocada:

    Dictamen pericial de contradicción a la prueba pericial de parte presentada por el Municipio de Pereira, elaborado por el perito JORGE ARANGO VELASCO**.**

29. Los dictámenes fueron objeto de contradicción en audiencia realizada el día primero de marzo de 2024 a la cual acudieron las partes y el Ministerio Público.

G. Alegatos Finales

30. Mediante providencia del 3 de abril de 2024, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión.

31. El día 29 de mayo de 2024 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión, durante la cual los apoderados de las Partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron la versión escrita de los mismos. Así mismo el Agente del Ministerio Público presentó su concepto. En esta misma audiencia el Tribunal fijó la fecha para la audiencia de laudo para el día veintiuno (21) de agosto de 2024.

H. Término de duración del Proceso

32. El término de duración del presente proceso, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la ley 1563 es de seis (6) meses y su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el día 12 de febrero de 2024.

33. A dicho término, deben adicionarse los días durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud de las partes, de conformidad con el artículo 11 ibidem, como se precisa a continuación:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

AUTO	FECHAS ENTRE LAS CUALES SE DECRETO LA SUSPENSION	DÍAS HABILES SUSPENDIDOS
Acta 17-1 de marzo	Del 2 al 14 de marzo de 2024	9
Acta 18-16 de marzo	Del 16 de marzo al 2 de abril de 2024	9
Acta 19-3 de abril	Del 4 de abril al 28 de mayo de 2024	37
Acta 20-29 de mayo	Del 30 de mayo al 12 de julio de 2024	29
TOTAL SUSPENSION		84

34. La suspensión del proceso fue de 84 días, por lo tanto, el término para dictar el laudo se extiende hasta el día 12 de diciembre de 2024. En consecuencia, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

3 SINTESIS DE LA CONTROVERSIA

A. LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

35. La convocante formuló las siguientes pretensiones en la demanda arbitral reformada:

"I.PRETENSIONES

PRIMERA. Que el tribunal Arbitral declare la nulidad del acta bilateral de liquidación final del contrato de concesión No. 001 de 1999, cuyo objeto era: "Garantizar mediante el sistema de concesión la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira de acuerdo con las previsiones de los pliegos de condiciones y de la oferta aceptada por el concedente", suscrita el 05 de junio de 2015 entre el Municipio de Pereira y la firma Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. ENELAR Pereira S.A. E.S.P.

SEGUNDA. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la devolución de los valores pagados por el Municipio de Pereira a su Concesionario ENELAR Pereira S.A. E.S.P., fruto de la liquidación del contrato que se solicita anular, sumas que deberán actualizarse a la fecha del laudo arbitral, con reconocimiento de los intereses correspondientes.

TERCERA. Que el Tribunal Arbitral liquide el contrato de concesión No. 001 de 1999, mencionado en la pretensión primera dando cumplimiento a la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, del 29 de mayo de 2014, radicado 660012331000200 4 019801, expediente No.33832, la cual confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006) en la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión número 01 de 1999, celebrado entre el municipio de Pereira y la firma Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. ENELAR Pereira S.A. E.S.P. y en consecuencia ordenó al Municipio de Pereira liquidar el contrato de concesión número 01 de 1999 en el estado en que se encuentre. Dicha liquidación deberá hacerse con base en los parámetros económicos, financieros, técnicos y demás determinados en el mencionado contrato de concesión y que se establezcan probatoriamente en el presente proceso arbitral.

CUARTA. Que, al proceder a la liquidación del contrato de concesión, se incluya la actualización de las sumas o valores resultantes de la mencionada liquidación, al igual que el valor de los intereses civiles, comerciales y moratorios a que haya lugar, conceptos a considerar hasta la fecha del Laudo Arbitral.

QUINTA. Que se ordene al concesionario ENELAR SA ESP pagar las costas y agencias en derecho que se origen en el proceso, así como también pagar o reembolsar el valor total de los gastos y honorarios consignados por el municipio de Pereira para el funcionamiento del presente proceso arbitral."

36. Los hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la demanda reformada y se sintetizan de la siguiente manera:

37. Los hechos **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO** se refieren al Acuerdo Municipal No. 125 de 1998, por el cual se estableció el monto a cobrar por concepto de prestación de servicio de alumbrado público en el municipio de Pereira y se autorizó al Alcalde para proceder a la contratación del servicio.

38. Así mismo se refieren a la celebración de Contrato de Concesión No. 001 de 17 de septiembre de 1999, cuyo objeto era: "*Garantizar mediante el sistema de concesión la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira de acuerdo con las previsiones de los pliegos de condiciones, de la oferta aceptada por el cedente*". Igualmente se señala en los hechos que según el parágrafo primero de la cláusula primera el concesionario tendría a su cargo la prestación del servicio de alumbrado público por el término de 20 años, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del Contrato. Así mismo, se indica que posteriormente se expidió el Acuerdo 32 del 12 de julio de 2000, que estableció el impuesto de alumbrado público y otorgó facultades al Alcalde para contratar dicho servicio y se derogó el Acuerdo 125 de 1998. También se expresa que dicho acuerdo fue anulado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia del 14 de diciembre de 2001.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

39. Los hechos **SEXTO Y SÉPTIMO** se refieren a la sentencia de primera instancia del 30 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda que declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 1.999 como consecuencia de la declaración de nulidad del Acuerdo en que se fundaba, y, ordenó al Municipio de Pereira la liquidación en el estado en que se encontrara.

40. En dichos hechos se señala que para efectos del control financiero del contrato de concesión las partes tuvieron en cuenta el flujo de caja inicial, el cual incluía los ingresos y egresos que las partes consideraron se requería para la operación y administración del servicio de alumbrado público. Se indica que en el contrato no se incluyó un flujo de caja explicito, ni una metodología para estimar la rentabilidad o el equilibrio económico del contrato. Se agrega que para corregir lo anterior las partes suscribieron el contrato adicional No. 2, en el cual se introdujo el concepto de flujo de caja ejecutado y proyectado que se considera como la directriz económica del contrato de concesión, el cual se deberá actualizar anualmente por parte del concesionario. Se indica que así mismo se incluyó el concepto de Tasa Interna de Retorno (TIR), y se estableció que si ésta excede el 15%, el concesionario debería destinar el excedente para expansión, y si era inferior al 14%, las partes buscarían mecanismos para el equilibrio económico. Se señala que en la **CLAUSULA CUARTA** del Contrato Adicional existía la manera de llevar un control de la rentabilidad del concesionario a través de la TIR. Se precisa que el flujo de caja incluía los ingresos totales provenientes del recaudo del impuesto de alumbrado público así como los egresos totales, que incluían las inversiones en alumbrado público.

41. Se expresa que el flujo de caja permitía calcular la TIR en cada año del plazo del contrato, siendo el 20.78% para todo el plazo del contrato y el 16.5% para la Etapa I, por lo que una vez sobrepasada la tasa máxima contractual del 15%, el Concesionario debió destinar los excedentes o sea la suma de $10.409 millones de pesos a la ejecución de obras establecidas por el municipio y concertadas por el concesionario lo cual no ocurrió.

42. Se agrega que para el inicio de la Etapa II el 5 de noviembre 5 del 2009, el concesionario había logrado una TIR del 16.5%, superando el límite máximo del 15%, establecido en el contrato adicional No. 2 por lo que no se cumplió con mantener el equilibrio económico por las partes y no se garantizó una TIR máxima del 15% sino que, por el contrario, el concesionario continuó ejecutando el contrato sin considerar este aspecto esencial del mismo.

43. Se agrega que el flujo de caja se expresó en pesos corrientes y se mantuvo actualizado anualmente, lo cual se expresa en el acta de liquidación en donde se observan las cifras detalladas año por año de todo el contrato.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

44. Se indica así mismo que el flujo de caja ejecutado durante el plazo del contrato, que fue de septiembre de 1999 a julio 31 de 2014, fue elaborado y aprobado por las partes y forma parte del anexo 1 del Acta de Liquidación. Se agrega que como se aprecia en el Acta de Liquidación, en el flujo de caja se incluyeron los ingresos y los egresos que a juicio de las partes se ejecutaron durante el plazo del contrato, año por año.

45. Se señala que la TIR que obtuvo el concesionario con base en el flujo de caja fue del 20.78% para todo el plazo del contrato y del 16.5% para la Etapa I, ambos valores mayores a la TIR máxima del 15% establecida en el contrato adicional No. 2. Se precisa entonces que antes de suscribir el Contrato Adicional el 5 de noviembre de 2009, el contratista había logrado una TIR del 16.5%. recuperando la inversión, por cuanto ya había pasado el máximo del 15% establecido en el contrato adicional No. 2

46. Los hechos **OCTAVO, NOVENO, DÉCIMO, DÉCIMO PRIMERO y DÉCIMO SEGUNDO** se refieren a que en el año 2011 la CREG expidió la Resolución 123 que reglamentó los costos de operación y mantenimiento que debían aplicar los municipios y distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público . Se expresa que durante la ejecución del Contrato, el servicio de alumbrado público se reguló por los decretos 2424 de 2006 y la Ley 1150 de 2007 y que la Resolución 123 de 2011 de la CREG era la aplicación directa de estas disposiciones

47. Se expresa que el interventor que designó el municipio de Pereira para el contrato de Concesión 001 de 1999, a partir de los análisis financieros realizados al contrato de concesión, advirtió a la administración municipal la importancia de la revisión de la TIR del contrato para establecer su equilibrio económico. Se agrega que por la incertidumbre creada en la administración municipal con relación a las inconsistencias técnicas, administrativas, financieras y legales encontradas a partir de la revisión y análisis del proceso de ejecución del contrato de concesión No. 01 de 1999, el municipio y la señora Martha Lucia López López suscribieron el contrato de prestación de servicios Nro. 1466 del 14 de mayo de 2013. Se agrega que la mencionada contratista identificó que en el contrato de concesión no se establecieron topes a las utilidades del contratista, incrementando así la rentabilidad esperada. Se advierte que en el informe de la contratista López López se señaló que se evidencia el incumplimiento por parte del Concesionario de la cláusula cuarta del Contrato Adicional No 2 de 2009, que estableció el límite máximo de la TIR en el 15% y la obligación de destinar los excedentes de ese porcentaje a la inversión en infraestructura de la concesión, los cuales ascendían a la suma de $12.619 millones de pesos

48. Se señala que el 29 de mayo de 2014 el Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda proferida el 30 de noviembre de

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

2006 por la cual se declaró la nulidad del Contrato, y advirtió que era viable "*el pago de las prestaciones cumplidas que le hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer un interés público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1.993*".

49. Los hechos **DECIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO, DÉCIMO QUINTO, DÉCIMO SEXTO Y DÉCIMO SÉPTIMO** se refieren a que INFIPEREIRA fue encargada por el Municipio de Pereira de realizar el análisis financiero del contrato de concesión 001 de 1999 para proceder a su liquidación. Se señala que en el ejercicio de INFIPEREIRA se indicó que en el acta de liquidación se debía incluir un valor a pagar al concesionario de $5.442 millones de pesos por las inversiones realizadas durante la ejecución del contrato y no amortizadas en su totalidad porque la ejecución del contrato terminó en agosto de 2014, cinco años antes de lo previsto.

50. Se agrega que el 5 de junio de 2015, dando cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado y aceptando el concepto emitido por INFIPEREIRA, se suscribió el acta de liquidación final del contrato de concesión 001 de 1999 en la que en su cláusula cuarta se dispuso que en lo relacionado con el **DAÑO EMERGENTE: INVERSIONES REALIZADAS NO AMORTIZADAS,** (mayúsculas de la demanda) que el Municipio reconoce unas sumas de dinero que deben ser pagadas al concesionario y que corresponden a $2.000.000.000 (dos mil millones de pesos) antes del 31 de diciembre de 2015 y, $3.442.746.437 que serían incorporados al presupuesto del año 2016 para cancelarle a ENELAR a más tardar el 30 de junio de 2016. A tal efecto se expresa que para ello se expidieron las respectivas resoluciones para cumplir con el pago de la suma acordada en el acta de liquidación.

51. Se agrega que con posterioridad a esta liquidación, que tuvo lugar el 5 de junio de 2015, después del cambio de la administración municipal el 1 de enero de 2016, el Municipio contrató los servicios de la consultora Proyecta SAS, para la revisión de dicha liquidación celebrando el contrato 3459. Se señala que dicho estudio indicó que el valor pendiente por recuperar por parte del inversionista para el año 2009, menospreció la coherencia financiera porque consideró como inversiones adeudadas al concesionario los valores pagados a él durante la ejecución del contrato con el propio flujo general por el proyecto, lo cual consideró gravísimo, pues indujo a un error al municipio al momento de la liquidación, para lo cual trae las cifras que sustentan la afirmación.

52. El hecho **DÉCIMO OCTAVO** hace referencia a la auditoria *express* que hizo la Contraloría Municipal en el año 2017, al proceso de liquidación del contrato de concesión 001 de 1999, por medio del cual ratificaron el hallazgo con presunta connotación fiscal y disciplinaria.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

B. LA CONTESTACION A LA DEMANDA REFORMADA.

53. La convocada dio oportuna contestación a la demanda, para lo cual se pronunció sobre los hechos y pretensiones, solicitó pruebas, formuló excepciones y objetó el juramento estimatorio.

54. La contestación de la demanda de la reforma de la demanda se sintetiza de la siguiente forma:

55. Sobre los hechos del primero al quinto manifiesta que son ciertos.

56. Sobre el sexto dice que es cierto, y manifiesta que como consecuencia de la orden judicial entre las partes se llevó a cabo un proceso de liquidación bilateral del contrato de concesión No.001 de 1999 del cual se desprendieron unos acuerdos los cuales se pretenden desconocer alegando vicios del consentimiento. Manifiesta que se probará que el acta de liquidación no presenta vicios en su formación por haber sido fruto de la autonomía negocial de las partes.

57. Al hecho séptimo manifiesta que no son ciertos los distintos hechos contenidos en este numeral. Precisa que el adicional No.2 corresponde al otro sí No.9 suscrito por las partes por medio del cual se adicionó un parágrafo a la cláusula decimoséptima del contrato de concesión, en la que se modificó el modelo financiero y se establecieron ciertos pactos contractuales frente a la TIR, estableciendo una garantía de TIR mínima del 14% y máxima del 15%. Expresa la Demandada que tampoco es cierto lo dicho por el municipio de que existió un error al considerar como inversiones adeudadas al concesionario los valores pagados durante la ejecución del contrato con el propio flujo generado por el proyecto. Concluye que es jurídica y financieramente incorrecto considerar que el operador no tiene derecho al reconocimiento de las inversiones no amortizadas por la declaratoria de nulidad del contrato de concesión, pues aun cuando provienen del flujo de caja, fueron realizadas por el concesionario en favor del municipio, lo cual habilitaba al reconocimiento de las inversiones.

58. Al **HECHO OCTAVO**, dice que es cierto.

59. AL **HECHO NOVENO**, dice que no es cierto, que no hay prueba en el expediente, que cualquier reclamación del municipio por desequilibrio económico quedó proscrita tras la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión y dicho aspecto fue zanjado mediante transacción contenida en el acta de liquidación bilateral, donde el municipio declaró a paz y salvo el concesionario por cualquier concepto. Expresa la Demandada que resulta imposible efectuar la “revisión “ de la TIR pues no se incluyó la inversión inicial como variable por lo que no puede revisarse lo que no puede calcularse. Cita apartes de lo expresado en el acta de liquidación y concluye que son

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

improcedentes los debates relacionados con los rendimientos financieros porque esta controversia gira en torno al acta de liquidación bilateral y porque dichos rendimientos financieros jamás fueron girados a Enelar, como se observa en las actas de liberación de dineros en Fiduciaria de Occidente que se acompañaron en la demanda, y no existe pretensión alguna de pago o restitución de rendimientos financieros.

60. AL **HECHO DECIMO**, contesta que no le consta, por no ser del resorte de ENELAR por referirse a la contratación de una abogada para realizar un análisis financiero. Dice que las partes convinieron en el acta de liquidación bilateral que no era posible, por un lado, realizar una actualización de la TIR y por otro, dar aplicación a las resoluciones GREG 122 y 123 de 2011. Afirma que en lo anterior coincidieron además del Municipio de Pereira y Enelar, sus asesores, INFIPEREIRA.

61. AL **HECHO DECIMO PRIMERO** expresa que no es cierto. Manifiesta que el informe elaborado por una abogada, sobre asuntos financieros, está equivocado en cuanto se refiere a las conclusiones financieras, a la metodología utilizada y sus fundamentos. Agrega que el referido estudio de la abogada fue expresamente excluido de dicho acuerdo.

62. AL **HECHO DÉCIMO SEGUNDO** manifiesta que es cierto y precisa que la orden del Consejo de Estado y lo previsto en la ley 80 de 1993, exclusivamente está destinada a reconocer al contratista aquello que haya beneficiado al interés público, pero no puede el municipio pretender reconocimientos patrimoniales por prestaciones contractuales, pues ello excede no solo la orden del máximo tribunal sino la competencia del tribunal de arbitraje.

63. A **LOS HECHOS DECIMO TERCERO Y DECIMO CUARTO**: expresa que son ciertos. Indica que el informe de INFIPEREIRA se ajustó a la ley y a la realidad contractual. Insiste en la existencia de culpa del Municipio de Pereira al considerar que fue este quién encargo a INFIPEREIRA la valoración de las reclamaciones presentadas por Enelar, la realización de un ejercicio financiero para determinar las inversiones realizadas por el concesionario realizadas en la ejecución del contrato y así reconocerlas en la liquidación bilateral y afirma que el Municipio pretende desconocer un informe que el encargó. Señala que nadie puede beneficiarse de su propia culpa .

64. Afirma que la demandante no puede obtener una declaración de error de hecho que proviene de una conducta exclusivamente atribuible a ella misma, al seleccionar a Infipereira para que elaborara la revisión y estimación de las inversiones al concesionario y acoger sus conclusiones en el acta de liquidación bilateral.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

65. **AL HECHO DECIMO QUINTO**. Señala que es cierto. A tal efecto expresa que la liquidación bilateral se encuentra ajustada a las previsiones legales y a lo que los contratantes debidamente asesorados acordaron desde la autonomía negocial.

66. **AL HECHO DECIMO SEXTO**. Indica que es cierto que se dictaron las resoluciones que indica la demandante reconociendo a la demandada las sumas que allí se indican. Manifiesta que dichos actos administrativos por medio de los cuales se materializó el acuerdo de liquidación no fueron objeto de cuestionamiento judicial ante el Contencioso Administrativo ni ante el Tribunal de Arbitraje. Advierte que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, que no fue atacada. Agrega que el municipio no solo estaba obligado a demandar el negocio jurídico de liquidación bilateral, sino aquellos actos administrativos contractuales relacionados y consecuenciales a la liquidación bilateral, por ser allí donde se materializó el pago de las sumas que acá pretende el municipio que se le restituyan.

67. **AL HECHO DECIMO SEPTIMO**. Señala que no es cierto. Expresa que es equivocada la conclusión de la firma consultora, porque parte del error de realizar una evaluación de la TIR por todo el periodo del contrato (1999 a 2009), a pesar de estar probado que el cambio en el modelo financiero fue solamente en 2009. Indica que si la TIR máxima fue introducida en el otrosí 9 del 5 de noviembre de 2009 para la realización de un control anual sobre la rentabilidad del concesionario, no hay lugar a aplicar este método de valoración desde 1999 porque la TIR no estaba contractualmente pactada, error conceptual que también repite Proyecta SAS. Señala que no es fáctica ni jurídicamente posible afirmar que el concesionario había alcanzado o superado la TIR del 15% entre 1999 y 2010 cuando solo desde el 2009 se estableció el mecanismo para definir la rentabilidad de la concesionaria.

68. Agrega que el informe financiero asume que los flujos de caja netos generados por la concesión en 2010 - 2014 debían ser reinvertidos, lo que no corresponde a los acuerdos contractuales, pues fue solo por el otrosí 9 del 2009 que se estableció que se invertiría mediante la expansión en caso de superar la TIR; por ello la suma reclamada no tiene vocación de prosperidad

69. **AL HECHO DECIMO OCTAVO**. Expresa que es cierto el Informe de la Contraloría pero señala que de dicho informe no se derivó ninguna sanción fiscal para que se pueda tener por cierto lo allí dicho.

70. La Demandada solicita que se desestimen todas y cada una de las pretensiones presentadas y propone las siguientes excepciones de mérito.

I. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

71. La Demandada sustenta esta excepción en el hecho de que el Tribunal fue constituido ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira que adelantó la administración del procedimiento. A tal efecto señala que de la lectura del pacto arbitral no aparece la intención de las partes de habilitar directa o indirectamente a dicho Centro de Arbitraje para administrar el trámite de este proceso. Considera que por lo tanto el tribunal fue indebidamente integrado y no cuenta con competencia para conocer este asunto. Resalta que la convocante escogió libremente el centro de arbitraje de Pereira, cuando el estatuto arbitral solo permite escoger entre los Centros de Arbitraje del domicilio del demandado, que es la ciudad de Bogotá. Sobre este aspecto resalta que promovió un conflicto de competencias con base en el procedimiento del artículo 12 de la ley 1563 de 2012, y el Centro de Arbitraje ordenó la remisión a la Dirección de Métodos Alternativos del Ministerio el 15 de julio de 2022, pero el primero de agosto de 2022 en contra de sus propios actos el Centro dejó sin efectos esta decisión, lo que considera atentó contra la confianza legítima de la convocada.

II- FALTA DE COMPETENCIA FRENTE A LAS PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA FORMULADAS EN LA REFORMA A LA DEMANDA.

72. La Demandada sustenta esta excepción en el hecho de que el tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad absoluta del contrato de Concesión No. 01 de 1999, lo que fue confirmado por la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Agrega que la liquidación bilateral del contrato se dio en cumplimiento del artículo 48 de la ley 80 de 1993 que ordena reconocer y pagar las prestaciones ejecutadas por el contratista en la ejecución del contrato declarado nulo.

73. Destaca que el municipio de Pereira en su reforma eliminó la pretensión tercera de la demanda inicial, en la cual solicitaba a título de lucro cesante el pago de $8.286.000.000 correspondiente a las inversiones no realizadas por parte del concesionario y que se derivan de los flujos de caja del referido contrato.

74. Cuestiona la competencia del Tribunal de Arbitraje para resolver la pretensión de liquidación judicial del Contrato junto con su pretensión consecuencial cuarta, pues el Contrato de Concesión No. 01 de 1999 a la fecha no existe y fue excluido del ordenamiento jurídico por un juez de la república. Afirma que la pretensión de liquidación, que incluye dicho concepto (inversiones no realizadas) escapa por completo de la habilitación con la que cuenta el Tribunal de Arbitraje para resolver esta controversia, que solo puede versar sobre el contenido del acta de liquidación

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

bilateral y las transacciones a las que se haya llegado en ese negocio jurídico. Cualquier pretensión que exceda lo estipulado y acordado en el acta de liquidación bilateral es, entonces, extracontractual, pues el Contrato de Concesión 01 de 1999 ya no produce efectos.

III. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES FRENTE A LAS PRETENSIONES LIQUIDACION JUDICIAL Y SU PRETENSION CONSECUENCIAL:

75. Para sustentar esta excepción la Demandada cita el artículo 164 del CPACA y señala que la demanda debe interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del acta de liquidación bilateral cuando así se haya suscrito. Por lo anterior afirma que está probada la caducidad frente a las pretensiones tercera y cuarta formuladas en la reforma a la demanda; que tienen por objeto la liquidación judicial del contrato de concesión y adicionalmente, que en la realización de la liquidación se incluya la actualización y se reconozcan intereses civiles, comerciales y moratorios.

IV. IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE CONCESION.

76. La demandada funda esta excepción en que la pretensión de liquidación judicial del contrato estatal de concesión, de acuerdo con la ley procede cuando el negocio jurídico estatal no se haya liquidado de común acuerdo o unilateralmente por la administración. Por lo anterior considera que ante la existencia del acta de liquidación bilateral, el Tribunal no está habilitado para liquidar judicialmente el contrato de concesión.

V.EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES.

77. Esta excepción la funda la Demandada en el artículo 1602 del Código Civil y señala que el fundamento de las pretensiones de la demanda arbitral se refiere a un vicio del consentimiento en la modalidad de error y afirma que lejos de configurarse un vicio en el consentimiento de parte de la entidad contratante, lo que en realidad ocurre es que un contratante se arrepintió de lo que se obligó, situación que el derecho no protege.

78. Concluye que las pretensiones de la demanda están dirigidas a desconocer lo pactado y vulnerar sin ninguna causa jurídica la fuerza obligatoria del negocio jurídico de liquidación bilateral, la cual se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

VI. ESTRICTA LEGALIDAD Y AUSENCIA DE ERRORES EN EL ACTA DE LIQUACIÓN BILATERAL. ENELAR TENIA DERECHO A LAS INVERSIONES QUE FUERON RECONOCIDAS.

79. Como fundamento de la excepción, expresa que el núcleo esencial de las pretensiones de la demanda es un supuesto de error de hecho o de causa como vicio del consentimiento del acta de liquidación bilateral del contrato de concesión.

80. Afirma que ambos contratantes estuvieron debidamente asesorados por expertos en la fase de liquidación bilateral y que los datos para la definición de las sumas a pagar a Enelar tuvieron su fuente directa o bien en la entidad estatal o en el Interventor del Contrato de Concesión, escogido por el Municipio, por lo tanto, no hubo forma de que Enelar conociera del error que fundamenta las pretensiones de la demanda reformada porque no participó en la elaboración del informe financiero que realizara Infipereira: no escogió el método de valoración de las inversiones, no sugirió su adopción, ni tampoco les encargó el ejercicio financiero y, en suma, no podía conocer los hipotéticos errores que pudiera contener.

VII. INEXISTENCIA DE ERRORES EN LA CAUSA DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL:

81. Expresa la Demandada que el Municipio afirma que se está en presencia de un error en la causa del negocio jurídico de liquidación, a pesar de que el ente territorial se fundamentó en el informe de Infipereira para la definición de las sumas que habría de reconocérsele al Concesionario.

82. Señala que el motivo que indujo a los contratantes a la liquidación bilateral no fue otro que el acatamiento a la orden impartida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de reconocer al Concesionario aquellas inversiones que hubieren beneficiado al interés público, en aplicación del artículo 48 del Estatuto General de Contratación. Así que con o sin informe de Infipereira las partes hubiesen, igualmente, celebrado el negocio jurídico liquidatorio, lo cual descarta el error alegado por el Municipio. Concluye que no se está frente a ningún error dirimente o de significancia para el derecho sino a un arrepentimiento del contratante en sus declaraciones y acuerdos, lo que no tiene razón jurídica alguna.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

VIII. EL ERROR DE HECHO ALEGADO POR EL MUNICIPIO ERA INEXCUSABLE – NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA CULPA:

83. Manifiesta la Demandada que un presupuesto esencial para la prosperidad de la pretensión de nulidad con fundamento en el error como vicio del consentimiento, es que el error sea excusable para quien lo alega.

84. Señala que esta controversia tiene su génesis en que el Municipio de Pereira realizó unos reconocimientos patrimoniales en el acta de liquidación bilateral, que luego, en otra administración, revisó, lo cual arrojó que -según las valoraciones efectuadas- no había lugar a hacer ningún reconocimiento, todo lo cual da lugar a que se considere que existe un vicio del consentimiento por error de hecho y/o de causa.

85. Manifiesta que al municipio como administración pública le asiste una carga de profesionalidad en la gestión de los contratos administrativos de manera que su estándar de exigencia de cara a la excusabilidad del error es más alto, por lo tanto conocedora de la materia contratada, la ignorancia alegada es ilegítima y no susceptible de crear derechos y con ello violar sin causa jurídica la intangibilidad del contrato.

IX.EL MUNICIPIO DE PEREIRA ASUMIO EL RIESGO DEL ERROR.

86. Señala la Demandada que el municipio de Pereira asumió el riesgo de la existencia del error al suscribir el acta de liquidación bilateral haciendo propias las conclusiones y sugerencias de Infipereira, ya que acogió todas las recomendaciones que esta le hizo en su informe, por lo tanto, el municipio asumió los riesgos de lo que ahora reclama, lo cual no puede tener prosperidad alguna.

X. LA CONFIANZA LEGITIMA PRIVILEGIA LA POSICION CONTRACTUAL DE ENELAR.

87. Expresa la Demandada que el Municipio construyó en Enelar la confianza legítima con sus comportamientos en la fase de liquidación, en el sentido de que su voluntad contractual no era otra que pagar las sumas por concepto de inversiones no amortizadas. De ahí que esta reclamación arbitral sea un evidente acto de mala fe contractual.

XI. LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR LA BUENA FE SUBJETIVA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN CABEZA DEL MUNICIPIO:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

88. Funda la Demandada esta excepción en que el municipio en contravía de la buena fe, alegó en la demanda inicial, que actuó bajo determinadas convicciones, amparadas todas por la buena fe y advierte que en la reforma a la demanda se eliminaron todas las referencias a la buena fe sobre la cual se soportan las pretensiones.

89. Sostiene que las aseveraciones del Municipio en la demanda deben tenerse en cuenta a la hora de valorar sus pretensiones. Advierte que en la demanda inicial se indicó que la administración distrital estaba "*convencida*" de lo dicho en el informe financiero de Infipereira, lo cual -dice- no era cierto y, por ende, "*la administración municipal actuó bajo el amparo del principio de la buena fe*".

XII. LA NATURALEZA TRANSACCIONAL DE LA LIQUIDACIÓN BILATERAL Y SU CONSECUENTE EFECTO DE COSA JUZGADA:

90. Sustenta la Demandada esta excepción en que la Parte Convocante pretende eliminar los efectos de cosa juzgada del acuerdo transaccional vertido en el acta de liquidación bilateral. Advierte que el acto negocial de liquidación bilateral es una auténtica transacción que hace tránsito a cosa juzgada como lo dispone el artículo 2483 del Código Civil.

91. Expresa que la Parte Convocante considera que el informe de Infipereira constituye la causa viciada que configuró el error constitutivo de nulidad absoluta, pero resulta que allí nada se dijo frente a las inversiones supuestamente no realizadas por ENELAR en la ejecución del Contrato, a partir de lo cual existe una verdadera imposibilidad de eliminar los efectos de cosa juzgada del acuerdo de liquidación, pues, se insiste, el fundamento principal del error no mencionó asunto alguno sobre lo que se pretende revivir en este escenario judicial.

92. Expresa que, por pretender desconocer los efectos de cosa juzgada de la transacción vertida en el acuerdo de liquidación bilateral, las pretensiones deben ser desestimadas íntegramente.

XIII. ATENTADO CONTRA EL ACTO PROPIO Y MALA FE DEL MUNICIPIO DE PEREIRA.

93. Fundamenta esta excepción en la doctrina de los actos propios.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

94. Señala que en el presente caso es evidente que la Parte Demandante ha incurrido en contradicciones contractuales respecto de varias circunstancias, para lo cual cita el recorrido que condujo al negocio atacado: (i) con el fin de cumplir con la orden impartida por el H. Consejo de Estado, las Partes decidieron adelantar múltiples mesas de trabajo para determinar a cuánto ascendían las inversiones pendientes por reconocer al Concesionario; (ii) para tal efecto, el Municipio de Pereira contrató asesores externos en asuntos jurídicos y financieros para que lo asistieran en el proceso de liquidación; (iii) adicionalmente, de cara a definir el número y/o valor a reconocer al Concesionario, el Municipio de Pereira encomendó a un establecimiento público adscrito a la administración municipal (Infipereira) la valoración del modelo financiero y la definición del método de valoración financiera idóneo para reconocer las sumas a ENELAR; (iv) el Interventor del Contrato de Concesión presentó una pre-acta de liquidación a las partes, la cual (como se lee en las consideraciones de la misma) fue objeto de comentarios y observaciones por el Municipio, los cuales, una vez fueron atendidos, se procedió a suscribir el negocio jurídico. (v) luego de múltiples deliberaciones de las Partes, en lo jurídico y lo financiero, el Municipio de Pereira (a través de su alcalde, asesores externos y funcionarios) acogió íntegramente las recomendaciones del establecimiento público municipal Infipereira, no solo en cuanto a las sumas por reconocer a ENELAR, sino también en el método de valoración financiera idóneo para ello, descartando la TIR y, a su turno, acogiendo el método de inversiones pendientes de amortizar; (vi) allí mismo, el Municipio desistió de toda reclamación en contra del Concesionario y lo declaró a paz y salvo por todo concepto, renunciando a cualquier reclamación judicial o extrajudicial frente al negocio jurídico de liquidación bilateral y, desde luego, el Contrato de Concesión No. 01 de 1999. Sin embargo, en este proceso arbitral la Parte Convocante intenta, en esencia, desconocer todo lo anterior bajo una injustificada pretensión de nulidad por error como vicio del consentimiento.

95. Concluye que el Municipio de Pereira pretende reabrir discusiones zanjadas en el acta de liquidación bilateral, pero especialmente exceder el marco decisional del tribunal de arbitraje, el cual está estrictamente circunscrito a las restituciones ordenadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la cual resolvió confirmar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, ordenando a las partes a llegar a los acuerdos necesarios (a los que efectivamente se arribó) para reconocer al contratista aquello en lo que haya beneficiado al interés general.

XIV. EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN - LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA NORMA DE NULIDAD ES UNA SOLA: PAGAR EN LO QUE BENEFICIÓ EL CONTRATISTA.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

96. Para sustentar esta excepción señala que el acuerdo de liquidación bilateral tiene su fuente en la orden impartida por el Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia, de reconocer al contratista aquello que haya beneficiado al interés general, en aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

97. Expresa la Demandada que tanto la orden impartida por el Consejo de Estado, así como la propia disposición normativa, son claras en establecer que no obstante que se declare el contrato estatal nulo, ello no impedirá el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el contratista colaborador de la administración, que hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer un interés público.

98. Destaca que el Municipio de Pereira pretende en esta demanda no solo la devolución de lo pagado tras la liquidación bilateral, sino el pago de una suma por concepto de inversiones no realizadas en la ejecución del Contrato. Señala que dicha pretensión no puede tener vocación de prosperidad, pues la presente controversia gira en torno, exclusivamente, a las restituciones que ordenara el Consejo de Estado, las cuales, como se vio, solo apuntan a reconocer al contratista aquello ejecutado y no pagado que haya beneficiado a la entidad estatal contratante.

XV IMPOSIBILIDAD DE DERIVAR Y EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES TRAS UNA DECLARATORIA DE NULIDAD:

99. Para sustentar esta excepción señala que la reclamación por concepto de inversiones no realizadas es una auténtica reclamación contractual derivada de un contrato que fue declarado nulo por un Juez de la República, lo cual la hace improcedente.

XVI . IMPROCEDENCIA DE LA ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LAS SUMAS RECLAMADAS:

100. Señala que en la demanda reformada el Municipio de Pereira solicita que los valores pagados al Concesionario se actualicen hasta la fecha del laudo arbitral, lo cual no es procedente de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil, ya que la jurisprudencia y la doctrina han señalado que las reglas generales a las que hace referencia dicho artículo son las relativas a las restituciones mutuas tratándose de la acción reivindicatoria.

101. Se apoya en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia para concluir que la actualización monetaria solicitada en la reforma de la demanda es improcedente

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

porque se trata de una pretensión dirigida a la declaración de nulidad del acta de liquidación del contrato celebrado entre las partes.

XVII. IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES DE MORA.

102. Para sustentar esta excepción señala que el artículo 1608 del Código Civil establece cuándo se está en mora y es evidente que ENELAR no se encuentra en ninguno de los escenarios allí establecidos; pues en la actualidad no existe contrato entre el municipio de Pereira y Enelar del cual se pueda desprender una prestación contractual o una obligación, por lo que no es aplicable el concepto de mora porque no hay ni tardanza ni retraso en el pago de una obligación, de manera que no es admisible la pretensión de los intereses moratorio de los dineros entregados en el acta de liquidación porque al no existir obligación de restituir monto alguno no existe mora.

103. Hace referencia a la pretensión cuarta de la demanda y destaca que además de ser improcedente, no es posible solicitar simultáneamente la actualización y los intereses moratorios, lo cual ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

XVIII. EXCEPCION GENERICA.

104. La fórmula con base en el artículo 282 del Código General del Proceso para que así declare cualquier acontecimiento que enerve las pretensiones de la demanda.

OBJECION DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

105. En su contestación la Demandada igualmente objeta el juramento estimatorio contenido en la Demanda reformada.

4 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

106. Del recuento realizado en acápites anteriores se desprende que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que, de acuerdo con la ley, pueda invalidar en todo o en parte la actuación surtida y que, por no haber sido saneado, le imponga al Tribunal el deber de darle aplicación al artículo 137 del C.G.P.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

107. A lo anterior debe añadirse que, durante las etapas procesales correspondientes, el Tribunal realizó los respectivos controles de legalidad y, salvo en lo que se refiere a la competencia del tribunal, en la contestación de la reforma de la demanda y en la primera audiencia de trámite, ninguna de las Partes hizo manifestación alguna al respecto.

108. Ahora bien, al contestar la Demanda la Demandada formuló la excepción de falta de competencia del Tribunal la cual fue resuelta de manera desfavorable en la audiencia del día 14 de enero de 2024 en donde el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir sobre las controversias sometidas a su conocimiento en la demanda arbitral reformada y su contestación.

109. En todo caso comoquiera que en sus alegatos de conclusión la Demandada insiste en que el Tribunal carece de competencia, considera procedente el Tribunal referirse a este aspecto.

4.2 LA FALTA DE COMPETENCIA POR INDEBIDA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

4.2.1 La posición de la Demandada

110. Al contestar la Demanda, la Demandada consideró que hay "*Falta de competencia por indebida integración del tribunal de arbitraje*". A tal efecto señaló que el Tribunal fue constituido por y ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira. Al respecto señala que "*por ningún lado aparece la intención de las partes de habilitar directa o indirectamente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira para administrar el trámite de este proceso. En consecuencia, el Tribunal Arbitral constituido en el seno del Centro, fue indebidamente integrado y no cuenta con competencia para conocer de este asunto*".

111. A tal efecto se refiere al texto de la cláusula compromisoria e indica que el mismo no hace referencia al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira y por ello la demanda debió ser presentada en un centro de arbitraje del domicilio del demandado.

112. Agregó que la estipulación de domicilio en la ciudad de Pereira, contenida en la cláusula compromisoria, no puede producir efectos porque de acuerdo con el artículo 28 del Código General del Proceso la estipulación de domicilio contractual es ineficaz.

4.2.2 La posición de la Demandante

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

113. Por su parte la Demandante, al pronunciarse sobre la posición de la Demandada señaló en cuanto a la referencia a la ciudad de Pereira, que las partes identificaron en la cláusula compromisoria el domicilio en la ciudad de Pereira, lo que significa el lugar donde actuaría el Tribunal, dado que éste, no siendo sujeto de derecho, carece de domicilio, como lo entendió el Tribunal mismo en su auto No. 15 del 12/02/2024 (p. 3 ss.), lo que indica la competencia del único centro de arbitraje en funcionamiento, esto es, el de la Cámara de Comercio, donde se adelanta el presente proceso.

4.2.3 Posición del Ministerio Público

114. En el curso del proceso al pronunciarse sobre el recurso que la Demandada interpuso contra el auto por el cual el Tribunal se declaró competente, el Ministerio Público consideró que el Tribunal Arbitral si es competente. A tal efecto expresó que la regla de competencia prevista en la ley 1563 frente a que ante el silencio de las partes, la demanda se debe instaurar en el centro de arbitraje del domicilio del demandado solamente se aplica ante el silencio total de las partes. En el presente caso la voluntad de las partes es clara en indicar que el tribunal de arbitramento se desarrollaría en la ciudad de Pereira. Agrega que al pactarse la cláusula en el año 99 el único centro de arbitraje que existía en la ciudad era el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira y por lo tanto debe interpretarse la voluntad de las partes conforme lo pactado en el contrato en el momento de la celebración del contrato.

4.2.4 Consideraciones del Tribunal

115. Para decidir el Tribunal reitera lo expuesto en el auto por el cual se declaró competente de la siguiente forma:

116. En la cláusula compromisoria las partes estipularon:

> *"CLAUSULA VIGESIMA TERCERA. CLAUSULA COMPROMISORIA. Las partes contratantes, podrán someter a la decisión de árbitros, aquellas diferencias y discrepancias que surjan dentro de la ejecución del contrato, desarrollo, terminación o liquidación y que no hayan podido ser solucionadas mediante acuerdo, conciliación o transacción. La decisión arbitral será en derecho.*
>
> *"La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.* ***El domicilio será la ciudad de Pereira****. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas exorbitantes." (se subraya)*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

117. Si bien en la cláusula contractual no se indicó explícitamente que el arbitraje se desarrollaría en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, lo cierto es que, de una parte, sí se pactó que el domicilio del Tribunal sería la ciudad de Pereira, lo que como se verá a continuación está previsto en la ley, y de la otra, al interpretar la estipulación de las partes se concluye que ellas convinieron que el arbitraje se adelantaría ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira o en todo caso en un centro de arbitraje de Pereira, y por ello este Centro puede administrar este arbitraje.

118. Lo anterior por las siguientes consideraciones:

119. En primer lugar es necesario observar que el artículo 12 de la ley 1563 de 2012 dispone lo siguiente en sus primeros dos incisos:

> *"Artículo 12. Iniciación del proceso arbitral. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho.*
>
> *"Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.*
>
> *"…" (se subraya)*

120. Como se puede apreciar, la ley contempla varias hipótesis: en el primer inciso prevé que las partes pueden haber acordado un centro de arbitraje, caso en el cual la demanda se debe presentar en el mismo, y en su defecto, es decir si no han acordado, la demanda se debe presentar en un centro del domicilio de la demandada.

121. Ahora bien, el segundo inciso establece que si no hay centro "*en el domicilio acordado*" o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presenta en el centro de arbitraje más cercano.

122. De esta manera, el segundo inciso del artículo 12 de la ley prevé la posibilidad de que las partes hayan acordado un domicilio para efectos de presentar la demanda arbitral, y en este caso no exige que se haya acordado un determinado centro de arbitraje, y es solo si no hay centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el domicilio del demandado que la ley establece, que la demanda se presentara en uno más cercano.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

123. Ahora bien, de acuerdo con lo anterior si se acordó el domicilio sin indicar un centro en particular y en dicho lugar solo hay un centro de arbitraje, es claro que es en este el lugar donde debe presentarse la demanda. Por otra parte, si se acordó un domicilio, y no se pactó un centro de arbitraje, pero en el domicilio acordado hay varios, lo que ocurre es que hay un vacío en la ley acerca de cómo proceder, que debe llenarse teniendo en cuenta el artículo 8 de la ley 153 de 1887, esto es la analogía. A este respecto es pertinente recordar que la ley señala que cuando no se ha pactado nada respecto del centro de arbitraje o del domicilio la demanda se puede presentar en cualquiera de los del domicilio del demandado o si son varios demandados en el de cualquiera de los integrantes de la parte demandada. Si se aplica por analogía esta regla cuando hay varios centros de arbitraje en el domicilio pactado, ha de entenderse que la demanda puede presentarse en cualquiera de los centros.

124. A la luz de lo anterior es claro entonces que en el presente caso las partes pactaron un domicilio para el Tribunal y en esta medida la demanda podía presentarse en un centro de arbitraje de dicho domicilio, la ciudad de Pereira, como ocurrió en este caso.

125. En todo caso, y dado que la Demandada se funda solamente en el primer inciso del artículo 12 de la ley 1563, debe observarse que si se parte de este precepto se llega igualmente a la misma conclusión que la demanda arbitral podía presentarse en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira.

126. En efecto, el señor apoderado de la Demandada considera que el tribunal no puede declararse competente porque el pacto arbitral no indica que el arbitraje debe realizarse en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira, y esta omisión no puede suplirse por la vía de la interpretación, porque es un problema de integración del negocio jurídico.

127. A este respecto considera el Tribunal que en materia de negocios jurídicos existen tres actividades distintas que deben distinguirse: la interpretación, la calificación y la integración de los negocios jurídicos. Como se explica a continuación, dichas actividades deben realizarse por razones lógicas en forma sucesiva, sin perjuicio de que ellas se retroalimenten.

128. En efecto, siempre que se invoca un contrato, en primer lugar, debe establecerse cuál es el acuerdo de las partes, para lo cual debe partirse de la voluntad de las mismas. Una vez establecido qué quisieron las partes, el juez debe entrar a determinar a qué categoría corresponde el acuerdo de las partes, si se trata de una de las previstas por la ley, caso en el cual el negocio será típico, o si escapa a las categorías legales, y por ello el negocio debe ser calificado de atípico. Finalmente, establecida cuál es la voluntad de las partes y cuál es el régimen aplicable a la misma, el juez debe proceder a determinar si existen vacíos en el acuerdo de las partes y cómo se pueden llenar.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

129. De esta manera la integración, que busca llenar los vacios en el negocio juridico, solo procede cuando quiera que en algún aspecto no se ha podido establecer cuál es la voluntad de las partes.

130. En esta medida si lo primero que debe establecerse es el acuerdo de las partes, debe entonces determinarse cuál es su voluntad, lo que implica interpretar el contrato sin que ello se pueda descartar a priori con el argumento de que el texto del contrato es claro.

131. En efecto, si bien en sentencia del 5 de julio de 1983 la Corte Suprema de Justicia expresó que[1]: "*Cuando el pensamiento y el querer de los contratantes quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación*", ello no significa excluir el proceso de interpretación so pretexto de un texto claro, pues de una parte, el supuesto a que se refiere la Corte que descarta la interpretación, es que las cláusulas no tengan "*asomo de ambigüedad*", lo que implica un estándar muy alto, y, por otro lado, lo que indica la Corte es que en estos casos se presume que las estipulaciones reflejan la voluntad de las partes, presunción que como es conocido puede ser desvirtuada por otros medios probatorios, pues finalmente en el derecho colombiano lo que prevalece es la intención común de los contratantes.

132. A lo anterior vale la pena agregar que en sentencias posteriores a la de 1983, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el hecho de que una cláusula sea clara no excluye su interpretación, En efecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia[2] que "*Esa búsqueda —o rastreo ex post— de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, […]*".

133. Así mismo el Consejo de Estado en providencia del 10 de diciembre de 2021[3], que guarda relación con este caso y en la que dicha corporación decidió revocar "*el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 7 de mayo de 2019*" por el cual se había negado la excepcion de cláusula compromisoria y en su lugar declarar "*probada la excepción de cláusula compromisoria*", expresó:

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J., tomo 172, p. 117
[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005 (Exp. Nº 7504).
[3] Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00341-01(64409)

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

"3. Como es sabido, en la interpretación de la ley prevalece el criterio gramatical sobre la "intención" o "espíritu" del legislador, dado el carácter general de la ley (artículo 4 CC). Los artículos 27 y 28 CC son claros en disponer que las palabras de que se sirve el legislador son el punto de partida para desentrañar el lenguaje de las leyes, sin perjuicio -claro está- de los demás sistemas de interpretación aplicables frente a pasajes oscuros o contradictorios. Así, las oposiciones, incongruencias, contradicciones, incompatibilidades, vacíos y casos dudosos cuentan con mecanismos legales de interpretación para poder fijar el sentido de la ley.

"En contraste, en la interpretación de los contratos prevalece la voluntad interna y no la voluntad declarada (artículo 1618 CC), dado el carácter relativo de los contratos (vincula solo a las partes). De ahí que no puede apelarse -como sucede con las leyes- a una interpretación textual, sino que es preciso desentrañar la intención de los contratantes. Además, en los contratos, como en las leyes, prevalece la interpretación que prefiere el efecto útil, es decir, aquella en que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producirlo (artículo 1620 CC) ["principio" de conservación o favor contractus]. Las ambigüedades, de presentarse, deben ser superadas a partir de la intención de las partes, pues, la ley y el contrato tienen dos puntos de partida para su interpretación bien distintos"(se subraya).

134. Por consiguiente, es claro de acuerdo con la jurisprudencia, que los contratos y los pactos arbitrales, que claramente son una especie de estos, deben interpretarse teniendo como propósito establecer la intención de las partes, sin que sea pertinente afirmar que por el hecho de que su texto sea aparentemente claro no es posible la interpretación, pues la interpretación puramente gramatical es propia de las leyes y no de los contratos, en los que se debe tener en cuenta la voluntad común.

135. A lo anterior se agrega que como quiera que el propósito de la interpretación es determinar la voluntad de los contratantes, tampoco es procedente sostener que ella no cabe con el argumento de que lo que hay un vacío, pues precisamente el proceso interpretativo, que es lo primero que debe hacerse, puede llevar a concluir que el mismo no existe. En efecto, la integración procede cuando hay un verdadero vacío, que solo puede ocurrir cuando a pesar de la interpretación no se puede establecer cuál es la voluntad de las partes.

136. Teniendo en cuenta lo anterior, si se analiza el caso concreto se aprecia que si bien en el texto de la cláusula contractual no se menciona expresamente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la ciudad de Pereira, lo cierto es que la cláusula establece al referirse al tribunal arbitral que "*El domicilio será la ciudad de Pereira*".

137. Ahora bien, es claro que la expresión domicilio no es utilizada en la cláusula en el sentido de atributo de la personalidad, porque los tribunales arbitrales no son sujetos

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

de derecho. Sin embargo a la expresión domicilio puede dársele un significado teniendo en cuenta que el Diccionario señala que es el "*Lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos*", por consiguiente, cuando la cláusula contractual establece que el domicilio del Tribunal es la ciudad de Pereira lo que dispone es que ese es el lugar donde se considera que jurídicamente actuará el tribunal.

138. Ahora bien, la Convocada señala que el domicilio en este caso se refiere simplemente a lo que denomina la sede del Tribunal, entendiendo por ello el lugar donde fisicamente funciona, y advierte entonces que puede pactarse que un tribunal que es administrado por un centro de arbitraje, puede funcionar en un sitio distinto.

139. Desde esta perspectiva lo primero que debe advertir el Tribunal es que en materia de tribunales arbitrales es necesario distinguir dos conceptos: el lugar donde físicamente puede funcionar el tribunal y el lugar al que jurídicamente está vinculado el tribunal, que es lo que jurídicamente se denomina su sede.

140. A este respecto debe observarse que esta misma distinción se puede hacer entre el domicilio de una persona y el lugar en que una persona actúa. Así una persona física puede tener domicilio en un lugar, y puede actuar en otro. Igual puede ocurrir que una persona jurídica tenga un domicilio, y sin embargo desarrolle algunas actividades fuera de su domicilio.

141. Por consiguiente un tribunal arbitral puede tener sede en un determinado lugar y, sin embargo, puede realizar audiencias en otro lugar.

142. Ahora bien, el lugar físico donde se reúne un tribunal arbitral no tiene transcendencia y por ello el legislador ni siquiera lo regula. Lo anterior es aún más evidente hoy en día cuando los tribunales arbitrales funcionan en su mayor parte en forma virtual, con personas que se encuentran físicamente en diferentes sitios del país o del mundo.

143. Por consiguiente, cuando se habla de domicilio no se está haciendo referencia a un concepto físico donde materialmente se reúne el Tribunal, sino a un concepto jurídico, aludiendo al lugar donde se entiende que funciona el Tribunal, según se desprende de la definición del Diccionario de la RAE, esto es, donde se entiende que el mismo cumple sus funciones, así fisicamente se reúna en otro lugar.

144. En este punto es importante precisar que la ley toma en cuenta el lugar donde el tribunal cumple sus funciones, es decir tiene su domicilio, para diversos efectos.

145. A este respecto se advierte que el artículo 15 de la ley 1563 de 2012 establece que cuando una parte expresa dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

del arbitro, si dichas dudas se refieren al árbitro único o la mayoría o todos ellos "*decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje*". Igualmente el artículo 17 de la ley establece que cuando "*fueren recusados todos los árbitros o varios, o se tratare de árbitro único, decidirá en la misma forma el juez civil del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitraje,…*".

146. En estas dos disposiciones legales la expresion "*funcione*" alude al ejercicio de sus funciones por parte del tribunal, esto es el domicilio, que será entonces, según la estipulación contractual, la ciudad de Pereira, por lo cual es el juez cvil del circuito de esta ciudad el que debera decidir sobre la remoción del árbitro o la recusación del mismo en los eventos previstos en los articulos 15 y 17 de la ley.

147. Ahora bien, si se examinan las otras funciones que puede cumplir el juez se advierte que el artículo 14 de la Ley 1563 dispone que si las partes o su delegado no han designado los árbitros, le corresponde al juez designarlos, y señala la ley que lo hará el juez civil del circuito, "*de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda*".

148. Si bien esta norma no alude expresamente al lugar en que jurídicamente va actuar el tribunal, indirectamente se refiere al mismo, pues finalmente la demanda se debe presentar en el centro pactado o si no se pactó, en uno del domicilio del demandado, y es en dicho centro donde el tribunal va a ejercer jurídicamente sus funciones. Por consiguiente, ese centro corresponde al domicilio del tribunal. Es decir que el juez competente para designar los árbitros es aquel donde el tribunal jurídicamente va a ejercer sus funciones, y al designar los árbitros deberá tomar en cuenta la lista del respectivo centro. En este caso, como ya se dijo, el domicilio del tribunal es la ciudad de Pereira y por ello el juez competente sería el juez de Pereira que debería tener en cuenta la lista del centro de arbitraje que funcione en esa ciudad.

149. A lo anterior se agrega que el artículo 14 debe interpretarse en forma que sea coherente con los artículos 15 y 17 de la ley, esto es, que en ambos casos debe tratarse del mismo juez, pues no sería razonable que la ley hiciera referencia a jueces distintos para designar el arbitro o decidir la remoción o recusación del mismo. Lo anterior indica que el juez competente para designar el árbitro es aquel donde el Tribunal debe ejercer sus funciones.

150. Adicionalmente debe observarse que cuando en un arbitraje no es parte una entidad pública o una persona que ejerce funciones administrativas será competente para conocer del recurso de anulación "*la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje*." La expresión haber funcionado no hace referencia a reuniones físicas, dada la intrascendencia de este concepto en la ley, sino al lugar en que jurídicamente el tribunal ha ejercido sus

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

funciones. Por consiguiente, si se ha pactado que el domicilio de un tribunal arbitral es la ciudad de Pereira, el tribunal debe haber ejercido sus funciones en esa ciudad y por ello el competente es el tribunal superior de distrito judicial de dicha ciudad.

151. Aunque en el presente caso, no se aplica esta última regla por razón del hecho de que es parte en el arbitraje una entidad pública, y por ello la competencia para conocer del recurso de anulación es del Consejo de Estado, en todo caso, es pertinente destacar que la norma que determina la competencia del tribunal superior, cuando sea del caso, parte de la base de dónde jurídicamente ejerce sus funciones el tribunal, esto es el domicilio del tribunal.

152. Por otra parte, si el tribunal va a designar secretario debe hacerlo de la lista de secretarios del centro que se encuentra en el "*domicilio*" del tribunal, pues es allí que las partes quieren que el tribunal ejerza sus funciones.

153. Así las cosas, debe entenderse que cuando las partes han pactado que el domicilio es la ciudad de Pereira, han querido que ese sea el "*lugar en que legalmente se considera establecido*" el tribunal, lo que implica que debe estar vinculado a un centro de arbitraje de Pereira.

154. A lo anterior vale la pena agregar que aceptar que a pesar de la estipulacion del domicilio del Tribunal en la ciudad de Pereira, debe acudirse a un centro de arbitraje del domicilio del demandado, esto es Bogotá, privaría de efectos la estipulación contractual, pues en tal caso, el tribunal ejercería sus funciones en el domicilio del demandado y no ejercería sus funciones en Pereira, como resulta del pacto de las partes, y además desconocería el texto de la ley que claramente reconoce la posibilidad de que simplemente se pacte un domicilio para el tribunal arbitral.

155. Por otra parte, la Demandada afirma que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira no es competente porque existe prueba de que existen varios centros de arbitraje en la ciudad de Pereira. A tal efecto señala que prueba de ello es el propio memorial de la Demandante que califica de confesión.

156. En relación con lo anterior debe observarse que la Demandante manifestó al descorrer el traslado del recurso de reposición interpuesto por la Demandada contra el auto admisorio que "*No existe en la ciudad de Pereira ningún otro centro de arbitraje que se encuentre en funcionamiento*". Adicionalmente acompañó una comunicación del Centro de Arbitraje y Conciliación Alberto Mesa Abadía de la Seccional Pereira de la Universidad Libre, en la cual la Secretaria de dicho Centro expresó "*el centro de conciliación no está prestando el servicio de ARBITRAMENTO. Sólo el de conciliación como le fue informado por mi compañera, no tenemos conformadas listas de arbitros a la fecha*".

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

157. Como se puede apreciar, aunque formalmente el Centro de Arbitraje y Conciliación Alberto Mesa Abadia, es un centro de arbitraje, la secretaria de dicho centro precisó que no estaba prestando el servicio de arbitramento por no tener listas conformadas.

158. Lo anterior indica que realmente no se ha acreditado que exista otro centro de arbitraje en la ciudad de Pereira en el cual se hubiera podido presentar la Demanda.

159. A lo anterior se agrega, que como ya se indicó, al permitir el segundo inciso del artículo 12 de la ley 1563 de 2012 que se pacte un domicilio para el Tribunal y no indicar el pacto en qué centro de arbitraje debe presentarse la demanda, debe llenarse ese vacío con otras normas que regulan la presentación de la demanda y que prevén que cuando no se ha pactado centro de arbitraje ni domicilio, la demanda se puede presentar en cualquiera de los centros en el domicilio del demandado, por lo que debe entenderse que si solo se pactó el domicilio del tribunal, la demanda puede presentarse en cualquiera de los centros de arbtiraje del domicilio pactado.

160. Por lo demás no sobra señalar que la jurisprudencia de diversos países ha aceptado que errores o ambiguedades en la designación del centro que se encargará del arbitraje no invalidan el pacto arbitral sino que conducen a inerpretarlo para establecer la real voluntad de las partes.

161. En efecto como señaló el Consejo de Estado en sentencia del 26 de noviembre de 2015[4] en el caso Société Asland c/ Société European Energy Corporation, en el que las partes decidieron someterse su controversia a la Cámara de Comercio Oficial de Paris, institución inexistente, el Tribunal de Gran Instancia de Paris consideró que las partes habían hecho referencia a la Cámara de Comercio Internacional, en tanto debería privilegiarse la voluntad y era fácil determinar que deseaban someterse a un tribunal constituido al amparo de la Cámara de Comercio más importante de París. Por lo demás la doctrina internacional con base en la jurisprudencia sobre la materia señala que "*en general, la referencia a una ciudad, el tipo de disputa o sector de la industria permite a las cortes identificar la institución elegida*"[5].

162. Finalmente, no sobra señalar que en el presente caso, aún si la Demandada tuviera razón en que la solicitud se presentó en un centro arbitral distinto al que contempla la

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2015 expediente 2003-00018

[5] . "In general the reference to a particular city, the type of dispute or industry sector involved have allowed the courts to identify the chosen institution." Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 2003, p 156

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

ley, ello no tiene consecuencias respecto de la existencia del tribunal arbitral y su competencia porque tal circunstancia no afecta la integración del tribunal arbitral.

163. En efecto, el elemento esencial del arbitraje es que las partes deciden que su controversia va a a ser decidida por unos particulares que actuarán como árbitros, y que ellas escojen bien directamente o a través de su delegado, o en su defecto, por el juez.

164. Es por ello que el Consejo de Estado ha señalado al referirse a la causal de indebida constitución del tribunal arbitral, que ella opera cuando "*se han contravenido las reglas de integración del Tribunal, definidas en el pacto arbitral y en la ley, relativas a la designación de los árbitros y del secretario, el procedimiento para la integración del Tribunal; la observancia de los deberes de información y el régimen de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones y su trámite*"[6].

165. Bajo esta perspectiva aprecia el Tribunal que en el Acta No 006 de 2023, las partes acordaron las personas que conformarían el Tribunal, por lo que el hecho de que se hubiera acudido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira no tuvo transcedencia en la selección de los árbitros. Cosa distinta hubiera sido si los árbitros hubieran sido seleccionados por sorteo de la lista del centro de arbitraje, pues en tal caso en el proceso de integración del tribunal si tendría relevancia cuál es el centro de arbitraje.

166. Si el Tribunal está debidamente integrado, la discusión acerca de si el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira es el lugar donde debía presentarse la demanda, no tiene la trascendencia que sostiene la Demandada. No sobra recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional,[7] los centros de arbitraje no cumplen funciones jurisdiccionales, sino que lo que tienen es "*competencia para realizar las labores de tipo administrativo*"[8], por lo que los errores que se cometan en la elección del centro en que se presenta la demanda, por si solos no tienen la virtualidad de afectar la constitución del tribunal, su competencia o el proceso arbitral.

167. Por todo lo anterior el Tribunal reitera que se encuentra debidamente integrado y por ello puede conocer y decidir el presente asunto. Por consiguiente, no prospera la excepción denominada "*Falta de Competencia por indebida constitución del Tribunal*".

---

[6] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de agosto de 2023 Radicación: 11001-03-26-000-2023-00023-00 (69475)
[7] Corte Constitucional, Sentencia C-1038 de 2002
[8] Corte Constitucional, Sentencia C-765 de 2013

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

4.3 LA ALEGACIÓN DEL FÉNOMENO DE LA CADUCIDAD DE LAS PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA

4.3.1 Posición de la Demandada

168. En torno a este punto la convocada ha expuesto que las pretensiones presentadas por el Municipio de Pereira están afectadas por el fenómeno jurídico de la caducidad. En particular, expresa en cuanto a las pretensiones tercera y cuarta que conciernen a la reliquidación del contrato de concesión, que habiendo sido introducidas en la reforma de la demanda, tales pretensiones se encuentran caducadas por superar el término de caducidad legal de dos (2) años después de la liquidación del contrato, previsto por el CPACA (art. 164.2. j) iii). Para fundamentar su consideración, la convocada cita jurisprudencia contenciosa sobre la necesidad valorar el cumplimiento del plazo de caducidad en el momento de introducir la reforma de la demanda con relación a las pretensiones nuevas que en ella se incluyan. Sobre el punto, la jurisprudencia ratifica que las nuevas pretensiones que se formulen en la demanda reformada deben, igualmente, atender los plazos preclusivos previstos en la ley para el ejercicio de las acciones y medios de control, so pena de verse afectadas por el fenómeno de la caducidad. De contera, de conformidad con su dicho, en el presente caso estaría acreditada la operancia de la caducidad frente a las mencionadas pretensiones tercera y cuarta introducidas en la reforma de la demanda, toda vez que ellas se habrían introducido a escena arbitral cuando ya el fenómeno de la caducidad estaría configurado haciendo inviable que el Tribunal pudiera considerarlas.

4.3.2 Posición de la Demandante

169. Frente a esta argumentación, la convocante adujo que dicha excepción no valora el momento referente a partir del cual se pueden contar los dos (2) años de caducidad. En adición señala que el referente especial de la liquidación del contrato no resultaba aplicable a las aludidas pretensiones tercera y cuarta que conciernen a la reliquidación del contrato de concesión, por cuanto el fundamento jurídico que la permite aparecería solo con el laudo arbitral que hubiera de declarar la nulidad de la liquidación bilateral suscrita, esto es, en sus términos, con evidente posterioridad al acta de liquidación de la concesión. De allí colige, que la esencia de la caducidad es otorgar a las partes un término para reclamar judicialmente después de que se concrete la situación litigiosa, pero no de forma anticipada. Bajo esa premisa argumenta que los plazos especiales de caducidad se definen a partir de momentos esenciales y por ello parten de la ejecutoria de los actos administrativos que se demandan (art. 164.2, lit. a), b), c), d), f), g), h)), esto es, a partir de la exigibilidad de la obligación contenida en los títulos

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

derivados del contrato o decisiones judiciales (núm. k), o a partir de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño (lit. i)), ya sea individual o a un grupo (lit. h)). Con la misma lógica, expone en su argumentación, que el Legislador tuvo el cuidado de establecer plazos útiles, cuando precisó el computo de la reparación directa cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento de la acción u omisión causante del daño solo con posterioridad a estas, por lo que el término de caducidad no comienza con la fecha de la acción u omisión sino con la de su conocimiento (lit. i)).

4.3.3 Posición del Ministerio Público

170. Señala el Ministerio Público que cuando se ha determinado jurisprudencialmente que una pretensión adicionada en la reforma de la demanda debe presentarse dentro del término de caducidad fijado por la ley, se ha hecho referencia a pretensiones nuevas.

171. Expresa que en este caso si bien los conceptos de liquidación judicial del contrato, así como la indexación se incluyeron con la reforma a la demanda, lo cierto es que estos se basan y dependen exclusivamente de las pretensiones principales de reconocimiento de unos valores a cargo del contratista y a favor de la entidad contratante. Por esta razón, más que considerarlos una pretensión nueva, se trata de la precisión o ampliación de los términos de las pretensiones principales, la cual había sido presentada en término, en tanto que si bien en su momento no se utilizó el término liquidación judicial, la pretensión inicial presentada sí buscaba la devolución de los dineros acordados así como el reconocimiento de valores con ocasión de los cálculos financieros que consideraba debidos, lo que no es más que una liquidación o ajuste de las cuentas contractuales.

172. En subsidio de lo anterior, sostiene que de aceptarse por el tribunal la prosperidad de la caducidad de las pretensiones 3 y 4 de la reforma de la demanda, en virtud de las pretensiones iniciales de la demanda, es decir, entre ellas la nulidad del acta de liquidación bilateral, sí es procedente resolver sobre las demás pretensiones allí formuladas sobre reintegro de las sumas allí solicitadas, consistentes en el reintegro de lo pagado por el municipio y el pago de lucro cesante correspondiente a inversiones no realizadas, con los correspondientes intereses, aunque se insiste la reforma de la demanda no hizo más que precisar los términos de lo ya pretendido.

4.3.4 Consideraciones del Tribunal

173. Sintetizadas las principales alegaciones de las partes en punto de la caducidad que se achaca o que se descarta frente a las aludidas pretensiones tercera y cuarta de la demanda que conciernen a la reliquidación del contrato de concesión, el Tribunal pasará a surtir algunas breves consideraciones sobre el fenómeno de la caducidad.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

174. Bien puede decirse entonces, que de conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA:

> *"La demanda deberá ser presentada:*
>
> *(...)2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*
>
> *(…)*
>
> *j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*
>
> *Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.*
>
> *En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*
>
> *i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
>
> *ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*
>
> *iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*
>
> *iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*
>
> *v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga."*

175. Así mismo en términos generales, con relación al fenómeno jurídico procesal de la caducidad la jurisprudencia y la doctrina, en su conjunto, han expresado que este se encuentra ligado a la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo sin que se hubiere ejercido las acciones correspondientes. De contera, la consecuencia lógica es que la eventual reclamación pierda potencialidad por no haberse ejercitado en el plazo definido legalmente. Por lo tanto, el acaecimiento de la caducidad se supedita a dos circunstancias: de un lado, a la inactividad del sujeto que tenía la potestad de

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

ejercer una acción; y de otro, al transcurso del plazo perentorio para instaurar dicha acción.

176. Sobre este instituto, la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, ha expuesto lo siguiente:

> *"La caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio […] el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado […] en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho."*[9]

177. Se alude entonces al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, de índole preclusiva, al haberse superado un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, ha debido realizarse la reclamación. Al respecto, ha también dicho la Corte Constitucional:

> *"[…] el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."* [10]

178. Por ende, valga la pena insistir en que la caducidad se erige en una especie de fenómeno objetivo, determinado así por el mero transcurso del tiempo y, en consecuencia, una situación temporal delimitada de antemano que permite conocer su principio y su fin.

179. Descendiendo estos conceptos en este caso y lo que hace de la evidencia presente en el expediente, para el Tribunal se encuentra acreditado que el Municipio de Pereira presentó su demanda arbitral el 19 de abril de 2022, momento para el cual encaminó sus pretensiones a que se declarara la nulidad absoluta del Acta de Liquidación

[9] Sentencia del 19 de noviembre de 1976 (G.J. N° 2393, p. 497).
[10] Corte Constitucional, C-832 de 2001.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

Bilateral final del Contrato de Concesión No. 001 de 1999, a que como consecuencia de tal nulidad Enelar procediera a reintegrar al Municipio de Pereira la suma de $5.442.746,437, y a que Enelar cancelara al Municipio de Pereira, a título de lucro cesante, la suma de $8.286.000.000, correspondiente a las inversiones no realizadas por parte del Concesionario y que se derivarían de los flujos de caja del referido Contrato para los años 2010 a 2014. De otro lado, y de manera complementaria a esas pretensiones, se esgrimieron inicialmente otras relativas al cumplimiento e intereses sobre las sumas que previera el laudo, así como la solicitud de condena en costas y agencias en derecho generadas como consecuencia del presente proceso. Igualmente, consta en el plenario que con posterioridad se reformó la demanda, incluyéndose las mencionadas pretensiones tercera y cuarta.

180. Visto lo anterior, el Tribunal desea expresar que comparte y hace suyas las apreciaciones jurisprudenciales que de viaja data han establecido que el requisito de oportunidad de las pretensiones a fin de evitar el acaecimiento de la caducidad debe estar satisfecho tanto al momento de radicar la respectiva demanda inicial, como cuando por la vía de la reforma de la demanda se adicionan pretensiones. A ese respecto y solo por citar uno de esos hitos jurisprudenciales, se pone de presente la sentencia de unificación del 25 de mayo de 2016 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado donde se expuso que no es viable que mediante la reforma de la demanda se formulen pretensiones afectadas por la caducidad y además que la formulación de las pretensiones de la demanda inicial en modo alguno interrumpen el término de caducidad frente a eventuales y nuevas pretensiones que se incluyan en la reforma de la demanda. Dijo en dicha oportunidad esa Corporación sobre la materia:

> *"13.13 Debido a lo anterior, y dado que la caducidad de la acción marca la finalización del plazo en que los administrados pueden accionar para elevar las solicitudes que quieran propias del medio de control que corresponda, se debe advertir que una vez configurado dicho instituto no es posible que a través de ningún mecanismo, sea mediante la presentación de una demanda o de su reforma en el tiempo establecido para ello, se expongan nuevas pretensiones a la jurisdicción, por lo que en ese escenario realmente no hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que sí lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar, puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho (...)*
>
> *13.17 Con observancia de lo expuesto, así como se ha aseverado que la caducidad de la acción produce efectos en virtud de la ley y no puede ser renunciada por los administrados, igualmente se puede predicar que la formulación de una pretensión en tiempo no interrumpe el plazo para ejercer el*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

derecho de acción respecto de las peticiones que no se manifiesten oportunamente (...)

13.18 De esta manera, no resulta viable sostener que el que un sujeto presente una demanda con determinadas peticiones interrumpa o haga inoperante a su favor el interregno que tenía para accionar respecto de las otras solicitudes que tuvo que haber elevado durante el mismo período, como si por el solo hecho de radicar ese libelo introductorio le permitiera manifestar a la jurisdicción cuantas solicitudes adicionales quisiera sin tener en cuenta el limitante temporal establecido por la caducidad de la acción, posibilidad que además de adolecer de sentido y soporte normativo, conllevaría al desconocimiento de la seguridad jurídica que se pretendió instaurar con el instituto de la caducidad de la acción (...)

13.26 En este punto, conviene destacar que el término para ejercer el derecho de acción se diferencia completamente del plazo establecido por la ley para reformar la demanda, de manera que no pueden confundirse y mucho menos considerarse al último como una extensión del primero, en tanto ello no fue previsto por el ordenamiento jurídico y conllevaría igualmente a que se afecte la seguridad jurídica de manera irreflexiva e innecesaria, toda vez que los términos establecidos por el legislador para acudir a la administración de justicia que se cuentan a partir del mismo momento en que surge el interés para demandar, son los suficientemente amplios para que se eleven las solicitudes necesarias." [11]

181. No obstante, cotejando ese consolidado supuesto jurisprudencial con el presente caso, el Tribunal Arbitral observa que tal teoría podría tener en este caso un matiz especial ya que la procedencia de las aludidas pretensiones tercera y cuarta que conciernen a la reliquidación del Contrato de Concesión están ligadas a que previamente el mismo Tribunal acceda a la primera pretensión de la demanda principal, y en consecuencia, hiciera desaparecer del mundo jurídico la liquidación suscrita mediante su declaratoria de nulidad.

182. En tal sentido, el Tribunal encuentra válida la tesis esgrimida por la convocante, y evidentemente sin desdeñar, afectar o soslayar el repetido dicho jurisprudencial y arbitral que ha sido traído a colación por la convocada y que ciertamente dicta que no resulta conducente que mediante la reforma de la demanda se formulen pretensiones afectadas por la caducidad o que la formulación de las pretensiones de la demanda inicial interrumpan el término de caducidad frente a nuevas pretensiones que se incluyan en la reforma de la demanda, reconoce que como se expuso por la actora la lógica conduce a concluir que la reliquidación del Contrato (solicitada por medio de las mentadas pretensiones tercera y cuarta) solo tendría cabida si antes se anulara la

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 25 de mayo de 2016, exp. 40.077.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

liquidación bilateral realizada (primera pretensión de la demanda). Por lo que evidentemente sería impertinente exigir a la convocante interponer la pretensión de reliquidación del contrato sin la anulación previa de la liquidación, ya que no tendría fundamento jurídico alguno hacer una reliquidación del Contrato cuando existe una que se encuentra vigente y exigible hasta que no fuera anulada el Tribunal.

183. Dicho en otros términos, la nulidad de la liquidación declarada arbitralmente sería el motivo de hecho y de derecho que serviría de fundamento de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, tendientes a que el Tribunal realice la liquidación del Contrato y con ello las partes volverán a la misma situación en que se encontraban al momento de ejecución de la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la anulación del contrato de concesión y la orden de liquidarlo en el estado en que se encontrara. En gracia de discusión, ello impondría entonces que el cómputo de la caducidad de la pretensión de la nueva liquidación del contrato (pretensiones tercera y cuarta), solo comenzaría con la anulación de la liquidación bilateral solicitada en la primera pretensión de la demanda al establecer a partir de ese momento el sustento que le serviría de base e iniciar con ello el cómputo para su formulación oportuna y la contabilidad de la caducidad prevista normativamente (art. 164.2 j) del CPACA).

184. Así pues, la aplicación de la regla jurisprudencial en cuanto al inicio del término de caducidad de la acción a partir de la liquidación del contrato, no resultaría aplicable en este caso si es que se llegara a la anulación de dicha liquidación al decaer el acto jurídico del que se desprende tal efecto. En dicha medida, el cómputo de caducidad no podría entonces comenzar con la liquidación bilateral sino con su anulación por el Tribunal, razón por la cual como expuso la convocada, resultarían pertinentes las pretensiones tres y cuatro y en consecuencia, la excepción de la demandada sobre el punto deviene en improcedente.

185. Vale la pena señalar que la demandada sostiene que el hecho de que la liquidación sea una consecuencia de la declaratoria de nulidad de la liquidación que previamente se hizo por las partes, implica que debió plantearse en la demanda inicial. Sin embargo tal afirmación no es congruente con las decisiones que ha adoptado el tribunal administrativo y el Consejo de Estado, en la medida en que si fuera cierto el argumento de la demandada, la petición de liquidación como consecuencia de la nulidad debió haberse planteado como una pretensión consecuencial de la nulidad, lo que no ocurrió pues el propio Consejo de Estado ordenó que se liquidara el contrato, lo que por lo demás es lógico.

186. El hecho de que en la demanda inicial se haya podido acumular las pretensiones no significa en manera alguna que ello implica que ya había comenzado a correr el término.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

187. Por consiguiente concluye el Tribunal que no puede prosperar la excepción denominada "*Caducidad de las pretensiones tercera y cuarta*".

4.4 SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

188. En relación con el dictamen pericial elaborado por Carlos Arturo Orozco Gutiérrez y aportado por el Municipio convocante, la convocada formuló una serie de reparos procesales y formales sobre la pérdida de valor probatorio del dictamen, porque supuestamente se configuró una causal de recusación en cabeza del perito, y porque el dictamen se encuentra afectado por supuestos vicios formales y sustanciales, que afectan su mérito probatorio.

189. Comoquiera que el sentido de la decisión se orienta a negar las pretensiones de la demanda, ello releva al Tribunal de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la prueba pericial aportada, pues la misma pretendía servir de sustento de eventuales condenas en cabeza de la convocada. Sin embargo, dado que durante el trámite del arbitraje la convocada presentó una recusación respecto del perito Carlos Arturo Orozco Gutiérrez, el Tribunal considera que es necesario resolver tal solicitud.

190. En punto de la recusación, la convocada considera que se configuró la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del CGP[12], porque, a su juicio, lo dicho por algunos testigos[13] demuestra que el perito intervino previamente dando consejo y/o concepto en los debates que rodearon la selección del método financiero a adoptar en la liquidación del Contrato de Concesión.

191. Sobre ello, la convocante estimó que la recusación era infundada. Afirmó que, si bien la convocada expresó la causal legal alegada, no precisó ni probó los supuestos hechos en que se sustenta. Destacó que el perito no admitió como ciertos los hechos relatados por la convocada respecto de la recusación y que los testimonios en los que se basa la recusación fueron vagos y contradictorios.

192. Por su parte, el Ministerio Público consideró que no se demostró que el perito Carlos Arturo Orozco hubiese participado en parte alguna en estudios o decisiones previas

---

[12] "Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
[…]
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo."

[13] En especial del dicho de los testigos Emilio Antonio Grajales, Gabriel Jaime Vallejo y José Albeiro Gallego Agudelo.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

sobre la materia que rindió su dictamen, en tanto que quienes en su momento lo mencionaron, precisaron una de dos cosas: o que estaban equivocados en la persona, o que no recordaban específicamente si su intervención fue sobre los aspectos relativos a la ejecución del contrato con ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. o con las proyecciones que se hacían para una contratación posterior.

193. En relación con la naturaleza del peritaje como medio de prueba, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en sentencia del 9 de mayo de 1938[14], reiterada posteriormente[15]:

> *"'El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza sui géneris de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (artículo 716 del C. J.)'". No obstante estar llamados los peritos -dice Dellepiane- a suplir o completar los conocimientos del juez; ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico […]*
>
> *La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohíben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez".*

---

[14]Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de mayo de 1938, Gaceta Judicial, Tomo XLVI, p. 421

[15] Entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 7 de mayo de 1941, 17 de agosto de 1944; sentencia SC5186-2020 del 18 de diciembre de 2020 y Sentencia STC2066-2021 del 3 de marzo del 2021

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

194. En ese contexto, el contenido del artículo 226 del Código General del Proceso exige que en el peritaje, el perito manifieste *"[…]bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito*." Es decir, deberá contener unas exigencias mínimas que den cuenta de tres elementos: los fundamentos, la imparcialidad y la idoneidad de quien lo elaboró[16].

195. Respecto de la imparcialidad del perito, el Código General del Proceso expresamente consagra lo siguiente:

> *"Artículo 235. Imparcialidad del perito. El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.*
>
> ***Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.***
>
> *El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.*
>
> *En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o rezones que puedan comprometer su imparcialidad.*
>
> *Parágrafo. No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen.*
>
> *Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio." (negrilla y subraya fuera de texto).*

196. Así pues, de acuerdo con la norma transcrita, las causales de recusación establecidas para los jueces resultan aplicables a quien se desempeñe como perito. Esto es así, porque en palabras de la Corte Constitucional[17], "*en buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados*", de allí que sea procedente que quien considere que el perito que interviene en algún proceso no goza de imparcialidad se encuentre

[16] Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC2066-2021 del 3 de marzo del 2021.
[17] Corte Constitucional. Sentencia T-1034 del 2006. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

legitimado para presentar una recusación en contra de aquel, a fin de que su experticia no sea tenida en cuenta en el proceso.

197. Siendo las cosas así, le corresponde a este Tribunal determinar si es procedente la recusación formulada por la parte convocada en relación con el perito Carlos Arturo Orozco Gutiérrez, pues como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia,

> *"[…] el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).*
>
> *"Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes."*

198. De allí que según las voces del artículo 235 del Código General del Proceso el juez pueda incluso "*negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad*."

199. Para el caso, aunque la convocada fue clara en sostener que el perito se encontraba incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del CGP[18], porque supuestamente intervino previamente dando consejo y/o concepto en los debates que rodearon la selección del método financiero a adoptar en la liquidación del Contrato de Concesión, a juicio del Tribunal tal circunstancia no se encuentra demostrada.

200. Si bien, tal como lo destaca la parte convocada[19], el señor Carlos Arturo Orozco Gutiérrez reconoció que celebró algunos contratos con el Municipio de Pereira, no se demostró que esas vinculaciones tuvieran una relación directa con la materia del peritaje aportado al trámite arbitral. En efecto, al ser interrogado sobre el particular por el apoderado de la convocada, el perito reconoció que celebró "*un contrato con planeación municipal y un contrato en la Secretaría de Hacienda para hacer análisis de predial*" de tal manera que, al no tratarse de situaciones relacionadas directamente

---

[18] "Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
[…]
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo."

[19] Página 181 de los alegatos de conclusión aportados al expediente.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

con el objeto del litigio, aquellas vinculaciones no tienen, *per se,* la capacidad de afectar la imparcialidad del perito.

201. Si bien el Tribunal no pasa por alto que los testigos Emilio Antonio Grajales, Gabriel Jaime Vallejo y José Albeiro Gallego Agudelo refirieron que el perito pudo tener alguna injerencia en las negociaciones que llevaron a suscribir el acta de liquidación cuya validez corresponde al objeto del proceso, tal como lo destaca el Ministerio Público, esas afirmaciones no fueron categóricas, por el contrario, las declaraciones evidenciaron duda sobre si, en verdad, el perito participó o no de forma directa o indirecta en esas negociaciones, además de que no existen otros elementos demostrativos que la probaran. Así, siguiendo las disposiciones del artículo 176 del Código General del Proceso, que establece que "*las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*", el Tribunal considera que la recusación presentada no debe prosperar, pues no obra en el expediente ninguna prueba que demuestre que el perito hubiere "*dado o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo*", tal como lo señala el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso.

202. De tal manera que, al no existir prueba sobre la configuración de la causal de recusación, el Tribunal no tiene un camino distinto que desestimar la recusación presentada por la convocada frente al perito Carlos Arturo Orozco Gutiérrez.

203. Finalmente, dado que el Tribunal no accederá a las pretensiones de la demanda, no resulta necesario pronunciarse sobre los demás reparos formales y sustanciales presentados por la convocada, sobre el peritaje rendido por el señor Carlos Arturo Orozco Gutiérrez, puesto que, las condenas solicitadas el Municipio convocante, son pretensiones consecuenciales de la eventual nulidad del acta demandada. De allí que, al mantenerse incólume la obligatoriedad del acta, no le es dable al Tribunal pronunciarse sobre la procedencia de ningún tipo de perjuicio o indemnización hipotética.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS Y DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA DEMANDADA

5 ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

5.1 La pretensión primera de la Demanda

204. En la Demanda reformada, la Demandada solicitó en la pretensión primera lo siguiente:

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

"Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad del acta bilateral de liquidación final del contrato de concesión No. 001 de 1999, cuyo objeto era: 'Garantizar mediante el sistema de concesión la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira de acuerdo con las previsiones de los pliegos de condiciones y de la oferta aceptada por el concedente', suscrita el 05 de junio de 2015 entre el Municipio de Pereira y la firma Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. ENELAR Pereira S.A. E.S.P."

205. Como consecuencia de lo anterior le solicitó al Tribunal ordenar la "*devolución de los valores pagados por el Municipio de Pereira a su Concesionario*" y que "*el Tribunal Arbitral liquide el contrato de concesión No. 001 de 1999*".

206. Al contestar la Demanda, la Demandada manifestó que se opone a "*la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones tanto principales como consecuenciales, formuladas por la Parte Convocante*".

207. Procede entonces el Tribunal analizar si existe una causal de nulidad de la liquidación.

5.1.1 Posición de la Demanda

208. En su Demanda la Demandante señala que la pretensión de nulidad de la liquidación bilateral del contrato se fundamenta en varias causales de nulidad.

209. En primer lugar, la Demandante se apoya en el error como vicio del consentimiento. A tal efecto se refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y señala que la Corte concluye *"que 'el error de hecho vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree ...' (se resalta) y, aunque 'el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento ...', si constituye vicio cuando 'esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar ...'"*

210. Expresa entonces el Municipio que "*el fundamento del objeto de la liquidación que tuvo en cuenta el Municipio, su móvil esencial para determinar el contenido de la liquidación no corresponde con la realidad*". A tal efecto precisa que el objeto esencial de la liquidación fue el reconocimiento de una deuda cuantiosa del Municipio contratante frente a su Concesionario contratista cuando, en realidad, ella era inexistente. Señala que la deuda reconocida al Concesionario fue el fruto del balance financiero del contrato al momento de su terminación, ordenada por la jurisdicción administrativa. Agrega que en la medida en que este balance fue realizado sobre consideraciones y fundamentos técnico-financieros esencial y fatalmente errados, la eficacia de la causa del negocio es igualmente errada y así se solicita al Tribunal que lo declare.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

211. Agrega la Demandante que "*no se pretende una corrección de valores o montos de la liquidación sino el reconocimiento de un error garrafal a su base, que invierte por completo el resultado de la liquidación del contrato*". Expresa que "*Las sencillas y claras explicaciones financieras a la base de la demanda demuestran que, en realidad, el balance del contrato no era negativo para el Municipio sino para el Concesionario*".

212. Indica que "*la voluntad del Municipio, tal como se ha exteriorizado, como se concretó en el negocium, no coincide, de ningún modo, con su voluntad interna; ha realizado una liquidación que no hubiera hecho, de haber estado mejor informado ... Los procedimientos empleados han resultado inadecuados; ellos pugnan tanto con la idea de donde el acto ha salido, como con el objetivo al cual tendió*".

213. Agrega que se está "*frente a un error que fue absolutamente determinante del objeto mismo de la liquidación del contrato, de tal suerte que, sin la existencia del error, el Municipio nunca habría suscrito el negocio jurídico de la liquidación del contrato*".

214. Añade que se podría argumentar que es un error inexcusable "*que no proviene de comportamiento reprochable de su Concesionario sino de su propia impericia. No obstante, ello no ocurre en realidad. El Municipio buscó la asesoría especializada del Instituto de Fomento y Promoción del Desarrollo Económico y Social de Pereira (INFIPEREIRA),..*". Señala que el "*fundamento técnico financiero esencialmente errado que produjo este Instituto no es así una actuación que pueda atribuirse e imputarse al Municipio concedente, dada la condición de entidad descentralizada del Instituto*".

215. Por otra parte señala que la nulidad del contrato de concesión, declarada mediante la sentencia del 29/05/2014, exp. 33.832 de la sección III.A del Consejo de Estado, generó la obligación del liquidar el contrato en el estado en que se encontraba, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 80/1993, como ordenó el mismo Consejo de Estado. A tal efecto se refiere al artículo 48 de la ley que regula los efectos de la nulidad y señala que "*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.*"

216. Expresa que de acuerdo con la sentencia de nulidad, que transcribe en parte, no es procedente incluir en la liquidación condena alguna indemnizatoria, en la medida en que no se valora ningún reproche por el incumplimiento del contrato, sino que se procede al simple reconocimiento de las prestaciones cumplidas por el concesionario que hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer el interés público, como

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

explica el Consejo de Estado. A tal efecto indica que el Consejo de Estado es claro en que el contratista no obtendrá en esta liquidación la reparación de daño alguno, en particular el lucro cesante por las expectativas de ganancias que tenía en la ejecución completa del contrato.

217. Señala la Demandante que "*la valoración realizada por INFIPEREIRA para la liquidación del contrato desconoció flagrantemente estas orientaciones de la sentencia del Consejo de Estado y de la Ley 80/1993, al realizar el cálculo de las prestaciones ejecutadas útiles para la administración concedente. En efecto, en una concesión, la valoración de estas prestaciones ejecutadas exige tener en cuenta los costos, las inversiones y los gastos realizados por el contratista y actualizarlos hasta el momento de la liquidación del contrato, pero, también se deben tener en cuenta los pagos recibidos por el mismo contratista, según las modalidades de remuneración pactada, para poder determinar el monto de las inversiones realizadas que no hayan sido recuperadas por la remuneración percibida por el Concesionario. En el caso presente, el FLUJO DE CAJA establecido para la Concesión, y adoptado explícitamente como 'la directriz económica del contrato', determinante del balance financiero de la concesión por el contrato adicional de 2009 (Ver Contrato adicional No. 2, CLÁUSULA CUARTA, (Ver PR-06)), permitía establecer, año a año las inversiones realizadas por el contratista, sus gastos y sus ingresos efectivos, de tal suerte que permitía determinar, de manera sencilla y fiable, en qué momento había el contratista recuperado su inversión, lo que sucedió incluso antes de suscribirse el contrato adicional de 2009, como también se establece en la experticia técnico financiera que acompaña*".

218. Agrega la Demandante en cuanto al segundo período de la Concesión (Etapa II), entre la vigencia del Contrato adicional No. 2 de 2009 (noviembre) y la ejecutoria de la Sentencia del Consejo de Estado que confirmó la nulidad del contrato de concesión e hizo exigible la liquidación del contrato (julio 2014), que el peritaje establece que, aún en un escenario restrictivo, sin aplicación de las resoluciones de la CREG el Concesionario habría tenido que invertir $5.370´000.000,oo, para lograr una TIR de 15%, techo de rentabilidad que había sido establecido en el Contrato adicional No. 2 (Ver CLAÚSULA CUARTA, citada), cuando, en realidad, invirtió en este período: $2.889.000.000,oo, como lo consignaron conjuntamente las partes en el Flujo de caja real del contrato (Ver Peritaje, numeral 4.2.3, página 43)

219. Por lo anterior concluye que el Concesionario había recuperado ampliamente su inversión para esta Etapa II del contrato, por lo cual, tampoco tenía derecho a "*reconocimiento y pago alguno de prestaciones ejecutadas en el momento de la declaratoria de nulidad del contrato"*, con relación a este período

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

220. Agrega que en el llamado método de amortización de las inversiones del Anexo No 2 del Acta de liquidación (Ver PR-18 y Peritaje, numeral 1.3.4, páginas 18 a 21) se calcularon las inversiones no recuperadas por el Concesionario, actualizando las que realizó durante todo el período en que se ejecutó el contrato (1999-2014) a precios constantes del año 2014 "*y se restaron los períodos pendientes por depreciar hasta la terminación de la concesión de alumbrado público*", en 2019. Afirma que es evidente que el cálculo realizado estuvo destinado a medir el lucro cesante no logrado por la inversión, frente a las expectativas de rentabilidad hasta el final del contrato, y no la identificación de las inversiones dejadas de recuperar al momento de su terminación anticipada, a las que debía limitarse la liquidación del contrato, con relación al concesionario contratista ENELAR.

221. Por otra parte, la Demandante pretende que se declare que la liquidación es nula por causa ilícita y desviación de poder.

222. Señala la Demandante que la desviación del poder está consagrada como una causal autónoma de nulidad del contrato estatal por el artículo 44.3 de la ley 80 de 1993 que prescribe que son absolutamente nulos los contratos estatales que "*se celebren con abuso o desviación de poder*".

223. Agrega la Demandante que el Consejo de Estado ha señalado "*que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley*" y agrega que "*debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común*". (CE, sec. III.C, sent. 27/01/2016, exp. 49.847).

224. Señala la Demandante que el método de depreciación de activos utilizado por Infipereira no permite establecer la recuperación de la inversión del Concesionario ni realizar el balance financiero de la concesión, al despreciar por completo los ingresos que se produjeron a lo largo de la ejecución de todo el proyecto, que, naturalmente, constituyen insumos financieros esenciales para su realización. Advierte que la grave inconsistencia financiera indica que en la liquidación realizada se tuvo un propósito distinto a los indicados por la ley para este acuerdo, en la medida en que no se buscó realizar un balance financiero del contrato sino el reconocimiento de un pasivo artificial del Concesionario cuya inexistencia salta a la vista con la revisión, incluso negligente, del flujo de caja real del proyecto, concertado por las partes.

225. Advierte la Demandante que la Demandada fundamenta su defensa en el hecho de que el error como vicio del consentimiento no comprende el desconocimiento de las cargas negociales que permitan arrepentirse hoy de un negocio libremente consentido al suscribir el acta de liquidación. Destaca además que el Municipio se asesoró de su

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

entidad especializada, Infipereira, para la valoración financiera del contrato y la definición de la liquidación. Por lo anterior, la Demandada concluye que el error le pertenece a la Demandante y es inexcusable.

226. A tal efecto expresa la Demandante que la Demandada desconoce con esta argumentación la valoración de la voluntad de una entidad pública para disponer de recursos públicos, lo que exige verificar la existencia real de fundamentos fácticos y jurídicos del acto dispositivo.

227. En efecto, la valoración de la voluntad de una persona privada parte de la libre disposición de sus intereses individuales, como concreción esencial de la autonomía privada a la base de todo negocio jurídico. Los errores de valoración técnica en que pueda incurrir para la apreciación de un buen o mal negocio son manifestaciones del incumplimiento de sus cargas de diligencia, cuyas consecuencias debe asumir, sin poder desconocer el mal negocio que haya suscrito.

228. Destaca que la valoración de la voluntad de la entidad pública no se apoya en la libre disposición de sus intereses sino, todo lo contrario, en la exigencia de tener una habilitación legal para disponer de ellos, como manifestación natural del principio constitucional de legalidad (CN, arts. 121, 122). La disposición de intereses públicos, como lo son los recursos públicos, exige un fundamento real y cierto, sin el cual el acto de disposición carece de validez.

229. Agrega que el mal negocio de la entidad pública no se reduce a la eventual responsabilidad personal que tendría el representante de una sociedad comercial por actuar contra los intereses de ésta, en virtud de las reglas societarias (Cco, art. 200 mod.). El mal negocio de la entidad pública constituye un detrimento patrimonial público, de tal suerte que el comportamiento del gerente público, ordenador del gasto, no puede apreciarse bajo los parámetros de las cargas negociales de la representación societaria comercial. Afirma entonces que la infundada decisión del gerente público es constitutiva de una falsa motivación y desviación de poder y por ello no es accidental sino esencial, que el Estatuto general de contratación pública haya consagrado una causal especial de nulidad destinada a sancionar los eventos en los que la voluntad de la administración contratante es constitutiva de abuso o desviación de poder (Ley 80/1993, art. 44.3).

230. Señala que aun cuando se atribuyan al Municipio Contratante los errores sustanciales del análisis financiero de Infopereira, ellos no podrán apreciarse como las consecuencias de una carga negocial de diligencia, sino como una ilegalidad de su comportamiento, constitutiva de la nulidad absoluta de haber celebrado el contrato con abuso o desviación de poder, que incluso obliga al Tribunal arbitral a declararla de oficio. Señala que la misma lógica gobierna la justificación y existencia de la acción

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

de lesividad, mediante la cual la administración demanda ante el contencioso administrativo la nulidad de un acto propio y que, por ende, no podría dejar de cumplir y ejecutar autónomamente.

231. Por lo anterior considera que se encuentra plenamente establecido en el proceso la ocurrencia de la causal de nulidad del acta de liquidación consistente en su celebración con desviación de poder y causa ilícita.

5.1.2 **Posición de la Demandada**

232. Al contestar la Demanda la Demandada formuló la excepción que denominó estricta legalidad y ausencia de errores en el acta de liquidación bilateral –Enelar tenía derecho a las inversiones que fueron reconocidas.

233. A tal efecto señala que la Demandante expresa que dos (2) informes, elaborados por la señora Martha López López y por la sociedad Asesorías y Consultorías Integrales de Proyectos S.A.S., demostraban que para el año 2010 el Concesionario ya había superado sus expectativas de remuneración, pues alcanzó una TIR del 15.57%, cumpliendo -dice el Municipio- con el equilibrio económico del Contrato.

234. Al respecto señala que los informes tienen inconsistencias técnicas y metodológicas. A tal efecto hace referencia a las consideraciones del acta de liquidación bilateral, donde, entre otros aspectos, se dejó clara la imposibilidad de calcular la rentabilidad del Concesionario mediante TIR; la inexistencia de alteraciones al equilibrio económico del contrato para la entidad contratante, y la imposibilidad matemática y financiera de establecer el monto de las inversiones a reconocer al Concesionario a partir del método TIR.

235. A tal propósito advierte, en primer lugar, que en el modelo financiero que propone el Municipio comete un error elemental consistente aplicar el concepto de TIR en forma retroactiva, es decir, aplicar ese método de valoración previo a que las partes lo pactaran en el Otrosí No. 9 del 5 de noviembre de 2009.

236. En segundo lugar, señala que por deficiencias de planeación imputables a la entidad estatal contratante, en el Otrosí No. 9 del 5 de noviembre de 2009 no se estableció una inversión inicial para el cálculo de la TIR, elemento de la esencia de ese método y sin el cual no es posible calcularlo en debida forma.

237. En tercer lugar, expresa que en la cláusula contractual del Otrosí No. 9 se estableció que se haría un control anual a la TIR, pero con ocasión de la declaratoria de nulidad absoluta no era matemáticamente posible determinar si se había logrado o no la TIR máxima, pues el Contrato de Concesión no pudo ejecutarse en su totalidad

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

238. Por otra parte señala la Demandada la solidez técnica y financiera del Informe de Infipereira. A tal efecto expresa que el Informe Financiero elaborado por Infipereira cuenta con toda la validez y seriedad financiera, pues en el mismo, en primer lugar, se hizo un diagnóstico de todos los métodos financieros posibles para establecer la suma que habría de reconocerse a ENELAR por concepto de inversiones no amortizadas. Se refiere a las conclusiones del Informe y señala que los asesores de Infipereira valoraron cada uno de los anteriores métodos y escogieron no solo el mecanismo más ajustado a la realidad financiera sino, paradójicamente, el que menos sumas le representaba al Municipio de Pereira a pagar a ENELAR, que era mediante el método de inversiones por amortización

239. Por otra parte se refiere a la inexistencia de error como vicio del consentimiento y a la ausencia de configuración de sus elementos.

240. En relación con la pretensión de nulidad absoluta por error formulada por el ente municipal, señala que "*el error implica la falta de concordancia entre la voluntad verdadera, o sea la voluntad interna, y la voluntad declarada*", pero lo cierto es que no existe prueba alguna de cuál era la voluntad verdadera y/o interna del Municipio de Pereira frente a la declarada en el acto de liquidación bilateral. Y no existe por la sencilla razón de que la voluntad interna del Municipio siempre fue la misma que materializó en el negocio jurídico de liquidación bilateral.

241. Señala que en la administración pública, la voluntad interna necesariamente debe estar vertida en actos administrativos o, al menos, en documentos

242. Agrega que lo único cierto y probado es que no existe prueba alguna que refleje la referida voluntad interna del Municipio de Pereira y, mucho menos, que acredite que la misma difiere respecto de aquella materializada y vertida en el acta de liquidación bilateral del Contrato de Concesión

243. Expresa que los presupuestos normativos para la procedencia del error como vicio del consentimiento (que nunca existió) tampoco están reunidos. A tal efecto señala que a la luz de la norma, es menester, por un lado, que el error sea el principal motivo de uno de los contratantes para concurrir al negocio jurídico y, por otro, que el motivo sea conocido por la otra parte.

244. Señala que el error alegado no fue determinante para la celebración del acta de liquidación bilateral. A tal efecto expresa que la liquidación bilateral del Contrato de Concesión se llevó a cabo con miras a cumplir con el mandato judicial (proveniente de una fuente legal) impartido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de reconocer al contratista aquellas inversiones que hubiere realizado el Concesionario para el beneficio del interés general, a pesar de la declaratoria de nulidad absoluta

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
PBX: 3387800 Nit. 891.400.669-6 Sede Principal Cra. 8 #23-09 Pereira, Colombia
www.camarapereira.com

del Contrato. En consecuencia, ese es el móvil para contratar y suscribir el acta de liquidación bilateral. Advierte que lo que sucede es que el Municipio de Pereira no coincide con la cantidad o valor que debió reconocer, es decir, en realidad se está en presencia de un error que se reputaría de las sumas reconocidas a ENELAR, es decir, de un error intrascendente para el ordenamiento jurídico.

245. Por otra parte la Demandada señala que como presupuesto adicional para la configuración de un error de hecho como vicio del consentimiento, el ordenamiento jurídico exige que la contraparte negocial de quien alega el error, conociera o pudiera conocer el motivo para contratar del declarante. Señala que este presupuesto tampoco está configurado en este caso, pues (aun cuando no hay error) este provino de una dependencia adscrita al Municipio de Pereira, al cual la propia Alcaldía de Pereira encargó y encomendó la revisión del modelo financiero y la determinación de la suma a pagar a ENELAR. Por ello no hubo forma de que ENELAR conociera del error que fundamenta las pretensiones de la demanda reformada, pues simplemente no participó en la elaboración del informe financiero que realizara Infipereira: no escogió el método de valoración de las inversiones, no sugirió su adopción, ni tampoco les encargó el ejercicio financiero y, en suma, no podía conocer los hipotéticos errores que pudiera contener el informe, base de la pretensión por error como vicio del consentimiento.

246. En cuanto al alegado error en la causa señala que las causales o motivos para viciar el consentimiento por error están taxativamente previstas en el Código Civil, el cual no prevé el error en la causa como vicio del consentimiento. Señala que la causa del negocio jurídico de liquidación bilateral no fue el informe de Infipereira, porque no puede entenderse como el motivo que induce al contrato.

247. Señala que el motivo que indujo a los contratantes a la liquidación bilateral no fue otro que el acatamiento a la orden impartida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de reconocer al Concesionario aquellas inversiones que hubieren beneficiado al interés público, en aplicación del artículo 48 del Estatuto General de Contratación.

248. Por otra parte sostiene la Demandada que para que prospere la pretensión de nulidad es menester que el error sea excusable para quien lo alega. Así, el ordenamiento jurídico no tutela el error de una parte, inclusive considerándose esencial, si el error proviene de su culpa.

249. Señala que las pruebas que obran en el expediente demuestran que todos los errores que el Municipio de Pereira le atribuye al Infipereira provienen de la misma entidad estatal, es decir, se está en presencia un prístino y contundente ejemplo de un contratante que pretende alegar a su favor y beneficiarse de sus propias conductas culposas. Agrega que el Instituto hace parte del Distrito de Pereira, es decir, el Instituto

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

de Fomento y Desarrollo de Pereira es un organismo perteneciente a la administración municipal de Pereira y a pesar de ser una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, su dirección estaba a cargo de la entidad a la cual estaba adscrita: el Municipio de Pereira. En ese orden de ideas, resulta que el Municipio de Pereira está desconociendo un acto jurídico proveniente de un órgano al que le pertenece.

250. Destaca que la entidad estatal convocante fue la que seleccionó, encargó y delegó al Infipereira la realización del informe financiero sobre el cual soporta sus pretensiones. De esta manera está demostrada la culpa, pues fue el Municipio el que seleccionó a quien elaboraría el informe financiero.

251. Hace referencia a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que[20] "*no es suficiente que se aduzca la mera gestación del estado de desconocimiento o ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables*", por lo cual la más autorizada doctrina sostiene que el error debe ser excusable.

252. Agrega que al Municipio de Pereira, como administración pública, destinada a la satisfacción del interés general y la continuidad en la prestación de los servicios públicos, le asiste una importante carga de profesionalidad (ligada, desde luego, a la planeación contractual antes referida) en la gestión de los contratos administrativos, de manera que su estándar de exigencia de cara a la excusabilidad del error es más alto, de ahí que, como sostiene la doctrina, "*cuando la víctima del error es un profesional conocedor de la materia sobre la que versa el contrato celebrado, 'su ignorancia es a priori ilegítima a menos que demuestre su ausencia de culpa'*".

253. Por otra parte señala que el Municipio de Pereira asumió el riesgo del error, al suscribir el acta de liquidación bilateral haciendo propias las conclusiones y sugerencias del Infipereira. Agrega que la doctrina enseña que si la parte que se considera errans, al celebrar el contrato asumió el riesgo del error en cuestión, o el contrato de suyo implica esa alea, mal podría pretender la anulación por dicho vicio de la voluntad. Análogamente a como se ha dicho que el "*alea excluye la lesión*" con mayor razón

[20] Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

puede argüirse que *"excluye el error*". A este respecto se refiere al artículo 3.2.2. de los Principios de Unidroit.

254. Agrega la Demandada que el Municipio de Pereira construyó en **ENELAR** la confianza legítima de que, consistente con sus comportamientos en la fase de liquidación, su voluntad contractual no era otra que pagar las sumas por concepto de inversiones no amortizadas. De ahí que esta reclamación arbitral sea un evidente acto de mala fe contractual.

255. Añade que en la demanda inicial se indicó que la administración distrital estaba "*convencida*" de lo dicho en el informe financiero de Infipereira, lo cual -dice- no era cierto y, por ende*, "la administración municipal actuó bajo el amparo del principio de la buena fe".* Expresa la Demandada que la buena fe que alega el Municipio de Pereira no es susceptible de crear derechos y, mucho menos, eliminar los derechos reconocidos a **ENELAR.** A tal efecto señala que el Municipio de Pereira pretende valerse de convicciones personales de actuar en determinado sentido para así justificar su culpa, lo cual es inadmisible por distintas razones, "*siendo una ellas la improcedencia de la buena fe subjetiva en las relaciones contractuales, muchos menos tratándose de las celebradas por la administración pública*".

256. Por otra parte hace referencia a la naturaleza transaccional de la liquidación bilateral y su consecuente efecto de cosa juzgada y señala que las pretensiones de la demanda arbitral no tienen finalidad distinta que alterar la cosa juzgada que pesa sobre el acuerdo transaccional, pues el Municipio de Pereira pretende revivir la reclamación que, expresamente, se consideró *"inaplicable e improcedente",* teniéndose así por desistida.

257. La Demandada sostiene que no se demostró que existiera causa ilícita o desviación de poder. A tal efecto señala que el informe preparado por el Infipereira por solicitud del Municipio de Pereira, gozaba de consistencia técnica y financiera, pues la realidad negocial y, en particular, la forma en que el Otrosí No. 9 de 2009 estableció las condiciones para el cálculo de la tasa interna de retorno – TIR, daban cuenta de una auténtica imposibilidad de establecer la retribución al Concesionario con fundamento en esa forma de remuneración contractual.

258. A tal efecto señala que el Municipio a lo largo de este proceso sostuvo que si existían elementos que permitían calcular la TIR pactada en el Otrosí No. 9 de 2009 y que, en su aplicación, Enelar no tenía derecho a retribución de ninguna clase por concepto de prestaciones ejecutadas, sino que, al contrario, era el Concesionario el que debía pagar al Municipio una cuantiosa suma por concepto de inversiones no ejecutadas. El Municipio, pues, defendió a lo largo del proceso la posibilidad de calcular la TIR a

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

partir i) del contenido del Otrosí No. 9 de 2009 y ii) del flujo de caja del Contrato de Concesión.

259. Señala que Enelar, en cambio, sostuvo en su contestación de la demanda que no era posible calcular la TIR, esencialmente porque:

i) La TIR no podía aplicarse retroactivamente ni así quedó establecido en el Otrosí No. 9 al Contrato de Concesión;
ii) La TIR no podía calcularse, pues en el Otrosí No. 9 no se estableció una inversión inicial para su definición, siendo aquello en un elemento esencial de dicho método de remuneración financiera;
iii) El Otrosí No. 9 de 2009 no estableció un control anual de la rentabilidad para el cálculo de la TIR.

260. Afirma la Demandada que la prueba técnica practicada en el proceso comprobó que, ciertamente, no era posible calcular la retribución del Concesionario con base a la TIR, por las razones esgrimidas por Enelar.

261. A tal efecto se refiere a las declaraciones de los señores Benjamín Fernández y Gabriel Jaime Vallejo quienes participaron en la elaboración del Informe de Infipereira, de las cuales se desprende que existía una verdadera imposibilidad de calcular la TIR ante la ausencia de fijación de la inversión inicial.

262. Así mismo se refiere al Informe Pericial y la declaración del perito financiero Jorge Arango Velasco, quien en la contradicción de la prueba pericial de parte del Municipio de Pereira desvirtuó técnicamente los análisis realizados en la pericia del Municipio, elaborada por Carlos Arturo Orozco Gutiérrez.

263. Agrega que en el informe financiero preparado por Proyecta, ante la imposibilidad de calcular la TIR por no tener una inversión inicial, dichos consultores se vieron obligados a reconstruir el flujo de caja que disponían las partes, pues la información inicial no ofrecía ningún concepto de inversión inicial. Se refiere a la declaración de Proyecta y señala que ella no supo si antes del Otrosí No. 2 de 2009 se estableció inversión inicial (que se puso en ceros) y, especialmente, reconoció que trabajaron sobre un flujo de caja "*recortado*", que no tenía información de ningún tipo sobre el último año de la proyección, de manera que los consultores financieros reconstruyeron un flujo de caja sin contar con datos del último año de dicho flujo, demostrando la falta de seriedad técnica y financiera de dicho informe.

264. Señala que las declaraciones demuestran la auténtica imposibilidad de calcular la TIR con base en lo pactado en el Otrosí No. 2 de 2009, al punto que Proyecta S.A.S. se vio obligado a reconstruir el flujo de caja y, a partir de ello, crear y definir motu proprio un valor por concepto de inversión inicial, que nunca existió y que, por lo mismo,

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

reflejaba la imposibilidad de calcular la TIR a la hora de liquidar bilateralmente el Contrato de Concesión.

265. Por otra parte expresa la Demandada que las inversiones a las cuales hace alusión el Municipio de Pereira a través de sus apoderados y la Doctora López en condición de testigo, son las que fueron incluidas en el flujo de caja que es el anexo del Otrosí No. 9 de 2009. Al respecto señala que dichas inversiones no corresponden a la inversión inicial necesaria para el cálculo de la TIR, no pueden ser asimiladas a tales y tampoco podrían servir de base, si así se quisiera, para el cálculo de la TIR del Contrato de Concesión. Lo anterior por tres razones: En primer lugar, por cuanto, simplemente, jamás así se pactó. No existe estipulación negocial en el Otrosí No. 9 de 2009 en la que se haya establecido que el listado de inversiones en expansión de parque y en expansión vegetativa serían consideradas como inversión inicial para el cálculo de la TIR. A tal efecto se refiere a la declaración de los señores Gabriel Vallejo y Benjamín Fernández

266. En segundo lugar, señala que en términos financieros, las inversiones que pretenden aducirse como inversión inicial, corresponden a inversiones para la operación del Proyecto, lo cual es completamente distinto a la inversión inicial que requiere la TIR para ser calculada. A tal efecto se refiere a las declaraciones del testigo Benjamín Fernández y del perito Jorge Arango Velasco.

267. En tercer lugar, señala que el argumento de la Demandante es improcedente porque dichas inversiones, incluso si quisieran tenerse como inversión –en contravía de cualquier coherencia financiera y contractual–, no podrían utilizarse como inversiones iniciales, pues omiten diez (10) años del Contrato de Concesión. Agrega que basta revisar el contenido de la referida cláusula segunda para advertir que allí solo se mencionan inversiones desde 2009, pero no hay mención alguna a las inversiones realizadas desde 1999, año de inicio del Contrato de Concesión. Advierte entonces que hay otra imposibilidad de calcular la TIR con base en dichas inversiones de operación y es porque prescinden, sin consideración alguna, de lo ocurrido desde 1999 a 2009 en materia de inversiones realizadas por el Concesionario.

268. Adicionalmente señala la Demandada que era tan claro que no se podía calcular la TIR, que en este proceso hubo múltiples propuestas para llegar a ella y para determinar cuál suma era la inversión inicial que permitía calcular la TIR. En efecto, mientras que la asesora jurídica del Municipio (en calidad de tal y como testigo) y el apoderado judicial sustituto de la Parte Convocante consideran y son de la tesis de que la TIR podía calcularse utilizando las inversiones por operación pactadas en la cláusula segunda del Otrosí No. 9 de 2009; el perito Carlos Arturo Orozco Gutiérrez era de otra postura para calcular la TIR, pues aunque la inversión inicial fuera cero, igualmente la TIR podría calcularse, ante la existencia de inversiones a lo largo del

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

periodo de evaluación. Agrega la Demandada que los asesores financieros del Municipio de Pereira (Proyecta S.A.S.) proponen una tercera vía para llegar a la inversión inicial y así calcular la TIR, que consiste en tomar el flujo de caja contractual del Concesionario, actualizar los valores de ejecución, identificar el flujo de caja libre y, tras ello, realizar un ejercicio financiero para arribar a la TIR.

269. Por lo anterior concluye la Demandada que jamás existió inversión inicial y que nunca hubo claridad, certeza ni certidumbre sobre la forma de calcular la tasa interna de retorno en toda la ejecución del Contrato de Concesión y menos aún para la liquidación bilateral del negocio jurídico estatal. Señala entonces que no hubo error o vicio del consentimiento de la Demandante y menos desviación de poder. Por lo demás afirma que Proyecta sostuvo en el proceso que su informe responde a la técnica financiera, en tanto que el perito Orozco sostuvo que el informe de Proyecta no es correcto.

5.1.3 La posición del Ministerio Público

270. Expresa el Ministerio Público que, como lo señala la actora, el comportamiento de los agentes que representan y comprometen al Estado, por conllevar intereses generales y específicamente implicar la disposición de recursos públicos como sucedió en este caso, debe ser mirado con un tamiz diferente a efectos de poder determinar si la voluntad del agente estatal que actuó en nombre de la entidad está viciada o no a tal punto que genera la nulidad del acto. Así, los vicios del consentimiento no estarán referidos a las nociones privadas de error, fuerza y dolo cuando se esté examinando su aplicación a la administración contratante. Por ello señala que la mala fe del servidor público constituye una causal invalidante del acto por desviación de poder. Lo propio sucede si dicho agente actúa de manera temeraria, o descuidada a tal punto que con conocimiento de causa lesiona el interés propio de la entidad que representa y por ende el interés general, razón por la cual es perfectamente anulable el acto o contrato sin que se pueda aducir que la culpa del agente sanea su actuación y compromete el interés general.

271. Señala que el consentimiento de la administración se materializa en procedimientos de contratación. Por ello la valoración de las causales de nulidad por vicios del consentimiento y las restricciones civiles que limitan el error constitutivo de vicio del consentimiento adquieren connotaciones particulares cuando se valora el consentimiento de la Administración en la que se apreciará el respeto o desatención de la voluminosa reglamentación obligatoria, bajo criterios propios del derecho administrativo, orientados por la valoración de la legalidad de sus actos unilaterales

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

272. Agrega que en la concepción civilista, el error en el valor del acto negocial no vicia la voluntad, sino que puede constituir una causa de lesión enorme. En efecto ese tipo de errores, que pueden ser excusables o no, son indiferentes como vicios de la voluntad y solo en caso de significar un desequilibrio que alcance la magnitud prevista en la ley, puede adquirir relevancia por lesión enorme.

273. No obstante, en este caso lo sustancial del error alegado no está basado solo en el precio o cantidad del objeto negociado, sino en la concepción errónea grave que se imputa al administrador público sobre la aplicación de los métodos para obtener el balance contractual, es decir, desconocimiento de las reglas contractuales.

274. Señala el Ministerio Público que se discute si el método utilizado para la liquidación financiera llevó a que se asumiera una obligación inexistente y que por el contrario debía arrojar un reconocimiento a favor del erario. Es decir, la discusión no es simplemente sobre el precio, valor o cantidad de la cosa objeto del negocio jurídico, sino esencialmente sobre las técnicas que debían utilizarse para la liquidación económica del contrato estatal dentro del marco de lo pactado y las normas que rigen este tipo de actos. De allí que comparte el argumento de la demanda en cuando señala que los errores sustanciales que se puedan imputar a los elementos técnicos tenidos en cuenta para dicha liquidación, sí pueden ser causal de nulidad por vicio del consentimiento constituido por un error grave, de haber sido demostrados

275. Precisa el señor Agente del Ministerio Público que para resolver la discusión principal dada en este asunto, deben definirse tres aspectos esenciales:

a- Si está demostrado el error técnico grave alegado.
b- Si este es excusable o no por ser atribuible directamente a quien lo alega sin que pueda beneficiarse del mismo como lo alega ENELAR PEREIRA S.A E.S.P
c- Si la parte demandada conocía o debía conocer dichas bases equivocadas imputadas a los cálculos financieros de la liquidación a tal punto que deba ser condenada a responder por la correcta liquidación que se pide realizar en la demanda.

276. En cuanto a la existencia del error se refiere a lo que decía el contrato original y señala que la fórmula escueta sobre forma y condiciones de pago no previó rentabilidad o utilidad del contratista. Agrega que en el contrato se indicó en la cláusula primera que el alcance del mismo partía no solo de las condiciones exigidas en la licitación pública sino en la propuesta presentada por el concesionario, dentro de la cual existía una proyección financiera. A tal efecto se refiere al clausulado del contrato y señala que el modelo de concesión contratado partió de la propuesta del concesionario presentada en la licitación pública 02 de 1999, la cual hacía parte integral del contrato.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

277. Agrega que en dicha proyección financiera presentada por el oferente- contratista se especificaron unos cálculos que partían de unos ingresos obtenidos de tres fuentes directas:

a) unas inversiones iniciales para la operación del sistema con recursos propios,
b) otras provenientes de financiamiento privado, y
c) ingresos de la operación del sistema.

278. A partir de allí se hicieron cálculos para la operación del sistema año a año durante los 20 años a ejecutar, que finalmente arrojaban unos flujos de caja necesarios para ello y que permitirían, unos flujos positivos a partir del 2007, previos los abonos a la deuda contraída por el concesionario, y que iban a representar a partir del año 2013 un pago de dividendos y distribución de excedentes de caja a la sociedad.

279. Añade que en dicha propuesta se determinó una inversión con recursos propios en los primeros 7 años del proyecto (es decir hasta 2005) acompañado de un financiamiento local hasta ese mismo año. A partir del año siguiente los únicos ingresos calculados eran los de la operación del sistema.

280. Expresa que lo anterior significa que el modelo de remuneración partía de la obtención de unos ingresos suficientes a partir del año 8 que permitirían continuar con la operación del sistema, el pago de la financiación obtenida y la amortización de la deuda, la cual se calculó suplir plenamente en el año 2009, es decir, en el año 11 de operación del sistema.

281. Agrega que en los cálculos de la propuesta económica nunca se proyectó la recuperación por parte del concesionario, vía reposición del valor respectivo, de las inversiones inicialmente realizadas con recursos propios. Se partió de la base que conforme los cálculos del negocio de concesión, el contratista obtendría sus utilidades de la operación del sistema y que esas mismas utilidades pagarían las inversiones realizadas inicialmente, la deuda contraída y los gastos en que incurriera en reposición y expansión, modernización y gastos generales de operación del sistema.

282. Señala el agente del Ministerio Público que lo anterior permite concluir que la propuesta económica en parte alguna señaló que los recursos operacionales destinados a expansión reposición, mejorar en propiedad ajena, o similares, serían considerados como de propiedad del concesionario o que adquirirían tal naturaleza por el hecho de realizarse con los dineros obtenidos de la operación del sistema o por la inversión con recursos propios o de financiamiento, como lo argumenta la parte accionada al señalar que lo invertido con los recursos de operación hacían parte de su utilidad y por lo tanto debían serle reintegrados vía amortización pendiente. Por el contrario, estos recursos, según la propuesta económica y el negocio concretado, se invertirían en la ejecución del proyecto y el cálculo de utilidades se basó en los

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

excedentes que se generarían luego de operar el sistema y finiquitar la deuda inicialmente contraída. Se entendería así que las proyecciones para recuperar las inversiones con recursos propios se calcularon a título de amortización durante todo el periodo, ya que el contrato previó expresamente que todos los bienes que hacían parte de las obras de expansión y repotenciación serían objeto de reversión al finalizar el contrato.

283. Agrega que no existía ninguna obligación del municipio de reponer los valores así invertidos, salvo naturalmente que el contrato terminara en forma anticipada y no se hubiese alcanzado a amortizar por depreciación el valor del capital propio invertido por el concesionario o a pagar el financiamiento que tuviese que asumir de su propio patrimonio, de ser el caso. Ello se desprende de la misma cláusula 16 del contrato, en la que se previó que si el contrato era declarado nulo y se requiriera terminar el contrato unilateralmente, se realizaría una valoración de las inversiones realizadas y no recuperadas, incluyendo los costos de capital a los cuales se les aplicaría un interés civil.

284. Añade el agente del Ministerio Público que en el año 2009 las partes, de común acuerdo, pactaron modificar la cláusula 17 del contrato, esto es, la que determinaba la forma y condiciones de pago, adicionando un parágrafo como resultado, entre otros, de hallazgos administrativos reportados frente a la ejecución del contrato, así:

➢ se pactaron unos montos obligatorios de inversiones en expansión del parque lumínico que debía realizar el contratista, entre el año 2009 y 2012.
➢ se pactaron unas inversiones mínimas en expansión vegetativa para el periodo 2009 a 2019.
➢ Además, se adicionó un parágrafo relacionado con el flujo de caja para señalar que dicho flujo de caja ejecutado y proyectado sería la nueva directriz del contrato. Allí se previó una revisión anual de este flujo y se determinó que de existir excedentes superiores a la TIR máxima que se establecía allí, debían destinarse a expansión del servicio según se concertara, pero si la TIR era insuficiente para las necesidades del proyecto las partes buscarían una fórmula de equilibrio, previéndose que este equilibrio debía garantizar una TIR mínima del 14% y máxima del 15% (a dicho otro sí se adicionó un flujo de caja proyectado desde el año 2009).

285. Señala el Ministerio Público que en el informe evaluativo realizado por la empresa Proyecta SAS se evidencia el grave error en que incurrió el informe de INFIPEREIRA en sus análisis, lo que incidió en el resultado de los cálculos.

286. Indica que INFIPEREIRA al calcular el modelo financiero TIR 2009/2014 con el método PRI incurre en un error pues tomó como valor pendiente por recuperar por parte del inversionista para el año 2009 aquellas inversiones hechas por el

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

concesionario con recursos propios del flujo de caja generado por el proyecto, lo que desatiende la coherencia financiera de dichos análisis. A tal efecto se refiere al Informe de Proyecta.

287. Agrega que según los cálculos financieros de la propuesta, que gobernaba el modelo financiero del contrato, allí no estaba previsto que los valores invertidos con recursos de la operación del sistema se reputaran como de propiedad o recuperables por el contratista, por el contrario, se pactó que dichas inversiones serían revertidas al estado al finalizar el contrato.

288. Ahora bien, en relación con el modelo de AMORTIZACIÓN, que fue el que finalmente se utilizó por las partes para liquidar el contrato, se refiere al informe de la empresa PROYECTA SAS, en el cual se señala que ninguno de los ejercicios de Infipereira tiene validez.

289. Por ello señala que para el Ministerio Público el único valor posible que podía ordenarse reconocer a la concesionaria por inversiones no amortizadas, eran estas que calculó el informe de PROYECTA SAS, es decir, la suma de 195,68 millones de pesos.

290. Ahora bien, señala el Ministerio Público que el informe de esta empresa, luego de aplicar sus propios análisis, concluye que la cuantía real de la reclamación a favor del municipio debe ser de 8.286 millones partiendo del FLUJO DE CAJA LIBRE del proyecto desde el año 2010 al año 2014, debidamente actualizado al año 2016, fecha de dicho informe.

291. Señala el Ministerio Público que la conclusión de la empresa PROYECTA S.A.S. es parcialmente acertada en cuanto determina que, con la ejecución real del proyecto, el concesionario para el año 2009 ya había alcanzado casi la totalidad de la amortización del capital propio invertido. Además, procedió a calcular, conforme a lo pactado en el año 2009, cuáles fueron los recursos adicionales con que contó dicho concesionario luego de aplicar la TIR pactada en el año 2009 a partir de ese momento y hasta la fecha en que culminó el contrato.

292. Agrega que como puede observarse en dicho ejercicio y en el realizado por el perito de la parte demandante, la TIR si era posible aplicarla conforme las inversiones pactadas y realizadas a partir de dicho año y por lo tanto no es correcto afirmar dicha imposibilidad como se pretendió demostrar con el dictamen de contradicción. De hecho, el mismo informe de INFIPEREIRA hace cálculos basados en la aplicación de dicho método, es decir, no lo descartó. Ahora bien, pese a los conceptos técnicos vertidos en el expediente, lo cierto es que la misma parte demandada acepta que matemáticamente sí era posible aplicar dicho método.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

293. Indica el Ministerio Público que de aceptarse que financieramente había sido equivocado no pactar unas inversiones iniciales para calcular financieramente la TIR del proyecto, lo cierto es que dicho error metodológico no es solo imputable al ente demandante, porque el otrosí fue suscrito por ambas partes. Si en su momento se sabía que no iba a ser posible aplicar la TIR por falta de uno de sus elementos necesarios, ahora no puede excusarse dicha situación para señalar que es imposible financieramente aplicar dicho método, pese a que existen tres informes técnicos que sí lo avalan y de hecho hacen el cálculo respectivo con base en este.

294. Expresa el Ministerio Público que en su criterio no es acertado aplicar la metodología de la TIR en forma retroactiva, al igual que lo discute la parte demandada, porque el cambio del modelo financiero del contrato se pactó a partir de 2009. En ese momento se pactaron unas inversiones específicas y una rentabilidad mínima y máxima esperadas, conforme al otrosí firmado por las partes.

295. Señala que de acuerdo con las previsiones legales y las consecuencias de la nulidad absoluta del contrato las partes debían hacerse restituciones mutuas y solamente se debía reconocer las inversiones realizadas y no recuperadas, y reconocer las prestaciones efectuadas y servicios brindados que hayan beneficiado a la entidad contratante, sin que se pudiese solicitar aplicar otro tipo de beneficios adicionales, como sería el pretender que se aplique el método de amortización sobre inversiones realizadas con los ingresos operacionales del proyecto y transferir esos montos al concesionario.

296. Destaca que como lo estimó la empresa PROYECTA SAS, el inversionista en su modelo de negocio, estimó una rentabilidad al momento de hacer una propuesta y a ella no puede sumarse la apropiación, vía amortización no causada, sobre recursos operacionales que fueron reinvertidos conforme las obligaciones contractuales

297. Ahora, si tampoco pudiese aplicarse la TIR pactada desde el año 2009 dada la falta de un elemento técnico necesario como lo argumenta la parte demandada, lo cierto entonces es que deberá respetarse la expectativa de utilidad proyectada en su momento y que según el informe de PROYECTA SAS, ascendía al 13.9% las cuales calculó el perito de parte demandante en más del 16%. Todo ingreso o flujo de caja adicional a dichos porcentajes debían ser reintegrados al municipio o ser reinvertidos en expansión.

298. Por lo tanto, el modelo que el Ministerio Público técnicamente considera correcto es que se respeten esas expectativas de utilidad – negocio del concesionario que presentó según su estimación financiera inicial, ajustada a la realidad de la ejecución del proyecto hasta el año 2009. A partir de allí, que se aplique la TIR máxima pactada y por lo tanto aquellas inversiones que no se efectuaron con recursos propios no

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

pueden ser reconocidas o saldadas a favor del concesionario. En su lugar, a este solo se debía reconocer el porcentaje pactado sobre la inversión efectivamente realizada a partir de dicho momento, aun cuando se hiciera con recursos operacionales, ya que la modificación contractual fue clara en dicho aspecto al señalar que "*los recursos para realizar todas las inversiones y de alumbrado navideño provendrán del flujo financiero del proyecto*". Inciso anterior al parágrafo del artículo 2º del otro sí modificatorio del contrato suscrito en el año 2009.

299. Por lo anterior considera el Ministerio Publico que para el primer periodo contractual, esto es, 1999 a 2009 solo se debían reconocer dichas inversiones realizadas con recursos propios y no amortizadas y respetar el porcentaje de las utilidades proyectadas en la propuesta. Ahora bien, en el periodo posterior, solo debe reconocerse dicho porcentaje pactado de TIR tomado sobre la base de las inversiones a realizar a partir de ese momento aun cuando se pactó que estas se harían con los propios flujos del proyecto y no con recursos propios.

300. Ahora bien, señala el Ministerio Público que de los 8.286 millones calculados por la sociedad Proyecta como valores de flujo de caja que deben restituirse por el operador, deben descontarse los porcentajes de retorno o utilidad pactados contractualmente.

301. En cuanto a la aplicación de las resoluciones de la CREG considera el Ministerio Público que le asiste razón a la parte demandada, en tanto que dichas resoluciones fueron expedidas con posterioridad a la firma del contrato, incluso del otro sí número 9, y además, aunque estas implicaban un deber para las partes para que consensuadamente modificaran las condiciones pactadas en los contratos vigentes –art 27-, ello no ocurrió en este caso . Por tanto, a voces de la misma CREG, como el contrato se pactó con unas condiciones, la única forma para aplicar esas nuevas metodologías es la voluntad de ambas partes consignada en una modificación contractual, o en su defecto, dentro de un litigio contractual que obligara a realizar dicha modificación. Mientras no se surtiera lo anterior debe regir las condiciones inicialmente pactadas. Ahora bien, en este caso no existe pretensión alguna fincada en que se declare la aplicabilidad de dichas resoluciones y de sus métodos, por lo tanto, no puede el tribunal de arbitramento hacerlo so pena de ser incongruente con las cuestiones de fondo debatidas en este litigio.

302. Advierte que pese a que el alcalde municipal conoció en su momento el análisis realizado por quien hoy es apoderada de la entidad y que dio lugar a una reclamación dentro de la ejecución del contrato, lo cierto es que la decisión final que tomó se basó en las conclusiones del estudio realizado por INFIPEREIRA que en su momento le indicaban con alto grado alto de confiabilidad para este, que la opción más adecuada para el municipio era la aplicación del modelo de amortizaciones sobre las inversiones

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

pendientes de ello a favor del contratista y que este no debía restituir dinero alguno a la entidad.

303. Agrega que el estudio fue contratado por el municipio con dicho instituto a efectos de analizar la forma adecuada de liquidar el contrato, y pese a que el instituto era del orden municipal, tenía personería jurídica propia, autonomía administrativa y presupuestal, y por lo tanto no puede inferirse que el error en que pudo incurrir su estudio proviene de la misma parte que hoy lo alega. Así lo enseñan las normas sobre organización y estructura de la administración pública.

304. Además señala que la decisión se tomó por parte del alcalde municipal debidamente informado porque el estudio anterior suscrito por la contratista Martha Lucía López fue analizado por el INFIPEREIRA y descartado en su aplicación para efectos de liquidar el contrato, por lo tanto se tomó una decisión consciente al no optar por la fórmula indicada en aquella reclamación, pero lo cierto es que el administrador público en su momento creyó actuar de la mejor forma posible, es decir, quiso ser prudente al analizar el tema y tomó la decisión informada según el análisis financiero que se le presentó, lo que denota la diligencia que en su momento tomó para no incurrir en el error que hoy se alega.

305. En cuanto al conocimiento de ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. del error en que incurría el municipio, es decir, si conocía o debía conocer dichas bases equivocadas imputadas a los cálculos financieros de la liquidación, señala que debe considerarse que efectivamente ENELAR PEREIRA S.A E.S.P, por haber participado en la licitación con una propuesta financiera elaborada por sí misma, conocía de las condiciones en que pactó el negocio. Así mismo lo hizo al momento de suscribir el otrosí.

306. Por esta razón no puede imputarse que los errores provienen simplemente de deficiencias en la planeación por parte de la entidad contratante, ya que el modelo financiero del contrato partió de la propia propuesta del Contratista, tampoco que la falencia en el otro sí 9 al no establecerse una inversión inicial para el cálculo de la TIR solo recae en la entidad contratante.

307. Se refiere el Ministerio Público a la afirmación de que Enelar no pudo conocer el error. Al respecto señala que ello no es aceptable en tanto que dentro de la misma contestación de la demanda y en el curso de proceso, se demostró que fueron las partes, tanto ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. como el municipio de Pereira, quienes luego de varias reuniones, discusiones y concertaciones, concluyeron que el método a aplicar era el indicado por INFIPEREIRA. Es decir, ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. sí participó en la toma de la decisión pese a que no fue quien contrató la realización del informe.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

308. Agrega que tampoco es acertado señalar que ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. no conocía las bases del supuesto error porque dentro del curso de la ejecución contractual no conoció de reclamaciones por el equilibrio económico del contrato. Lo anterior señala el Ministerio Público porque el municipio de Pereira sí elevó dicho requerimiento al contratista. Señala en conclusión, que dichos presuntos errores también le son imputables al contratista sin que pueda pretender que la responsabilidad recaiga únicamente en la entidad territorial para que se nieguen las pretensiones de nulidad.

309. Por otra parte el Ministerio Público considera en su concepto que en presente caso no se ha demostrado la existencia de causa ilícita o desviación de poder.

310. A tal efecto señala que el móvil demostrado para contratar y suscribir el acta de liquidación bilateral no fue otro que el cumplimiento de una orden judicial. La causa jurídica y finalidad del negocio jurídico estatal fue, entonces, el acatamiento del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuya virtud la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó efectuar los reconocimientos a que hubiera lugar como consecuencia directa de la declaratoria de nulidad del contrato porque este contenía obligaciones de tracto sucesivo. Así, la causa del negocio jurídico demostrada para liquidación bilateral no fue el informe de INFIPEREIRA, este solo fue un insumo para concluir la negociación, tal como lo aseveraron los testigos en el proceso. Agrega que la parte actora señala que como la experticia técnica que sirvió de la base a la liquidación carece de fundamentación técnica esencial, su propósito no era el balance financiero objetivo final del contrato, sino el favorecimiento injustificado de una de las partes de la relación contractual. Al respecto el Ministerio Público afirma que no puede confundirse la causa del contrato con el informe presentado por INFIPEREIRA al municipio.

311. Agrega que dentro del expediente no se demostró el ánimo señalado por la parte actora de favorecer a una de las partes del contrato. Si bien se discuten las bases y fundamentos técnicos que sirvieron de soporte a la liquidación, lo cierto es que tales discusiones no conllevan a demostrar el animus mencionado a tal punto de poder concluir que el objeto de dicho informe era favorecer los intereses de la parte hoy demandada.

312. Advierte que el plenario carece de prueba de que con ocasión en dicha liquidación e informe financiero se haya iniciado y culminado alguna acción penal, disciplinaria o fiscal que permita demostrar tales conclusiones. Este tipo de aseveraciones y conclusiones debía ser probada, no simplemente inferida por el desacuerdo con las conclusiones técnicas esbozadas en aquel informe, ello, máxime que dentro del expediente se cuenta con por lo menos 5 informes o estudios técnicos especializados que arrojan, en su mayoría, conclusiones contradictorias y discutidas.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

313. Señala que a la misma conclusión se llega frente a la causal de nulidad por causa ilícita derivada de la desviación de poder. En efecto aduce la parte actora que esta se configura porque el informe técnico que sirvió de base a la decisión de liquidación se suscribió con fines diversos a los previstos por la ley, generando un beneficio injustificado para el Concesionario ENELAR PEREIRA S.A E.S.P. Sin embargo, el Ministerio Publico concluye que no está demostrada dicha desviación de poder, cuya carga probatoria estaba en cabeza de la parte actora.

5.1.4 Consideraciones del Tribunal

314. Para efectos de decidir la controversia el Tribunal considera necesario señalar que en el presente caso por sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 30 de noviembre de 2006, se declaró la nulidad absoluta del contrato y sus otrosíes y se dispuso "*En consecuencia se ordena al municipio de Pereira que liquide el contrato de concesión número 01 de 1999 en el estado en que se encuentre*".

315. Esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2014 en la que se advierte que "*la nulidad absoluta del contrato de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas, en el entendido de que, aun declarada la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, es viable el pago de las prestaciones cumplidas que hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer un interés público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 expedida en 1993, lo cual se aplica sin duda alguna al presente caso, toda vez que las prestaciones pactadas en el citado contrato lo fueron con el fin de garantizar la prestación efectiva del servicio de alumbrado público en el Municipio*."

316. A este respecto es entonces pertinente señalar que cuando se anula un contrato que se está ejecutando, es necesario proceder a su liquidación. Lo anterior es además congruente con el artículo 45 de la ley 80 de 1993 que establece que cuando se presentan las causales de nulidad a que se refieren los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, el jefe o representante legal de la entidad respectiva debe dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y "*ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre*".

317. Ahora bien, dentro de dicha liquidación debe tomarse en consideración el artículo 48 de la ley 80 de 1993 que establece que *"(l)a declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria*" y que "(*h*)*abrá lugar al reconocimiento y pago. pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público."

318. Teniendo en cuenta lo anterior procede el Tribunal a referirse a la nulidad de la liquidación por error y por desviación de poder o error sobre la causa

5.1.4.1 La nulidad por error

319. Para efectos de decidir considera pertinente el Tribunal hacer referencia a los principios y reglas que rigen la nulidad por error de los negocios jurídicos, en general, y de las transacciones, en particular, para posteriormente examinar si se configura la nulidad del Acta de Liquidación como lo solicita la Demandante

320. A tal efecto es pertinente recordar que los artículos 1510 y 1511 del Código Civil disponen lo siguiente:

> *"Art. 1510.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.*
>
> *"Art. 1511.- El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.*
>
> *"El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte."*

321. Desde esta perspectiva, lo primero que se aprecia es que en la regulación que hace el Código Civil del error se hace referencia al que versa sobre el objeto del contrato, y en particular al que recae sobre la sustancia o calidad esencial del mismo o de la cosa, lo que podría sugerir que estos errores afectan los contratos que tienen por objeto cosas o bienes. Sin embargo, dicha conclusión no es correcta, pues la ley exige para todos los contratos consentimiento no viciado, por lo que la referencia a la cosa que es objeto del contrato en materia de vicios del consentimiento, debe entenderse referida al objeto de las prestaciones de las partes, sean ellas de dar o entregar una cosa, de hacer o de no hacer.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

322. Ahora bien, al regular el error el Código Civil hace referencia a la calidad esencial del objeto, y al efecto el artículo 1511 del Código Civil establece que el "*error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto…es diversa de lo que se cree*".

323. En este punto se ha debatido si debe acogerse una concepción objetiva o subjetiva de la sustancia sobre la cual recae el error, esto es, si la sustancia se determina con criterios objetivos o en cada caso de conformidad con lo que corresponde a la intención de los contratantes.

324. A tal efecto, es pertinente señalar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 1936, hizo referencia a las diferentes concepciones y señaló que en materia de error sobre la sustancia *"con un criterio estrechamente objetivo, se amplió el concepto para considerar como sustancia de la cosa 'no solamente los elementos materiales que la componen sino hasta las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y la distingue, según las nociones comunes, de cosas de cualquier otra especie*'". Agregó la Corte que posteriormente la doctrina francesa se ha orientado sobre un criterio subjetivo "*según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes"*[21]

325. Ahora bien, en cuanto al derecho colombiano se ha señalado por el profesor Ospina que *"el sistema legal colombiano consagra una noción objetiva del error in substantia, conforme a la cual se entiende por sustancia del objeto el conjunto de propiedades o calidades esenciales de este, es decir el conjunto de calidades materiales e inmateriales que determinan su naturaleza especifica y que sirven para distinguirlos de otros objetos*"[22]. Lo anterior en la medida en que el artículo 1511 del Código Civil establece que el error sobre cualquier otra calidad solo vicia el consentimiento cuando esa calidad es el principal motivo para contratar y ese motivo es conocido por la otra parte.

326. Por su parte el profesor Hinestrosa[23] al referirse al error sobre la sustancia señala que en el Código Civil "*agudamente se distingue la sustancia 'objetiva' de la 'subjetiva' o 'singular'* (art 1511 c.c.)". De esta manera puede haber calidades que son esenciales para el común de las personas, pero que la *"esencialidad de calidades que de por si no lo son para el común de la gente o que forzosamente no son esenciales, como*

---

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 1936, G.J. tomo XLIII, p. 533-534
[22] Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Negocio Jurídico, 6ª ed. Temis Bogotá, 2000, p. 192
[23] Fernando Hinestrosa Forero. Tratado de las Obligaciones. Las fuentes de las Obligaciones. El Negocio Jurídico. Volumen I, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015, p. 993 y 995

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

razón de ser del contrato, y sobre todo, su conocimiento por la otra parte para la oportunidad de celebración, bien pueden inferirse de las circunstancias, las cuales así mismo, pueden descartar de plano la posibilidad de impugnar la operación por error de la sustancia".

327. De esta manera, desde el punto de vista del Código Civil, el error sobre la sustancia recae sobre las calidades esenciales de la prestación debida. Dichas calidades esenciales son aquellas que identifican el objeto y permiten distinguirlo de otros, para lo cual debe tenerse en cuenta lo que es normal en el comercio jurídico y la voluntad de las partes. En efecto, puede suceder que en un caso concreto una calidad que no es normalmente sustancial lo sea para una de las partes, pues es el principal motivo para contratar, y ello es conocido por la otra parte. Es el caso por ejemplo, de un objeto común, pero que una parte quiere adquirir porque perteneció a una persona famosa y ello es conocido por la otra parte. En tal caso si posteriormente dicha calidad no existe puede solicitarse la nulidad por error. Igualmente puede suceder en este caso que para la parte que adquiere el objeto no tenga importancia que el mismo no posea determinada calidad que normalmente es esencial y ello es claro para las dos partes. En tal caso no podrá invocarse un error sobre esta calidad que no es esencial.

328. Por otra parte, en la medida en que la Demandada invoca que el Demandante incurrió en culpa y por ello la nulidad no es procedente, es importante precisar la relevancia que para efectos de anulación por error tiene el hecho de que la parte que incurre en el error haya cometido una culpa. Lo primero que se aprecia al revisar el texto del Código Civil es que el mismo no establece que cuando la causal de nulidad exista la misma debe negarse si hay culpa de quien cometió error, porque si hubiera actuado diligentemente hubiera podido descubrir el error. Lo único que prevé el artículo 1512 del Código Civil es que cuando hay error en la persona del contratante "*la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato*".

329. Ahora bien señala el profesor Hinestrosa que desde el derecho romano se ha afirmado que el error debe ser excusable y agrega que "*el error proveniente de una viveza de quien cae en él, como sería el 'tramposo entrampado', e inclusive, el derivado de una ingenuidad grande, no merece la protección que el derecho le otorga al sujeto que al contratar procede con diligencia, providencia y sagacidad ordinarias, pese a lo cual incurre en error, que así sería calificado de excusable*"[24]. Advierte Hinestrosa que "*a falta de normas que consagren una cohibición o una sanción pecuniaria al contratante incurso en error por negligencia o por avilantez, o la*

[24] Fernando Hinestrosa Forero. Tratado de las Obligaciones. Las fuentes de las Obligaciones. El Negocio Jurídico. Volumen I, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015, p. 1001

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

responsabilidad del contratante que obtiene la nulidad por un error en esas condiciones, la jurisprudencia no pudiendo permanecer indiferente, ha de moverse entre el rechazo de la pretensión, pensando en la máxima 'nemo auditur propiam turpitudinem allegans' o de ilegitimidad de la invocación del hecho propio, y su acogimiento pero abriendo, en esa hipótesis, la posibilidad de que el demandado vencido obtenga la indemnización sufrido con la anulación del contrato"[25].

330. Pero finalmente señala el profesor Hinestrosa[26] que "*(d)e todos modos, la cuestión es de suyo debatible y en la controversia confluyen argumentos normativos, doctrinarios, así que también coyunturales. Para comenzar, está la anotación de que el ordenamiento no previene la excusabilidad del error como requisito de la anulabilidad del contrato; adicionalmente se arguye, en contra de tenerla en cuenta, que 'imponer a cada parte una obligación especial de prudencia y de diligencia implica dificultar peligrosamente al errans, víctima de un error en su declaración de voluntad, la anulación del contrato, con riesgo de que nunca pueda obtenerla'. En fin, se afirma la inconveniencia de enervar la sanción de nulidad y la ventaja de concluir en esta, simplemente con la responsabilidad indemnizatoria del errans, a manera de equilibrio entre las partes, con argumentos de derecho comparado. Debate en el que aflora la inclinación del derecho actual a una flexibilización razonable y equitativa de los remedios aplicables a las anomalías y vicios de los negocios*".

331. En este punto considera el Tribunal pertinente destacar, de una parte, que el Código Civil no dispone que en caso de que se haya incurrido en culpa debe negarse la nulidad. Por otra parte, si se acude a las tendencias internacionales se encuentra que los Principios de Unidroit, a los que ha hecho referencia la Corte Suprema de Justicia colombiana, establecen en su artículo 3.2.2 como causal para que la parte no pueda anular el contrato el hecho de que la misma "*ha incurrido en culpa grave al cometer el error*". En un sentido semejante el artículo 1132 del Código Civil Francés, en la redacción adoptada por la reforma del 2016, establece que el error de hecho o de derecho, a menos que sea inexcusable, es una causa de nulidad del contrato cuando se refiere a las calidades esenciales de la prestación debida o del cocontratante. Por lo demás en Francia se ha señalado que no se puede calificar de inexcusable el error de quien toma la precaución de consultar a un experto quien indica algo que no es correcto[27].

---

[25] Hinestrosa, Ob. Cit. págs. 1002 y 1003.
[26] Hinestrosa, Ob. Cit, págs. 1004 y 1005
[27] Henri Capitant, François Terre e Yves Lequette. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia.. ed Librería del Profesional. Bogotá, 2005. Tomo II, p 33 Comentario a los fallos en el caso Poussin, decidido por la Corte de Casación francesa en sentencias del 22 de febrero de 1978 y 13 de diciembre de 1983.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

332. De esta manera, se concluye que no es posible afirmar que el hecho de que quien incurre en un error haya obrado con culpa debe conducir a que se vea privado de obtener la nulidad, pues la ley no lo establece así y la culpa puede tener diversas consecuencias distintas a la nulidad. A lo anterior se agrega que propio legislador en el caso del error sobre la persona, no excluye la nulidad, sino que lo que establece es una obligación de indemnizar perjuicios. Adicionalmente si se sigue la tendencia de los principios de Unidroit, lo que se requeriría para que no se pudiera invocar el error es que se hubiera incurrido en culpa grave. Es pertinente destacar que el hecho de que no se excluya la nulidad en caso de culpa corresponde a la tendencia del derecho contemporáneo a reconocer la posibilidad de aplicar distintas soluciones a los problemas que se presentan en los contratos, teniendo en cuenta los diversos elementos en presencia.

333. Por lo demás, no sobra señalar que la jurisprudencia de otros países, en particular las cortes francesas, ha aceptado que una parte puede pedir la nulidad de una venta por error, cuando vende una pintura que cree no es de un pintor famoso, porque así lo indica un experto que lo asesora, y despues, una entidad experta en el tema (los Museos Nacionales franceses) la compra, partiendo de la base que la pintura si es del pintor famoso[28].

334. Vale la pena señalar que para sustentar su posición de que debe descartarse la nulidad por error cuando hay culpa de la víctima del error, la Demandada cita la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 2001 que exige que el error sea excusable. A este respecto debe observarse que dicha sentencia se refiere a la posibilidad de que el asegurador invoque la nulidad relativa del contrato de seguro, cuando el tomador no declara sinceramente los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, y a tal efecto establece que ello no es posible, cuando el asegurador "*ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración*". Para el Tribunal esta regla es particular del seguro y tiene en cuenta el carácter profesional del asegurador, por lo que no es extensiva a otros casos.

335. De lo anterior se desprende que el hecho de que la víctima de un error haya incurrido en un error excusable y haya contado con asesoría no significa que no pueda pedir la nulidad.

[28] Sentencias de la Corte de Casación Francesa del 22 de febrero de 1978 y 13 de diciembre de 1983 en el denominado caso Poussin. Ver al respecto: Henri Capitant, François Terre, Yves Lequette. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia.. ed Librería del Profesional. Bogotá, 2005. Tomo II, ps. 17 y s.s

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

336. Partiendo de lo anterior es entonces precisar la forma como el vicio del consentimiento del error puede proyectarse sobre la liquidación de un contrato, para lo cual es necesario establecer, de una parte, cuál es el contenido sustancial de una liquidación y de la otra, en qué puede consistir el error sobre dicho contenido.

337. A este respecto debe tenerse en cuenta que sobre el concepto de liquidación de un contrato ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente[29]:

> *"Por tanto, de acuerdo con el lenguaje común, liquidar un contrato es ajustar, saldar, pagar o determinar el valor de las acreencias y de las deudas correspondientes al mismo, así como ponerle fin a los derechos y obligaciones que derivan de la fuente contractual.*
>
> *De forma congruente con su significado literal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado que la liquidación de un contrato estatal es un 'procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución'. En términos generales, 'se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes'[30] .*
>
> *"En idéntico sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha definido en un número plural de ocasiones que 'la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial'[31]*
>
> *"Durante la liquidación se definen 'los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar', razón por la cual en el acta respectiva se hacen constar 'los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo' (artículo 60, Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32, Ley 1150 de 2007 y artículo 217, Decreto 0019 de 2012).*
>
> *"La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de*

---

[29] Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016 Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253)
[30] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001, Radicado 1365.
[31] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. n. º 16.370

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado. Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, debe dar fe de su estado económico y de los derechos y obligaciones de las partes; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a satisfacción de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual."

338. De esta manera, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que corresponde a la sustancia de la liquidación es el hecho de que por ella las partes contratantes establecen "*con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado*". Ella "*Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, debe dar fe de su estado económico y de los derechos y obligaciones de las partes; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a satisfacción de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual*".

339. Ahora bien, teniendo en cuenta lo que es sustancial de una liquidación, para que proceda la nulidad de un acto jurídico por error debe acreditarse el error sobre dichos aspectos.

340. En este punto ha de recordarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de agosto de 1936 señaló[32]:

"Para que prospere la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio del consistente en error sobre la identidad específica de la cosa (art. 1510 in fine), es necesario la prueba de tres elementos, a traves de los cuales el juzgador pueda deducir que hubo error en el consentimiento de uno de los contratantes; Que se tuvo una determinada creencia; que sea creencia no correspondíó a una realidad; y que esa creencia fue determinante, es decir que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar"

341. De esta manera, de acuerdo con la Corte, el error como vicio del consentimiento se caracteriza porque una parte tuvo una determinada creencia, pero esa creencia no correspondía a la realidad, y la misma ha sido determinante para celebrar el contrato.

[32] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J. tomo XLIV, p. 425

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

342. Teniendo en cuenta lo anterior es claro que frente a una liquidación puede existir un error en la sustancia, en lo que se refiere al contenido de la misma, es decir al establecer la realización de las prestaciones mutuas a que se comprometieron las partes, quién le debe a quién y cuánto, y el estado de los derechos y obligaciones de las partes.

343. De este modo, en la práctica pueden presentarse diversos errores en la liquidación de un contrato. Así, por ejemplo, puede ocurrir que existiendo varios contratos entre dos partes, una de ellas entienda que se está liquidando uno, cuando en realidad se liquida otro.

344. Igualmente, puede ocurrir que al liquidar el contrato no se incluyan todas las partidas correspondientes o se incluyan algunas que no lo son, lo que arrojara un error en la liquidación.

345. De la misma manera habrá un error si las partes al liquidar alteran por error el contenido del negocio que habían celebrado.

346. Ahora bien, ha señalado la doctrina que para que se pueda entender acreditado el error es necesario que el mismo sea reconocible, es decir se pueda concluir que la parte incurrió en un error.

347. A este respecto el profesor Hinestrosa señala que "*No lo dice expresamente nuestra ley, como sí el codice civile en art. 1433, pero fuera de dudas está que ninguno de estos errores puede ser alegado si no es reconocible*". A tal efecto, el profesor Hinestrosa cita a Barcellona, quien expresa que "*El error es reconocible cuando de las circunstancias, de los comportamientos, etc., presentes en el supuesto de hecho en sentido lato se sigue, de acuerdo con el criterio de la 'expresividad normal', que el errante atribuye al negocio un significado distinto de aquel que resulta con base en las reglas de interpretación. La reconocibilidad, pues, más que un juicio sobre la posibilidad de conocer el error, denota la adecuada manifestación del error o, mejor, del punto de vista del errante. Reconstruida en estos términos la función y el alcance de la disciplina de la reconocibilidad, debería ser fácil concluir que la posibilidad de conocer o el conocimiento efectivo de la contraparte no adquieren relieve alguno en el juicio sobre la relevancia del error*".

348. Desde esta perspectiva se puede concluir entonces que para que quede demostrado el error no es necesario que una parte sea consciente de que su contraparte incurre en el error, sino que de las circunstancias se desprenda que la parte que invoca el error le atribuyó al objeto unas condiciones sustanciales distintas a las que realmente tiene.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

349. En esta medida podría haber un error relevante en una liquidación cuando se establezca que una parte malinterpretó el negocio jurídico que se celebró y se liquida bajo dicho supuesto o se parte de información equivocada acerca de cómo se ejecutó.

350. En todo caso el análisis de la disciplina del error en las liquidaciones no es completo si no se tiene en cuenta que en ellas pueden existir transacciones, las cuales están sujetas a reglas particulares en materia de nulidad. En efecto de conformidad con el artículo 60 de la ley 80 de 1993, en *"el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*".

351. Por consiguiente, si bien la liquidación puede simplemente contener una relación de las prestaciones ejecutadas, lo que se pagó y quien debe a quien, puede suceder que en la liquidación conste una transacción entre las partes.

352. A este respecto es pertinente señalar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre la noción de transacción lo siguiente[33]:

> *«El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que 'es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual'. De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado que son tres los elementos estructurales de la transacción, a saber: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII,135). Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» (CSJ SC, 29 oct. 1979, G. J. t.CLIX, pp. 301 a 305)"*

353. Por consiguiente, para que a la luz de las reglas del Código Civil exista una transacción es necesario que exista una discrepancia entre las partes; que las partes hayan expresado su intención de ponerle fin a la controversia, y que se hagan concesiones reciprocas.

---

[33] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de junio de 2022, Radicación n.º 11001-31-03-009-2013-00173-01
.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

354. Vale la pena destacar que el artículo 2469 del Código Civil establece que "*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa"*.

355. Por consiguiente, cuando no existe controversia sobre el derecho sobre el cual versa la transacción, en el fondo el negocio no será una transacción. Así lo señalaba la doctrina[34] que cita don Andrés Bello, en su proyecto de Código Civil[35], que advertía que si no había controversia podía haber otro contrato, como es una liberalidad, pero no una transacción.

356. Teniendo en cuenta lo anterior, y en relación con el negocio jurídico de liquidación cuya validez se impugna encuentra el Tribunal que el mismo contiene una transacción, pues se cumplen las condiciones que la definen.

357. En efecto, si bien en el Acta no se indica expresamente que se trate de una transacción se encuentra que existió una controversia real entre las partes acerca de las sumas que debían reconocerse al contratista.

358. En efecto, en el Acta de Liquidación firmada no hace referencia explícita a una controversia entre las partes, pero se señala en su punto quinto que las "*partes han dado inicio a las mesas de trabajo encaminadas a acatar cabalmente la decisión del Consejo de Estado y en consecuencia liquidar el contrato*" y en el punto octavo, que las partes decidieron ampliar el plazo de liquidación por dos meses más. Así mismo en la Contestación a la Reforma a la Demandada, la Demandada expresó al "*recordar el recorrido que condujo al negocio atacado*"[36], lo siguiente

> *"4.13.11…*
>
> *"(i) Con el fin de cumplir con la orden impartida por el H. Consejo de Estado, las Partes decidieron adelantar múltiples mesas de trabajo para determinar a cuánto ascendían las inversiones pendientes por reconocer al Concesionario;*
>
> *"(ii) Para tal efecto, el Municipio de Pereira contrató asesores externos en asuntos jurídicos y financieros para que lo asistieran en el proceso de liquidación;*
>
> *"(iii) Adicionalmente, de cara a definir el número y/o valor a reconocer al Concesionario, el Municipio de Pereira encomendó a un establecimiento público*

---

[34] M. Troplong. Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Ed chez Charles Hingray, paris, 1846, p 553. Delvincourt. Cours de Code Civil. Tome III. Imprimerie du Moquet. Paris 1824. P 137. Esa era también la concepción de los redactores del Código Civil Francés y de los autores clásicos del derecho civil francés, ver Laurent POULET, Transaction et protection des parties. Ed. LGDJ, Paris 2005, p 76 y 77

[35] Andrés Bello. Obras Completas. Tomo 16. Proyecto de Código Civil. P. 985 siguientes.

[36] Numeral 4.13.11 de la Contestación a la Demanda Reformada.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

adscrito a la administración municipal (Infipereira) la valoración del modelo financiero y la definición del método de valoración financiera idóneo para reconocer las sumas a ENELAR;

"(iv) El Interventor del Contrato de Concesión presentó una pre-acta de liquidación a las partes, la cual (como se lee en las consideraciones de la misma) fue objeto de comentarios y observaciones por el Municipio, los cuales, una vez fueron atendidos, se procedió a suscribir el negocio jurídico.

"(v) Luego de múltiples deliberaciones de las Partes, en lo jurídico y lo financiero, el Municipio de Pereira (a través de su alcalde, asesores externos y funcionarios) acogió íntegramente las recomendaciones del establecimiento público municipal Infipereira, no solo en cuanto a las sumas por reconocer a ENELAR, sino también en el método de valoración financiera idóneo para ello, descartando la TIR y, a su turno, acogiendo el método de inversiones pendientes de amortizar

(vi) Allí mismo, el Municipio desistió de toda reclamación en contra del Concesionario y lo declaró a paz y salvo por todo concepto, renunciando a cualquier reclamación judicial o extrajudicial frente al negocio jurídico de liquidación bilateral y, desde luego, el Contrato de Concesión No. 01 de 1999"

"…

"4.13.13. Fue la propia Convocante la que impulsó (desde la dirección del negocio estatal que le asiste por mandato legal) las mesas de trabajo para definir las sumas a reconocer y la que encargó a Infipereira a que realizara la valoración del modelo financiero, la que además acogió no solo las recomendaciones de ese Instituto sino la de sus propios asesores externos jurídicos y financieros, y la que plasmó libremente en el acta de liquidación la liberación de Enelar por cualquier concepto, incluyendo, desde luego, el debate sobre las inversiones no realizadas".(se subraya)

359. Adicionalmente a la Demanda Reformada se anexó el Informe de Revisión del Modelo de Reclamación del Concesionario[37] en el que se indica un valor total de la reclamación de $16.140.030.69, el cual fue ajustado con diferentes criterios por quienes lo revisaron para llegar a un valor de $11.344.153.249.

360. Así mismo, en el Informe de Infipereira, que constituye uno de los anexos de la liquidación, se hace referencia a los métodos de valoración de inversiones, y allí se analizan el método de amortización; el modelo financiero – TIR del alumbrado público período 2009/2014, tomando en cuenta las inversiones realizadas por el inversionista

[37] Anexo 1.16. A-17 ANEXO 5 Informe de revisión del modelo financiero - INFIPEREIRA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

hasta el año 2009, y el método PRI (Período de recuperación de la Inversión) para el cual también se toman las inversiones realizadas en el período 1998-2009.

361. Todo lo anterior indica que de un lado, existió una discrepancia entre las partes acerca de los derechos que debían reconocerse al contratista durante la liquidación; de otro lado, que las partes a través de la liquidación buscaron poner fin a dicha controversia, y, finalmente, que para hacerlo, procedieron a buscar una fórmula que contenía concesiones reciprocas, en la medida en que se discutieron varias fórmulas para llegar a la conciliación y finalmente se incluyó la que en opinión de quienes actuaban como asesores del Municipio consagraba el menor reconocimiento a favor del Contratista.

362. Por lo anterior prospera la excepción que la Demandada formuló "*Naturaleza Transaccional de la Liquidación Bilateral*".

363. Si se tiene en cuenta que en este punto existió una transacción en la liquidación cuya nulidad se solicita, es entonces necesario hacer referencia a las reglas legales que regulan la nulidad de las transacciones.

364. En principio si bien la transacción es un negocio jurídico que por ello se sujeta a las reglas jurídicas que rigen todos los contratos, incluyendo por consiguiente las que regulan la nulidad, el legislador, siguiendo el Código Civil Francés, consideró necesario establecer algunas reglas relativas a la nulidad de las transacciones, que por ser especiales deben aplicarse de preferencia.

365. En este sentido el artículo 2476 del Código Civil dispone que es nula "*la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia*". Así mismo el artículo 2477 ibidem. establece que es nula la transaccion celebrada en consideración de un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.

366. Igualmente prevé el artículo 2478 del Código Civil que es nula la transaccion si "*al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir".*

367. Adicionalmente el articulo 2479 del Código Civil prevé que la transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige, por lo cual si se cree transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

368. También dispone el artículo 2480 del Código Civi que el "*error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir, anula la transacción*."

369. Por otra parte, precisa el artículo 2481 del Código Civil que el error de cálculo no anula la transacción y solo da derecho a que se rectifique el cálculo.

370. Finalmente, el articulo 2482 del mismo estatuto establece que si "*constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas*". Agrega la disposición que en "*este caso el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria"*.

371. Teniendo en cuenta lo anterior debe observarse que el Código Civil regula los errores que pueden afectar la transacción, y en particular toma en cuenta si existieron documentos falsos, o se partió de un negocio que despues fue anulado, o se desconocen documentos que acreditan que una de las partes no tiene el derecho o se celebra con una persona distinta a aquella con quien se quería celebrar.

372. Es pertinente destacar que el Código Civil solo permite invocar documentos auténticos para controvertir la transacción, cuando los mismos claramente acreditan que la parte no tenía derecho al momento de la transacción y eran desconocidos por la parte cuyos derechos favorecen.

373. En el presente caso es claro que los documentos en que se funda el Municipio para soportar su interpretación eran conocidos por las dos partes y es con base en los mismos que ellas llegaron al acuerdo transaccional, por lo que no procede la rescisión por razón de la discrepancia que pudiera existir sobre el alcance y contenido de los documentos.

374. De esta manera no se encuentran acreditados los errores que la ley consagra como vicios de la transacción.

375. A lo anterior debe agregarse que para que pueda decretarse la nulidad por error es necesario que el mismo esté probado. A este respecto debe partirse de la base que el servidor público al realizar la liquidación entendió que la misma se ajustaba a lo que dispone la ley y el contrato, y si ello no es así, debe concluirse que el mismo se equivocó o que lo hizo intencionalmente, evento este último que no ha sido planteado en este proceso. Si se equivocó incurrió en un error.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

376. De esta manera para acreditar el error debe demostrarse claramente que lo establecido en la liquidación no corresponde a lo que debe ser de acuerdo con el contrato.

377. Desde este punto de vista se advierte, en primer lugar, que el Contrato no era claro en esta materia. En efecto, en el texto original del Contrato firmado por las partes[38] se previó en la cláusula primera que el Concesionario tendría a su cargo la prestacion del Servicio de Alumbrado Público, y en la cláusula tercera que el Municipio debía garantizar la transferencia de los recaudos por concepto de tarifa de Alumbrado Público. No se pactó expresamente en el Contrato un límite a los ingresos que podía recibir el contratista. Por otra parte, en la cláusula décima sexta, que regula la terminación unilateral, se estableció como causal de terminación "*6. La Declaratoria de nulidad del acuerdo No. 125 de 1998 del Honorable Concejo Municipal de Pereira, dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral, excepto en el caso que la ley contemple la posibilidad de su continuación bajo estos eventos o no prevea como causal de terminación la declaratoria de nulidad del acto administrativo en el cual se fundamenta el contrato de concesión".* Así mismo se indicó: "*En caso de que se requiera terminar unilateralmente el contrato, se realizará una valoración de las inversiones realizadas y no recuperadas, incluyendo los respectivos costos de capital que se liquidarán con el interés legal civil, los cuales deberán ser reconocidos por el municipio para la liquidación del contrato" (se subraya).* De esta manera, en la etapa inicial del contrato, en su redacción original, en caso de terminación anticipada del contrato por razón de la nulidad del acuerdo del Concejo Municipal de Pereira, debía reconocerse en la liquidación las inversiones realizadas y no recuperadas.

378. Por otra parte, en el contrato adicional No 2 del 5 de noviembre de 2009[39] se adicionó un parágrafo a la Cláusula Décima Séptima del Contrato con el fin de establecer un sistema fundado en la TIR para mantener el equilibrio del Contrato. A tal efecto se dispuso lo siguiente:

> *"CLAUSULA CUARTA : Adicionar un parágrafo a la Cláusula Décima Séptima, "PARÁGRAFO: FLUJO DE CAJA, El flujo de caja ejecutado y proyectado se considera como la directriz económica del contrato de concesión, pues contiene los costos en que incurre el concesionario. El flujo de caja se expresará en pesos corrientes y se deberá actualizar anualmente por parte del concesionario para aplicar los valores reales de los indicadores macroeconómicos pertinentes (IPP, IPC), el crecimiento del sistema así como los gastos externos a la concesión como son los gastos de energía facturación, costos de fiducia e interventoría. En ese control anual, con la aplicación de indicadores reales y costos reales, se deberá*

[38] 11. PRUEBA 2-CONTRATO DE CONCESION 01 DE 1999
[39] 13. PRUEBA 4-CONTRATO ADICIONAL AL CONTRATO DE CONCESION 02 DE 1999

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

actualizar el recaudo requerido por el proyecto para el mantenimiento de los costos contractuales pactados. En caso que existan excedentes superiores a la TIR máxima establecida, esos excedentes deberán destinarse para expansión por parte del concesionario, cuyas obras serán establecidas por el municipio y concertadas con el concesionario, mientras que si el recaudo real es insuficiente para las necesidades del proyecto, Las partes buscaran los mecanismos que garanticen el equilibrio financiero del proyecto, En todo caso, se debe mantener el equilibrio económico para las partes, y se debe garantizar una TIR máxima del 15% y mínima del 14%." (se subraya).

379. Ahora bien, cuando se declara la nulidad del Contrato por razón de la nulidad del acuerdo municipal, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2014 precisó que la declaratoria de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, en la medida en que de acuerdo con la ley 80 de 1993 es viable el pago de las prestaciones cumplidas que hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer un interés público. Así mismo señala que debe tener lugar la aplicación la cláusula de reversión.

380. Ahora bien, los testigos Benjamín Fernández y Gabriel Vallejo, quienes participaron en la elaboración del informe de Infipereira sobre el valor a reconocer en la liquidación señalaron que en este no se utilizó la TIR porque era imposible hacerlo si no se tiene una inversión inicial. Así mismo, el perito Jorge Arango, presentado por la Demandada, sostuvo que no era posible calcular técnicamente la TIR, pues no existía una inversion inicial, para lo cual manifestó fundarse en la doctrina en la materia. Desde esta perspectiva la fórmula contractual era inaplicable. En todo caso es de advertir que como lo señala el señor Agente del Ministerio Público, existen en el expediente otros cálculos que toman en cuenta la TIR, pero que desde el punto de vista del perito presentado por la Demandada son incorrectos, porque no hay realmente una inversión inicial.

381. Teniendo en cuenta lo anterior, en el expediente existen diversas estimaciones de cuál seria el valor correcto de liquidación.

382. En efecto, por una parte, se encuentran las distintas posiciones que se analizaron en el Informe de Infipereira[40], en el cual, en primer lugar, se determina el valor de liquidación calculando el valor de las inversiones pendientes por recuperar teniendo en cuenta las reglas de amortización del Estatuto Tributario, lo que arroja un valor de $5.477.435.546. En segundo lugar, se acude a la TIR del alumbrado público para el período 2009/2014, lo cual arroja un valor de $6.053.535.016. En tercer lugar se

[40] 4. ANEXO 4-PRUEBA6- INFORME FINANCIERO INVERSIONES REALIZADAS NO RECUPERADAS -INFIPEREIRA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

acude a la valoración de inversiones por el método PRI, para lo cual se toman las inversiones realizadas en el período 1999-2009, lo cual arroja un valor de $7.719.623.300. Así mismo se acude al Modelo Financiero TIR 2009-2014 Inversiones Metodo PRI, para el período 2009-2014, el cual arroja un valor de $10.723.535.016. Todos estos valores son a favor del Contratista.

383. Por otro lado, obra en el expediente el Informe Financiero de Asesoria y Consultoría Integrales de Proyectos S.A.S. (en adelante Informe de Proyecta)[41], que señala que ninguno de los tres ejercicios de Infipereira (Método de Amortización, Modelo Financiero– TIR del alumbrado Público periodo 2009/2014, Modelo Financiero TIR 2009-2014 Inversiones Método PRI) tiene validez[42] y precisa que si se tuviera en cuenta solo las inversiones que hace el concesionario con recursos propios, de acuerdo con lo que se infiere del flujo de caja real ejecutado a 2010, el valor de la inversión a 2009 en precios corrientes sería de -2.284,10. Agrega que si se realiza el mismo calculo de Infipereira, es decir, se lleva a precios constantes de 2009 la inversión realizada hasta ese año y se amortiza, teniendo en cuenta los 20 años de duración de la concesión y el periodo que a 2009 faltaba por amortizar, es decir 10 años, el resultado de Proyecta es de -195,68. Finalmente Proyecta realiza su propio cálculo y considera que "*el valor presente de los flujos de caja libres a 2016 recibidos por la concesión y que superaban la remuneración contractual razonable se estiman en $8.286 millones*", lo que considera es el valor de la reclamacion por parte del municipio.[43]

384. Por su parte en su concepto[44] el señor Agente del Ministerio Público considera que "*para el primer periodo contractual, esto es, 1999 a 2009 solo se debían reconocer dichas inversiones realizadas con recursos propios y no amortizadas y respetar el porcentaje de las utilidades proyectadas en la propuesta. Ahora bien, en el periodo posterior, solo debe reconocerse dicho porcentaje pactado de TIR tomado sobre la base de las inversiones a realizar a partir de ese momento aun cuando se pactó que estas se harían con los propios flujos del proyecto y no con recursos propios que propone una fórmula distinta*".

---

[41] 16. PRUEBA 7-INFORME FINANCIERO FINAL LIQUIDACION CONTRATO DE CONCESION
[42] 16. PRUEBA 7-INFORME FINANCIERO FINAL LIQUIDACION CONTRATO DE CONCESION, p. 38
[43] 16. PRUEBA 7-INFORME FINANCIERO FINAL LIQUIDACION CONTRATO DE CONCESION, p 45
[44] Concepto del Ministerio Público, p. 20

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
PBX: 3387800 Nit. 891.400.669-6 Sede Principal Cra. 8 #23-09 Pereira, Colombia
www.camarapereira.com

385. Todo lo anterior da lugar a una gran incertidumbre que no permite establecer cuál es el valor real e impide afirmar con certeza que existe un error en la suma fijada en la liquidación.

386. Por lo anterior concluye el Tribunal que la pretensión de nulidad por error de la demandante debe negarse.

5.1.4.2 La desviación de poder y la causa ilícita

387. En relación con la desviación de poder debe recordarse que la misma se presenta cuando el órgano competente actúa con finalidades distintas a las que ha fijado el ordenamiento jurídico, que en principio son las que corresponden a los fines que le fija la Constitución y la ley de manera general a la administración pública (la satisfacción del interés general, el respeto de los derechos fundamentales, la prestación del servicio público), o las que establece el ordenamiento jurídico para el caso concreto.

388. En este sentido ha dicho el Consejo de Estado[45]:

> *"Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente.*
>
> *"Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce.*
>
> *"Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la*

[45] Consejo de Estado, Sección Primera Sentencia del siete (7) de junio de dos mil doce (2012) Radicación número: 66001-23-31- 000-1998-00645-01

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario".

389. Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-456-98 señaló:

> *"En consecuencia, el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia."*

390. Es claro desde esta perspectiva que la desviación de poder no cobija el caso en que el servidor público comete un error que afecta a la administración, pues ello no significa que su intención sea actuar en contra del interés que debe perseguir.

391. Ahora bien, para que la desviación de poder pueda declararse la misma debe acreditarse. Así en providencia del 22 de febrero de 2018 el Consejo de Estado expresó[46]:

> *"Demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión"*

392. En el presente caso, el argumento de la Demandante es que la liquidación del contrato se hizo para favorecer los intereses del contratista en desmedro del interés público.

393. Ahora bien, no encuentra el Tribunal que dicha circunstancia se encuentre acreditada en el expediente.

394. En efecto, en primer lugar no aparece acreditado que haya existido una decisión de una autoridad competente que haya reconocido que en el Acta de Liquidación los servidores que participaron en la misma actuaron con un interés distinto al que correspondía.

---

[46] Consejo de Estado sección segunda del 22 de febrero de 2018.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1
PBX: 3387800 Nit. 891.400.669-6 Sede Principal Cra. 8 #23-09 Pereira, Colombia
www.camarapereira.com

395. En segundo lugar, tal desviación de poder tampoco se desprende del acta de liquidación. En efecto, como se señaló en otro aparte de este Laudo, *"la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial…Durante la liquidación se definen 'los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar', razón por la cual en el acta respectiva se hacen constar "los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo" (artículo 60, Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32, Ley 1150 de 2007 y artículo 217, Decreto 0019 de 2012)*".

396. Desde esta perspectiva al examinar el acta de liquidación, tomando en cuenta los hechos que se acreditaron en el proceso, se advierte que lo que ocurrió es que al determinar los reconocimientos que deberían hacerse se presentó una controversia sobre la suma que debía reconocerse al contratista por razón de la terminación del contrato, habida cuenta que las reglas incluidas en el negocio jurídico no eran claras, en particular en lo que se refiere a la forma de determinar la TIR en este caso concreto. Ante dicha discrepancia se optó por la fórmula contenida en el acta de liquidación, que implica una transacción entre las partes, cuya validez no ha sido desvirtuada.

397. Finalmente, de las restantes pruebas aportadas al proceso no se desprende que los servidores públicos que realizaron la liquidación hayan actuado con una finalidad distinta a la prevista en la ley para la liquidación.

398. Por consiguiente, no está acreditada la desviación de poder y por la misma razón no está acreditada la causa ilícita.

399. Por tal razón se negará la pretensión primera de la Demanda Reformada.

400. Como quiera que las pretensiones segunda, tercera y cuarta son consecuenciales de la pretensión primera, las mismas corren la misma suerte de esta última y por ello se niegan.

6 LA CONDUCTA DE LAS PARTES Y LAS COSTAS

6.1 CONDUCTA DE LAS PARTES

401. Conforme a lo señalado al final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal observa que a lo largo del proceso las partes y sus apoderados obraron conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

buena fe, y con apego a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no hay lugar a la deducción de indicios en su contra.

6.2 JURAMENTO ESTIMATORIO

402. El artículo 206 del Código General del Proceso señala que "*quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos*".

403. Así mismo el Código establece que "*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada" (inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).* Agrega el parágrafo del mismo artículo que *"También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*."

404. De esta manera, la imposición de sanciones procede en dos casos: cuando "*la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada*", o cuando se niegan "*las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios*". En la medida en que norma es sancionatoria es claro que su interpretación es restrictiva y no procede la aplicación de sanciones en otros supuestos.

405. Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que en el presente caso no se niegan las pretensiones por falta de prueba de las sumas estimadas, sino por la imposibilidad legal de decretar la nulidad.

406. Por lo anterior, es claro que no proceden las sanciones previstas por la ley en relación con el juramento estimatorio.

6.3 COSTAS

407. El artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral primero determina que "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"*.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

408. Ahora bien, en el presente caso los honorarios de los árbitros y los demás costos del del proceso los asumió la Demandante, por ello no hay lugar a condena por estos conceptos.

409. En cuanto se refiere a las agencias en derecho, debe observarse que si bien el artículo 366, numeral 4o, del Código General del Proceso dispone que *"(p)ara la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura"*, dicha norma no es directamente aplicable al proceso arbitral, pues la Ley 1563 de 2012, que remite a diversas disposiciones de dicho estatuto procesal, no incluye ninguna referencia al articulo 366, numeral 4º, del Código General del Proceso. A lo anterior se agrega que de conformidad con el artículo 119 de la ley 1563 de 2012, esta última ley "*regula íntegramente la materia de arbitraje*", lo que implica que este cuerpo normativo y las disposiciones a las que el mismo remite son las que rigen el arbitraje y no otras. Lo anterior obviamente salvo que exista un claro vacío en la ley arbitral, evento en el cual podría acudirse al Código General del Proceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de dicho estatuto, lo que claramente no se presenta en este caso.

410. Es pertinente además destacar que el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco hace referencia al proceso arbitral.

411. Ahora bien en sentencia del 12 de julio de 2021[47] la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló un laudo arbitral porque consideró que "*el tribunal de arbitramento dispuso sin razonamiento y justificación alguna que las agencias en derecho equivalían al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de un árbitro*". Así mismo señaló que se advierte "*la configuración de un fallo en conciencia por parte de los árbitros, en la medida que no tuvieron en cuenta los parámetros ciertos y objetivos que establecen tanto en el artículo 366.4 del Código General del Proceso, como el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura*" . Agregó el Consejo de Estado que "*el panel arbitral profirió en este punto una decisión basada en la convicción interna de los árbitros, que carece completamente de justificación y adecuación normativa al estar soportada en su leal saber y entender*". Por lo anterior declaró la nulidad de la condena en agencias en derecho porque "*fue adoptada por el panel arbitral sin razonamiento ni justificación jurídica alguna*".

[47] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2021, radicación 11001-03-26-000-2021-00005-00 expediente 66403

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

412. A este respecto debe observarse que con posterioridad, en providencia del fecha 26 de enero de 2023 la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura no son aplicables a los procesos arbitrales para lo cual expresó[48]:

> *"… el recurrente señala que la tasación de las agencias en derecho no tuvo en cuenta el numeral 4 del artículo 366 del CGP ni el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.*
>
> *"19.- Es cierto que el numeral 4 del artículo 366 del CGP indica que <<deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura>>. En todo caso, la decisión no comportaría un apartamiento manifiesto o evidente del derecho aplicable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura Esta norma no señala que sea aplicable a los procesos arbitrales: <<ARTÍCULO 1º. Objeto y alcance. El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo>>".(se subraya)*

413. A la luz de lo expuesto el Tribunal concluye que el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura no es aplicable a los procesos arbitrales y que en todo caso es pertinente justificar el monto de la condena en agencias en derecho

414. A este respecto es pertinente señalar que, como lo ha indicado el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo mencionado, las agencias en derecho "*corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente*". Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que en el proceso arbitral existe un parámetro para remunerar el trabajo que se desarrolla en el mismo y son las tarifas que determinan los honorarios de los árbitros. En efecto, dichas tarifas buscan remunerar en forma adecuada la labor que estos desarrollan.

415. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que como quiera que los árbitros y los abogados realizan un trabajo equivalente, es lógico tomar como patrón de referencia para fijar las agencias en derecho los honorarios fijados a los árbitros. Por lo anterior, el Tribunal concluye que en el presente caso las agencias en derecho que debe pagar

[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 26 de enero de 2023. Expediente 11001-03-26-000-2022-00131-00 (68550) Rad. 68550.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

la demandante son equivalentes a los honorarios fijados en este proceso para uno de los árbitros.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias entre el **MUNICIPIO DE PEREIRA,** como convocante, y la **SOCIEDAD ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA S.A E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A. E.S.P.),** como convocada, habilitado por las partes y por autoridad de la ley, en derecho,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Negar las excepciones de "*Falta de Competencia por indebida constitución del Tribunal*" y "*Caducidad de las pretensiones tercera y cuarta*".

SEGUNDO: Declarar probada la excepción denominada "*Naturaleza Transaccional de la Liquidación Bilateral*".

TERCERO: Negar las pretensiones de la Demanda Reformada presentada por el Municipio de Pereira.

CUARTO: Condenar al MUNICIPIO DE PEREIRA a pagar a título de costas a la SOCIEDAD ENERGÍA Y ALUMBRADO DE PEREIRA S.A E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A. E.S.P.), el valor fijado en el presente proceso como honorarios a un árbitro, esto es la suma de seiscientos sesenta y tres millones doscientos mil pesos ($663.200.000)

QUINTO: Abstenerse de imponer sanción por razón del juramento estimatorio por las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria.

SÉPTIMO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual el Presidente del Tribunal hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

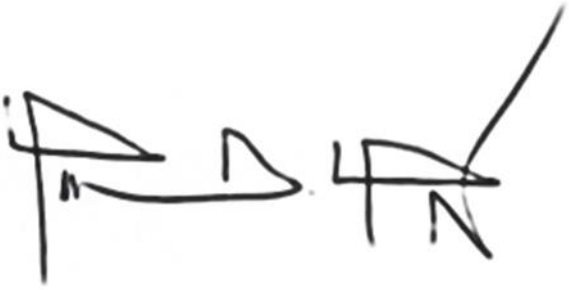
OCTAVO: De conformidad con el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, el Presidente del Tribunal procederé a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta de los mismos, restituyendo a la Demandante los remanentes a que hubiere lugar.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho
icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1

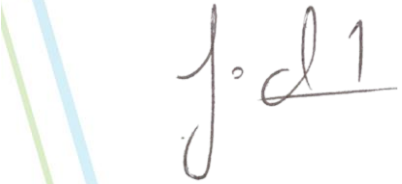
NOVENO: Ordenar que en la oportunidad que corresponda se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira.

DÉCIMO: Ordenar que por secretaría se haga entrega a cada una de las Partes de un ejemplar auténtico de este Laudo con las constancias de ley.

Dado en Pereira, a los 21 días del mes de agosto de 2024



HERNANDO HERRERA MERCADO
Árbitro



JOSE ANTONIO LEMA GONZALEZ
Árbitro



JUAN PABLO CARDENAS MEJIA
Presidente



LUZ CLAUDIA CORREA GONZALEZ
Secretaria

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

icontec ISO 9001 Certificado SC 1822-1