

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL ÁRBITRO RAMIRO BEJARANO
GUZMÁN, AL LAUDO DICTADO EL DÍA 24 DE JUNIO DE 2009, PARA
DIRIMIR LAS CONTROVERSIAS ENTRE ENELAR S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO
DE GUADALAJARA DE BUGA.**

Con la debida consideración y respeto que merecen mis distinguidos colegas, expreso mi disentimiento parcial de algunas de las decisiones del laudo, en particular de todas aquellas que declararon la ruptura del equilibrio económico del contrato celebrado entre las partes, y las consecuenciales condenas impuestas, las cuales quedaron consignadas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la parte resolutive de la citada providencia, porque en mi sentir no debió imponerse condena alguna al Municipio de Guadalajara de Buga, no sólo porque no se probaron los elementos estructurales del desequilibrio económico, sino tampoco la consecuencia económica o cuantías del supuesto daño.

I.- Explicación del salvamento de voto respecto de las decisiones contenidas en los numerales 3, 4 y 5 de la parte resolutive y los fundamentos de la mayoría del Tribunal, relacionados con la pretensión vinculada a los usuarios no facturados por EPSA.

En los numerales 3 a 5 de su parte resolutive, el laudo ha declarado que el Municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión celebrado con ENELAR “*quebrantado como consecuencia de la no transferencia del Municipio a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión, una suma equivalente al total de la facturación recaudada directamente o por convenio con terceros de los usuarios cuyo tributo no recauda EPSA, desde el mes de enero de 2006, fecha en que entró a regir el Acuerdo del Concejo Municipal No. 036 de 2005.*” Como consecuencia de esa preliminar declaración, se ha condenado al Municipio a pagar por concepto de capital la suma de \$ 308. 204. 364. oo, y, adicionalmente, se ha dispuesto que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, el Municipio deberá transferir “*.. a la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el laudo y hasta la fecha en que termine el contrato, mes a mes, el valor total de lo que efectivamente recaude de los usuarios del servicio de alumbrado público no regulados*”.

El laudo del que disiento partió del supuesto de que debía procederse de la manera que quedó consignada mayoritariamente, porque “*conforme a la cláusula sexta del contrato de concesión las partes convinieron que la remuneración del contratista estaba representada*

en “los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, durante el tiempo de vigencia del Contrato y desde la iniciación del mismo” sin que al respecto se hubiera hecho salvedad o se hubiera acordado excepción alguna. Obsérvese que la remuneración se acordó sobre el valor total de la facturación mensual.”

No comparto tal planteamiento, porque está fundado en un entendimiento extensivo de la cláusula sexta del contrato que resulta abiertamente errado. La mayoría del Tribunal entendió que toda la facturación del servicio del alumbrado público durante el tiempo de vigencia del contrato, debía ser trasladado o recaudado finalmente por ENELAR, no solamente lo relacionado con los usuarios facturados por EPSA, sino los facturados por cualquiera otro. Tal analogía extensiva no coincide con los intereses del Municipio, porque de acuerdo con el contrato, lo expresamente pactado se concretó exclusivamente al recaudo de los usuarios facturados por EPSA, no por los demás, respecto de los cuales no hay cláusula contractual alguna que le imponga tal obligación a cargo del Municipio.

Para el árbitro que disiente lo que es obvio es suponer que cuando en la cláusula sexta del contrato se estaba hablando de *“los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, durante el tiempo de vigencia del Contrato y desde la iniciación del mismo”* era solamente respecto de los usuarios facturados por EPSA, porque fueron éstos los previstos contractualmente. Suponer que el texto de la cláusula incluía no sólo a los usuarios facturados por EPSA sino a cualquiera otro, en forma indiscriminada, es atribuirle un efecto ilegal a las disposiciones contractuales, al extremo de ponerlas a regular lo no previsto por los contratantes.

En efecto, en los pliegos de condiciones iniciales (que después serían las mismas para la invitación pública), se indicó:

“2.14.2 RETRIBUCIÓN

El MUNICIPIO de GUADALAJARA DE BUGA, retribuirá al concesionario el costo mensual del suministro, operación, mantenimiento, renovación y expansión, incluido el valor del consumo del alumbrado público, con el recaudo del servicio del alumbrado público, el cual será facturado por la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA–, recaudado a través del sistema financiero local y administrado por la fiduciaria designada por el concesionario para el manejo de los fondos de esta concesión. Para tal efecto, el Municipio de Guadalajara de Buga cederá al concesionario sus derechos inherentes a la facturación y recaudo del servicio de alumbrado público durante el tiempo de vigencia del contrato de concesión.

Y en el contrato de concesión se pactó:

CLAUSULA SEXTA. Retribución, Forma y Condiciones del Pago. El MUNICIPIO retribuirá a EL CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, renovación, operación y mantenimiento del contrato de concesión, incluido el valor del consumo del alumbrado público. EL MUNICIPIO cede por el presente contrato al CONCESIONARIO los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, durante el tiempo de vigencia del contrato y desde la fecha de iniciación del mismo. **Para estos efectos los ingresos que recaude EPSA E.S.P. por concepto de alumbrado serán entregados directamente por la fiduciaria encargada de su manejo al CONCESIONARIO,** deduciendo el valor correspondiente al suministro de energía eléctrica consumida por el sistema de alumbrado público en el mes inmediatamente anterior. En ningún caso los recursos que se ceden en favor del CONCESIONARIO como consecuencia del presente contrato podrán ser utilizados para cancelar deudas del MUNICIPIO o para otro fin que no sea el pago de la retribución al CONCESIONARIO.”

Así las cosas, no correspondía al Municipio reconocer al concesionario suma alguna por los dineros facturados por otros operadores, pues desde un comienzo tanto en la invitación a ofertar como en el contrato, se previó que la remuneración de la concesión sería con base en lo recaudado por EPSA, ingresos que fueron efectivamente recibidos por ENELAR, por lo que exigir lo recaudado por usuarios no regulados por EPSA, es del todo extraño a las condiciones contractuales pactadas.

Si no existe cláusula contractual expresa, clara e inequívoca que hubiese previsto que en materia del alumbrado de los usuarios no regulados por EPSA, sus recaudos no serían enviados o recibidos por la Fiduciaria y por ende por ENELAR, no hay causa jurídica que sustente esa obligación, que por vía de un fallo judicial ahora se impone a cargo del Municipio.

No hay, por lo demás, una sola regla de interpretación de los contratos, de las previstas en los artículos 1618 a 1624 del C.C.C, aplicables a todo tipo de convención, que permita hacer la interpretación extensiva que se ha hecho en el laudo, para suponer que como se previó que los recaudos de los usuarios regulados por EPSA serían recibidos por ENELAR, ese beneficio o solución se predica también de los no regulados por EPSA.

Lo que el Tribunal ha hecho es, ni más ni menos, crear una obligación a una de las partes, por vía judicial, que no tiene sustento en el contrato que las ata y compromete.

Ahora bien, sostiene el laudo del que disiento, que con base en el dictamen pericial se pueden extraer las siguientes tres conclusiones “(i) hasta antes de la expedición del

Acuerdo 036, Enelar facturaba directamente a los denominados “usuarios no regulados”, (ii) desde la expedición de ese Acuerdo, el Municipio procedió a realizar esa facturación directamente, (iii) sobre la base de la contabilidad del Municipio, se estableció que efectivamente esa facturación se realizó y se acompaña un cuadro (No. 8) en el que consta el valor total de los dineros recaudados por ese concepto”, por lo cual el actor demostró “los sustentos de hecho sobre los cuales edifica su pretensión”.

Sea lo primero señalar que tampoco comparto la tangencial sugerencia del laudo, según la cual como el dictamen pericial no fue objetado por el Municipio, es preciso atribuirle prácticamente el carácter de plena prueba en su contra. La experticia, así como los demás medios de prueba, han de analizarse por el juez libremente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, háyanse o no controvertido. Del mismo modo que no se da por cierto ciegamente el dicho de un testigo por el hecho de que no se le haya contrainterrogado por la parte afectada con su versión, tampoco puede atribuírsele mérito pleno a una pericia sólo porque no fue objetada. De abrirse camino tal tesis, serían los peritos y no los árbitros los definidores de los litigios.

De otro lado, como se ampliará adelante, el muy juicioso dictamen pericial recaudado en el proceso, es un magnífico trabajo acerca de lo que muestran las informaciones suministradas por EPSA a ENELAR, por regla general, pero no acreditan los supuestos perjuicios ni el desequilibrio económico reclamado por la parte actora, como la ha definido el laudo. ENELAR debió haber ofrecido y abierto sus libros y papeles de contabilidad en este proceso, lo cual no hizo, sin que ello hubiese llamado la atención del laudo, pues se tuvieron por probados el desequilibrio económico y sus cuantías, sin que al proceso se hubiese arrimado un solo soporte contable de ENELAR, como lo manda la ley, entre otros los artículos 68, 69 y 70 del C de Co, y el 271 del C de P.C, y el decreto 1798 de 1990. En otras palabras, sin haber mostrado un solo papel de su contabilidad, el laudo del que me separo parcialmente, tuvo por acreditada la cuantía de unas condenas, que jamás se probaron.

Adicionalmente, para el caso de la pretensión que se viene comentando, según el mismo laudo, las bases que se tuvieron en cuenta del referido dictamen pericial provienen de los archivos del Municipio, no de la contabilidad de ENELAR, lo cual confirma la apreciación del suscrito, en el sentido de que la parte actora no ha probado el supuesto desequilibrio ni sus consecuencias económicas. Por lo demás, como lo refirió el mismo dictamen pericial de manera general *“..esta experticia realiza los cálculos solicitados en los numerales del*

cuestionario de la parte convocante tomando en consideración dos aspectos: el primero es aplicando solo el acuerdo municipal (126/97) y el segundo es aplicando el acuerdo municipal que regía en la fecha del cálculo solicitado". Habría sido necesario acreditar, por ejemplo, que en la contabilidad de ENELAR se habían declarado como faltantes las supuestas cifras no recibidas de los usuarios no regulados por EPSA, para que pudiera empezar a abrirse un camino menos azaroso para imponer una declaración y condena como la que se ha decretado. Nada de ello se avizora procesalmente, pues, se insiste, lo que la pericia permitió establecer fue su ausencia total, como se deduce también de este otro aparte del citado trabajo: *"Es necesario aclarar que los cálculos corresponden a las diferentes posibilidades de cobro basándose en los diferentes acuerdos municipales, pero que de ninguna manera constituye la facturación real del municipio, es por esto que, de manera adicional, se presenta lo registrado en la contabilidad del municipio de Buga correspondiente al concepto de tasa de alumbrado público"*. (Cfr pag 30 del dictamen inicial). En otras palabras, si el propio dictamen de manera general admite que lo que hizo fue unos cálculos determinados para enfrentar el Acuerdo No 126 de 1997 con el respectivo Acuerdo que estuviera vigente en cada caso, y si para el evento de la estimación económica de esta pretensión expresó que sus cálculos correspondían a *"posibilidades"* y de ninguna manera a la *"facturación real"*, a juicio del árbitro disidente, no podía concluirse que se produjo un desequilibrio económico por este hecho, ni su cuantificación.

El hecho de que en el dictamen pericial se hubiere establecido que *"hasta antes de la expedición del Acuerdo 036, Enelar facturaba directamente a los denominados usuarios no regulados"* no puede apreciarse como prueba de que tal prestación debía ser recaudada por ENELAR. Mientras el contrato no lo haya previsto, cualquier comportamiento que se hubiese desplegado antes de la expedición del Acuerdo 036, en el sentido de que ENELAR facturara directamente a los usuarios no regulados por EPSA, lo que demuestra es la situación inusual en la que estaba incurso esta entidad, al proceder de la manera que lo venía haciendo sin que mediase autorización contractual o legal para hacerlo. Sorprende que el laudo no hubiese ahondado sobre las razones por las cuales posteriormente se privó a ENELAR de continuar ejecutando tal conducta que no estaba prevista en el contrato, y no hubiere contrastado las consecuencias de que se hubiere rectificado en el curso del contrato ese mismo proceder. Para el laudo lo único apreciable fue que en el pasado ENELAR facturó a los usuarios no regulados, pero nada le dijo el hecho de que esa medida se hubiese suspendido y terminado, precisamente ante la carencia de disposición contractual que la habilitara.

Encuentro igualmente frágil la argumentación del laudo, acerca de que su conclusión está avalada por lo sostenido por el apoderado del Municipio en la audiencia de alegatos, acerca de que respecto *“A los usuarios no regulados que se les está cobrando, entre esos aparecen Carulla, El Ley, varios, ahí si aparece la plata, de la alcaldía aparece esa plata, honestamente sí se ha cobrado eso, sí aparece y se entregará a Enelar.”*.

Tal conclusión riñe abiertamente con la ley y con el dicho *obiter dicta* del citado apoderado. En primer término, el Tribunal, aunque no lo dice claramente, ha atribuido indirectamente al dicho del procurador judicial alcance de confesión, lo cuál está vedado a las entidades públicas como el Municipio de Guadalajara de Buga, al tenor del artículo 199 del C de P.C, el cual de manera que no ofrece dudas dispone que ***“no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos”***.

Como si lo anterior no bastare, téngase presente, además, que lo dicho por el apoderado en la audiencia de alegatos, no puede convertirse en prueba, ni a favor ni en contra suya, pues se trata de alegaciones, es decir la fase final de exposición en un proceso. El artículo 197 del C de P.C establece que la presunción de confesión por parte de apoderado sólo opera de lo dicho en la *“demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101”*, no de lo expresado al calor de un alegato de parte.

Y, como si lo anterior no bastare, adviértase que en el decir del apoderado, al que tanta importancia le atribuyó el laudo, al extremo de sostener que con esa afirmación se confirmaron las conclusiones para imponer condena por este aspecto al Municipio, en estricto sentido no hay confesión alguna, pues el citado abogado jamás reconoció que él o su poderdante estuviesen de acuerdo en que el recaudo de los usuarios no regulados por EPSA, debía someterse al mismo tratamiento de los que sí están regulados, o en que el alcance de la cláusula sexta del contrato permitiera arribar a esa conclusión.

Considero que en vez de haber magnificado el decir del apoderado del Municipio en la audiencia de alegatos, el laudo ha debido advertir que en la contestación de la demanda, claramente el citado procurador judicial expresó que *“De plano se rechazan todas las declaraciones y condenas reclamadas por el actor en la demanda contra la administración Municipal de Guadalajara de Buga”*, como también que al pronunciarse sobre los hechos de la demanda *“relacionados con la facturación y el recaudo del impuesto de alumbrado*

público que no recauda EPSA S.A” no aceptó como cierto ninguno de ellos. Ignorar la contestación de la demanda del convocado, para darle trascendencia superlativa a frases pronunciadas en una audiencia de alegatos, no es ajustado a derecho.

Es desequilibrado atribuirle a un dicho lanzado a la manera *obiter dicta* en una audiencia de alegatos, tanta importancia a una frase si se quiere incompleta del apoderado del Municipio, mientras sus demás oposiciones francas e inequívocas frente a las pretensiones cayeron en el olvido y fueron ignoradas dentro de la argumentación y las decisiones del laudo del que parcialmente me aparto. En otras palabras, se le creyó al citado apoderado para los fines de magnificar una frase nada categórica y condenar a su cliente, pero no se le dio crédito alguno respecto de las defensas que asumió a favor del Municipio.

Finalmente, también expreso mi disidencia a la determinación de acceder a la pretensión subsidiaria *“consistente en ordenar, que a partir de la ejecutoria de esta providencia, la entidad demandada proceda a consignar en la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, las sumas que recaude de los usuarios no regulados, hasta la fecha de terminación del contrato”*, porque tal decreto es ajeno a las estipulaciones contractuales, como ya quedó explicado en este salvamento.

En efecto, si en criterio del árbitro disidente no existe disposición contractual alguna que le hubiese impuesto al Municipio la obligación de transferirle a un tercero los recaudos por concepto del alumbrado público en relación con los usuarios no regulados por esa entidad, mal puede concluirse que el Municipio incumplió el contrato. Si del texto de la cláusula sexta del contrato, invocada por el laudo del que disiento, no se desprende la tal obligación a cargo del Municipio, me separo de la decisión de declarar probado el desequilibrio económico a partir de un supuesto incumplimiento del contrato imputable a la parte convocada.

En mi criterio, pues, no hay el tal incumplimiento enrostrable al Municipio, ni desequilibrio económico del contrato por anticipado, como lo ha concluido el laudo, de manera, que no debió haberse acogido la pretensión subsidiaria de imponerle al Municipio la obligación para que *“proceda a consignar en la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, las sumas que recaude de los usuarios no regulados, hasta la fecha de terminación del contrato”*. Tal obligación es de exclusiva invención judicial, no tiene respaldo en el contrato, tampoco en la ley, y termina alterando gravemente la relación

contractual, introduciendo una prestación hacia futuro de la ejecución del contrato, que jamás las partes previeron.

Por las anteriores razones, considero que ha debido proferirse respecto de estas pretensiones sentencia adversa al actor, por lo que discrepo de la motivación y el contenido de las resoluciones de los numerales 3 a 5 de la parte resolutive del laudo.

II.- En relación con las declaraciones y condenas impuestas en los numerales 6 y 7 de la parte resolutive del laudo y las motivaciones de las mismas, vinculadas con la no aplicación del artículo segundo del Acuerdo No 081 de 2003.

Igualmente expreso mi desistimiento tanto de las decisiones a que se contraen los numerales 6 y 7 de la parte resolutive del laudo, como de sus motivaciones.

El laudo ha declarado que hubo desequilibrio económico del contrato “*como consecuencia de la omisión en que incurrió el referido Municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo No. 081 de 2003 proferido por el Concejo Municipal, a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P, desde junio de 2003 hasta diciembre de 2005*” y como consecuencia de ello ha impuesto una condena por concepto de capital de mil doscientos un millones doscientos ochenta y seis mil trescientos pesos (\$ 1.201.286.300,00).

Empiezo por señalar que no comparto la conclusión del laudo, según la cual por la vía facilista de la negación indefinida, como el Municipio no acreditó que sí había aplicado el artículo 2 del acuerdo No 081 de 2005, entonces es preciso concluir que evidentemente no lo aplicó.

Olvidó el laudo del que me separo, que en el proceso se probó que la aplicación de la fórmula de actualización de la tarifa no era responsabilidad del Municipio, pues se encuentra probado que la empresa encargada de la facturación del servicio de energía es EPSA y que el municipio cedió a ENELAR su condición frente a la misma empresa, por lo tanto, sí EPSA no cumplió con la obligación de actualizar las tarifas, no se puede responsabilizar por ello al Municipio que había cedido su posición contractual a ENELAR, que fue quien debió haber hecho uso de la misma para obtener tal actualización.

En la cláusula novena del otro si No 1 al contrato de concesión No 01-97 del Alumbrado Público de Guadalajara de Buga, se estipuló:

“CLÁUSULA NOVENA. Relación con EPSA E.S.P. El Municipio deja exclusivamente en cabeza de ENELAR S.A. E.S.P., el manejo directo del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica para el Sistema de Alumbrado Público No 27/06/97 en lo que tiene que ver con los aspectos que atañen al Contrato de Concesión No 01-97, para lo cual notificará por escrito a EPSA E.S.P.”

Así las cosas, deducir los efectos de una negación indefinida respecto del supuesto incumplimiento de una obligación que no estaba a cargo del Municipio sino de un tercero, es contrario a derecho. Considero que reconocer esta pretensión, va en contravía de lo pactado en el contrato y de la posición que con base en este, ENELAR no hizo valer ante EPSA.

Ahora bien, no existe la supuesta prueba del desequilibrio económico del contrato, deducida de la diferencia de ingresos entre lo recaudado efectivamente por el Concesionario y lo que éste hubiera percibido, si se hubiera aplicado el artículo 2 del Acuerdo 081.

En primer término, insisto en que el dictamen pericial, sin duda bien facturado y consistente, se refiere a establecer unos valores y diferencias de cifras o cantidades expresadas en datos provenientes de la información de EPSA y en veces del propio Municipio, pero jamás de los libros de contabilidad de ENELAR, como debió haber ocurrido, si se trataba de acreditar el desequilibrio económico del contrato.

No bastaba probar la diferencia entre unos valores y otros, según la información de EPSA, sino acreditar que efectivamente ENELAR había recibido unos ingresos menores a los esperados, y, adicionalmente, que ello le habría generado pérdida o no ganancia en el contexto económico de la ejecución del contrato. Nada de ello se probó en el proceso, y por lo mismo, así debió haber sido sentenciado, en vez de la forma como se procedió.

Un dictamen levantado sobre datos que no proceden directamente de la contabilidad de ENELAR, sin duda prueba otros hechos, pero jamás el desequilibrio económico que supuestamente dice haber sufrido esta entidad, tanto más cuanto que era necesario haber acreditado que el recaudo había sido inferior al 95% del esperado.

Ciertamente, de acuerdo con la oferta, la convocante expresó que *“los ingresos de la concesión han sido estimados con base en las tarifas del impuesto aprobadas por el Acuerdo No 126/97 del Consejo (sic) Municipal, asumiendo un recaudo del 95% y considerando que no existe ningún tipo de subsidio al concesionario por parte del municipio”*, por lo que sólo en el caso de que el recaudo fuese menor a esos ingresos *“se realizará un reajuste del mismo por parte del concesionario”*.

Además de que el dictamen no ofrece dato alguno proveniente de la contabilidad de ENELAR, tampoco suministra criterios plausibles que permitan concluir cuál fue el porcentaje del recaudo, si fue menor o mayor del 95%, que fue la condición expresada en la oferta por la entidad convocante.

El dictamen lo que hizo fue un cálculo de la diferencia en los ingresos del concesionario derivados de la falta de aplicación del artículo 2 del Acuerdo No 081 de 2003, proyectado a partir de los valores suministrados por EPSA, pero no analizó ni definió con base en los libros y papeles de ENELAR, a cuánto ascendía el porcentaje de recaudo, antes y después, ni dijo que hubiesen sido menores en relación con el 95% inicialmente ofrecido por la convocante, ni la parte actora se preocupó de probar nada al respecto. En efecto, reza el trabajo pericial que en relación con la cuantificación de esta específica pretensión *“se tomó lo recaudado (informado por ENELAR S.A E.S.P. y validado con lo suministrado por la Fiduciaria de Occidente) mes a mes y se dividió por el factor de conversión obtenido por la aplicación del IPP mensual y este resultado se multiplicó por el factor obtenido por la aplicación del CU de EPSA”* (Cfr pag 51 trabajo inicial). La información de ENELAR, fue la supuestamente recogida en los datos ofrecidos por EPSA, no la que deba reposar en los papeles y archivos de la parte actora, a quien al tenor del artículo 177 del de P.C le incumbía probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ella pretendido.

En ese orden de ideas, considero errada la determinación adoptada en los numerales 6 y 7 de la parte resolutive del laudo, pues, por el contrario, estimo que debieron haber sido rechazadas las pretensiones formuladas sobre la no aplicación del Acuerdo No 081.

Por las anteriores razones, me aparto de las motivaciones y resoluciones del laudo, de que tratan los numerales 6 y 7 de la parte resolutive del mismo.

III.- En relación con las declaraciones y condenas impuestas en los numerales 8 y 9 de la parte resolutive del laudo y las motivaciones de las mismas, vinculadas con la aplicación del Acuerdo 036 del Concejo.

Se ha declarado en el laudo del que disiento, que el Municipio debe restablecer el equilibrio económico del contrato “*quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio, número 036 de diciembre 31 de 2005*” y como consecuencia de ello se ha condenado al Municipio a pagar la suma de mil novecientos un millones ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$ 1.901.884.984,00).

Contrario a lo considerado y decidido por la mayoría, estimo que con la expedición y aplicación del Acuerdo No 036 del Concejo Municipal de Buga de 31 de diciembre de 2005, no se generó la ruptura del equilibrio económico de la ecuación contractual, ni tampoco que ello hubiese constituido un suceso totalmente imprevisible para la parte actora.

Empiezo por señalar que mi particular interpretación difiere de la que adoptó el laudo, respecto de los antecedentes de la expedición del Acuerdo No 036, pues a mi juicio, no hay elementos probatorios ciertos que permitan considerar que lo que el Alcalde o concejales de la época se proponían, era terminar el contrato de concesión y que éste fuera asumido por una de las Secretarías locales.

Una cosa es que la administración municipal que empezó a regir los destinos del municipio en el período 2004 – 2007, hubiese encontrado algunos vacíos en el contrato, como dijo el testigo Fernando Méndez, que por cierto los hay, y otra que esté debidamente acreditado que ello hubiese sido advertido con el propósito o bajo la amenaza de terminar el contrato, pues, como el mismo testigo lo refiere, esa advertencia se hizo pensando en dotar el contrato de una firma interventora, la cual fue contratada por el Municipio.

A esa decisión se sumó la de obtener un estudio por una firma especializada, para lo cual se contrató a la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS ELÉCTRICOS, MECÁNICOS Y AFINES – ACIEM – entidad que fue la que concluyó sobre la necesidad de pensar en la modificación del sistema tarifario del impuesto del alumbrado público, y no el Municipio, ni sus concejales, como se sentencia en el laudo.

La intervención de la Contraloría General de la República suscitó las conclusiones consignadas en el informe rendido en marzo de 2005, del que hacen parte varios hallazgos, a los que hicieron referencia varios de los testigos, pero, a mi juicio, en el expediente no aparece prueba alguna del supuesto nexo causal entre este informe y la ulterior expedición del Acuerdo No 36. En efecto, en el proceso no se decretó, ni recaudó prueba alguna para acreditar que el Concejo Municipal o la Administración procedieron de la forma como actuaron, para atemperar los riesgos generados por el informe de la Contraloría, de manera que discrepo igualmente de la afirmación según la cual *“el gobierno local se vió obligado a presentar al Concejo Municipal un proyecto de Acuerdo que tenía por objeto la modificación tarifaria mencionada y la autorización para que el Alcalde, de manera concertada o unilateal, modificara el contrato de concesión”*. Si ese fue el propósito, en este proceso no se acreditó tal intención, por lo que se trata de una simple deducción, que no viene sustentada con ningún medio de prueba. Si así fue, es de esperar que en el proceso de acción popular actualmente en curso, del que procesalmente se tiene noticia, se pueda establecer esa situación, la cual no puede darse por cierta o existente con base en suposiciones, sino con apoyo en contundentes evidencias que, se repite, se echan de menos en el plenario. Lo propio debe ocurrir en las eventuales indagaciones y/o investigaciones penales y disciplinarias que se llegaren a suscitar por cuenta de la expedición del Acuerdo No 036 de 2003, para efectos de establecer si hubo o no responsabilidad de alguno y en que grado.

Las expresiones de algunos de los Concejales del Municipio de Buga, consignadas en el acta No 036, en vez de acreditar que éstos estuviesen interesados o promoviendo un desequilibrio económico del contrato celebrado con ENELAR, lo que demuestra es que lo que preocupaba a los ediles era precisamente no generar esas consecuencias. De las intervenciones de los concejales transcritas en el laudo, en vez de arrojo, que parece detectar el laudo, lo que se advierte son manifestaciones encaminadas a que se obrara con prudencia, precisamente para no causar daño ni a la comunidad, ni al Concesionario. No obstante, como ya se indicó, es mi criterio que si hay algo que investigar o alguien a quien sancionar por estos sucesos, serán la Fiscalía y la Procuraduría las que adelanten los trámites necesarios.

El laudo concluye sobre los precedentes pilares probatorios, a mi juicio precarios y endeble, que *“....si se bajaron las tarifas del impuesto del alumbrado público, necesariamente la ecuación contractual se tuvo que ver desequilibrada”*.

A juicio del árbitro que disiente, cuando se habla de mantener la ecuación financiera del contrato, tal manifestación consiste en mantener las condiciones al momento de contratar para ambas partes, pero, en este caso, en el laudo se están reconociendo al contratista prestaciones adicionales al momento de contratar y se están imponiendo las mismas a cargo del Municipio.

Ahora bien, no comparto las afirmaciones contenidas en el laudo respecto de que se demostró el rompimiento del equilibrio económico del contrato por medio del dictamen pericial. En efecto, de la lectura del mismo no se aprecia en ningún momento que se haya estudiado la contabilidad de la empresa ENELAR, más que para indicar – por cierto en forma confusa - que se encontraba llevada de acuerdo a lo que prescribe la ley, pero no se probó el supuesto detrimento patrimonial que hubiera llevado a la empresa demandante a un punto de pérdida. Como ya se dijo antes, la propia experticia admite que lo que en realidad hizo fue unos cálculos solicitados por la parte convocante, de acuerdo con los parámetros del Acuerdo 126 de 1997 y el acuerdo respectivo que estuviere vigente al momento de precisar el cálculo solicitado (Cfr pag 3 de la experticia inicial).

La pericia señala que la información concerniente al cobro del impuesto de alumbrado público fue solicitada al MUNICIPIO DE BUGA, a la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE, a EPSA S.A. E.S.P. y a los comercializadores de energía distintos a EPSA como E.P.M. S.A. E.S.P., EMCALI S.A., E.I.C.E., ISAGEN, SOLLA S.A. y CONCENTRADOS S.A.

Posteriormente indica que:

“Para el caso de EPSA S.A. E.S.P. fue necesario elevar la solicitud de información como derecho de petición, del cual se obtuvo respuesta **pero por el lenguaje en el cual fue entregada la información no fue posible extractar lo necesario para la elaboración de este dictamen.**

(..)

Dado lo anterior y para dar respuesta a las preguntas solicitadas, esta experticia basó la mayor parte de sus cálculos con la información obtenida de ENELAR S.A. E.S.P. que fue entregada en su momento por EPSA S.A. E.S.P. Es decir, para el caso de la facturación (número de usuarios, estratos, valores recaudados, etc) la EPSA entrega a ENELAR S.A. E.S.P. mes a mes (salvo algunos meses en los que no fue entregada por parte de la EPSA) esta información y fue ésta la base para la elaboración del dictamen.” (Página 4) (Subrayas y Negrillas fuera del texto).

Lo anterior quiere decir que el dictamen se basó en información suministrada por ENELAR, pero no extraída de sus propios registros contables sino proveniente de EPSA, que mes a mes pasaba a la convocante el consolidado de la facturación por concepto de recaudo de impuesto de alumbrado público. En efecto, la misma experticia en la página 6 indica: *“Se aclara que esta información fue entregada por ENELAR S.A. E.S.P. y se validó tomando en cuenta que la misma fue obtenida por ENELAR a través de los envíos por parte de la EPSA.”*

Respecto de la contabilidad de ENELAR el dictamen pericial tan sólo parece hacer referencia, porque no es claro, a cuál persona jurídica aludió cuando expresó:

“Dentro de las verificaciones realizadas por esta experticia, fue revisada la aplicación de las normas y principios de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, al igual que el cumplimiento de la sociedad (¿?) de llevar libros de contabilidad actualizados y registrados ante la Cámara de Comercio.” (Cfr pag 5 dictamen inicial).

No obstante la manifestación de la perito, en su dictamen no se aprecia que se haya utilizado la contabilidad de ENELAR para realizar ninguno de los cálculos. En efecto, en el dictamen se aprecian manifestaciones respecto al origen de la información base del mismo:

“Se tomó lo recaudado (informado por ENELAR S.A. E.S.P. y validado con lo suministrado por la Fiduciaria de Occidente) mes a mes y se dividió por el factor de conversión obtenido por la aplicación del IPP mensual y este resultado se multiplicó por el factor obtenido por la aplicación del IPP mensual

“Es necesario aclarar que los cálculos corresponden a las diferentes posibilidades de cobro basándose en los diferentes acuerdos municipales, pero que de ninguna manera constituye la facturación real del municipio, es por esto que, de manera adicional, se presenta lo registrado en la contabilidad del municipio de Buga correspondiente al concepto de tasa de alumbrado público.” (página 30).

En este caso, para probar el desequilibrio económico del contrato, habría sido necesario demostrar las pérdidas del contratista, las cuales obviamente se encontrarían, de haber ocurrido, reflejadas en su contabilidad. No hubo un solo papel contable de ENELAR arrimado al proceso, tampoco se conocieron informes de gerencia o del revisor fiscal que den cuenta de que efectivamente se produjeron las pérdidas derivadas de la expedición y

puesta en vigencia del Acuerdo No 036. En efecto, el dictamen pericial simplemente hizo una comparación entre lo que se debía recibir en aplicación de cada uno de los Acuerdos, pero no acreditó lo que esperaba recibir ENELAR, y lo que efectivamente recibió **de acuerdo con los registros contables del mismo concesionario.**

Así las cosas, sin saber cuánto esperaba recibir ENELAR y cuánto efectivamente recibió, cuál fue el costo de la operación, cómo se incrementaron los gastos de ejecución del contrato, y por sobre todo, cuál fue la pérdida operacional del Concesionario, de acuerdo con sus libros y no los de EPSA, no es posible concluir, cómo lo hizo el laudo del que me aparto, que hubo rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Leídas y releídas varias consideraciones de la parte actora incluidas en su alegato final, lo que se aprecia es que en las mismas no hubo mención a un medio de prueba específico, que sustentara la pretensión de acreditar el supuesto detrimento patrimonial grave que dice haber sufrido. En efecto, obsérvense estos extractos de su alegato:

“El origen del desequilibrio se ubica en:

- El incumplimiento, precontractual y contractual, para los eventos del pago de la reactancia, la facturación y el recaudo del impuesto del alumbrado público a los usuarios no facturados por EPSA y la falta de aplicación del artículo segundo del acuerdo del concejo municipal de Guadalajara de Buga No 081 de 2003, de conformidad con lo establecido en los artículos 90 de la Constitución Política y 4, ordinal 8°, 5, ordinal 1°, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, y de acuerdo con lo indicado en la fundamentación jurídica de las reclamaciones.
- El hecho del príncipe, materializado en la expedición y aplicación del concejo municipal de Guadalajara de Buga No 036 de diciembre 31 de 2005 y en el proceso que fue adelantado para la suscripción de nuevos contratos que finalmente se celebraron con EPSA E.S.P. para el suministro de la energía que se destina al alumbrado público y su resultado final, de conformidad con lo establecido en los artículos 90 de la Constitución Política y 5, ordinal 1°, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993. Esta segunda hipótesis, sin embargo, encierra también el incumplimiento de compromisos contractuales que influyeron en la alteración del equilibrio, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 5 de la Ley 80.
- El uso de la potestad excepcional de dirección, inspección y vigilancia previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que dio lugar a la orden que fue impartida por la administración municipal para ajustar la garantía única de acuerdo con la interpretación que le dio a la cláusula séptima contractual y su cumplimiento, constituyéndose, en concepto de la empresa convocante, en un pago de lo no debido.” (Páginas 150 y 151).

Posteriormente y en referencia al dictamen pericial, la convocante indicó:

“El dictamen pericial permite claramente que la aprobación y vigencia del citado acuerdo 036 ha reducido ostensiblemente la tarifa del impuesto de alumbrado público, que constituye la remuneración del concesionario. Con ello simplemente ha confirmado lo que ya el propio municipio había manifestado en el estudio técnico que hace parte de la exposición de motivos que el alcalde presenta al concejo con el proyecto que finalmente se convierte en el acuerdo 036, y que fue ratificado con los testimonios rendidos dentro del proceso. Es pues real y cierto el daño. Es igualmente directo, pues la modificación fue precisamente y entre otros sobre la tarifa del impuesto de alumbrado público, que había sido cedida al concesionario para remunerar sus servicios.”

Como se aprecia, se echan de menos en el alegato final de conclusión del actor, menciones a las pérdidas económicas o la forma como aparentemente resultó más gravosa la ejecución del contrato.

Por el contrario, lo que obra en el proceso es la declaración del señor CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ, ex representante legal de ENELAR, que da cuenta de que la concesionaria no se vio en situación de pérdida a pesar de haberse expedido el Acuerdo No 036:

“DOCTOR RAMIRO BEJARANO: pero aun así después del acuerdo 036 la situación económica de ENELAR no es de pérdida.

TESTIGO (Dr. Carlos Alberto Giraldo): no, la situación económica de ENELAR no esta dando perdida operativa, en el sentido de que hay un margen operativo muy pequeño, porque cuando uno tiene una inversión de 2.500 millones que actualizada a la fecha son 5.000 millones que le debía rentar el 12%, son 600 millones al año, y da una utilidad de 20 millones pues, no hay pérdida operativa como Ud. dice.”

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que para que pueda declararse el rompimiento del equilibrio económico es necesario demostrar que la situación ocurrida ocasionó un detrimento patrimonial tal que llevó al contratista a pérdidas económicas o hizo más gravosa la ejecución del contrato.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 7 de marzo de 2002 proferida dentro del expediente 1998-0340, con ponencia del doctor Alir Eduardo Hernández Enríquez, señaló:

“La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera “en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista”, haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.

(..)

no resulta evidente, por lo menos en este momento procesal, que el mencionado incremento afectó de manera importante, anormal, la utilidad esperada por el contratista con la ejecución del contrato, o mejor aún, que repercutió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales al punto de ocasionarle un detrimento patrimonial que no está en la obligación de soportar. El desequilibrio anormal en la ecuación financiera del contrato no aparece evidente en este caso.”

Y en sentencia de 29 de mayo de 2003 proferida dentro del expediente 14.577 con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, indicó:

“El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “*ecuación financiera*”.

Es solamente la relación aproximada, el “*equivalente honrado*”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum¹, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; “*como un cálculo*”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.²

La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, “*cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante*”, ya que “el álea “*normal*”, determinante de perjuicios “*comunes*” u “*ordinarios*”, aún tratándose de resoluciones o disposiciones *generales*, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato³

¹ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

² André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ. *Traité des Contrats Administratifs*. París, L.G.D.J, 1983. 2ª edic. Tomo 1, num 718, p. 717.

³ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1992. III-A 3ª edición. P. 482. Cabe señalar que este fue el criterio acogido en la exposición de motivos presentada por el gobierno en el proyecto de ley que luego se convirtió en ley 80 de 1993. Allí se dijo que uno de los supuestos que podían dar lugar a la responsabilidad contractual del Estado, era “*la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante*” (Gaceta del Congreso del 23 de septiembre de 1992, pag. 15).

(..)

En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, *en importancia*, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan *cargas excepcionales*, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. *El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever* (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. *Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida*. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante”⁴ (Subraya la Sala)

(..)

Debe pues el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo⁵; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo.

(..)

La simple manifestación del demandante de que “*no se trata de que su utilidad haya disminuido en el 5% sino de que su utilidad se disminuye en la cuantía que significa el 5% del valor del contrato, lo cual se traduce en una reducción muy grande de la utilidad pactada en el contrato*”(sic) (fl. 139 C.2), no es suficiente para demostrar ni concretar un perjuicio, ya que éste debió ser el punto de atención de la prueba pericial. En otras palabras, debieron los peritos calcular la incidencia que tuvo la nueva contribución en los contratos adicionales frente al valor total de la utilidad esperada en el contrato.

⁴ GASTÓN JEZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo V, pp. 51, 53 y 54.

La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos, por incumplimiento en el pago del cánón de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que “resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre “enorme alteración” por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración”.

⁵ Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF señala que “*álea “extraordinaria o “anormal”* es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc.” *Ob. cit.* p. 524

Era necesario, pues, que ese acontecimiento imprevisto hiciera excepcionalmente onerosa la ejecución del contrato, provocando una pérdida que excediera el álea normal y previsible. La doctrina, como ya se dijo, coincide en señalar que para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sea que se invoque la teoría del hecho del príncipe o la imprevisión, la ecuación económico financiera del contrato, considerada al momento de su celebración, debe alterarse por un álea anormal o extraordinaria.⁶

Es cierto que la fijación de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, pero es necesario que el contratista pruebe que el mayor valor que asume por la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, si pretende ver restablecida dicha ecuación, que fue lo que en el presente caso no ocurrió.⁷

Por tal motivo, la Sala hace suyo lo afirmado por JEZE cuando señala que

*“Para calcular el monto de dicha carga (se refiere a la excepcional), es preciso sumar el total de los gastos propios de la explotación y el total de los ingresos y créditos, comparando luego los dos totales. No debe deducirse, del déficit total, la parte que correspondería al alza que se juzga previsible de los elementos del precio de costo. (...) para determinar si la explotación es deficitaria, se debe considerar todo el contrato y no tal o cual parte de éste. Puede suceder que una cláusula del contrato entrañe una pérdida. Esto no basta; es necesario tener en cuenta todas las cláusulas del contrato. Si, con todos estos elementos, la explotación no resulta deficitaria debido a circunstancias excepcionales, la teoría de la imprevisión no se aplica. Ello sucederá con mayor razón si, en definitiva, el contratante obtiene un beneficio del conjunto del contrato”.*⁸ (subraya la Sala)

⁶ La revisión del contrato, en materia mercantil, “por circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato”, debe darse cuando “alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa” (art. 868 Código de Comercio).

En sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, actor SAE, la sala consideró que “todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general... pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo”. En el caso que examinaba concluyó que efectivamente “se presentaron hechos y circunstancias ajenos a la empresa contratista, absolutamente extraños a ella, los cuales originaron una serie de obstáculos, modificaciones y medidas de distintos órdenes, que necesariamente se proyectaron negativamente en la ejecución de la obra, que la dificultaron, la complicaron, le impusieron a la contratista cargas y obligaciones en momento alguno contempladas o programadas al celebrar el contrato, pero que de todas formas fueron de incidencia trascendental en la mayor permanencia de la firma contratista en la ejecución del oleoducto referido y, desde luego, en el mayor valor económico que dicha prolongación significó para la economía de la empresa demandante”. (Se subraya).

⁷ También el Consejo de Estado francés en la sentencia de 30 de marzo de 1916 (*compagnie de gaz de Bordeaux*), en la que por primera vez se reconoció la aplicación de la teoría de la imprevisión en el contrato estatal, expresó: “la variación de los precios de las materias primas en razón de circunstancias económicas constituye un riesgo del contrato que, según el caso, puede ser favorable o desfavorable para el concesionario y continúa siendo por su cuenta y riesgo, por cuanto se reputa que cada parte tuvo en cuenta ese riesgo en los cálculos y previsiones que efectuó antes de comprometerse; pero considerando que a consecuencia de la ocupación enemiga de la mayor parte de las regiones productoras de carbón en Europa Continental, de la dificultad cada vez más considerable de realizar transportes por mar en razón tanto del decomiso de los buques como del carácter y de la duración de la guerra marítima, del alza ocurrida durante la actual guerra de los precios del carbón —que es la materia prima para la fabricación del gas— alza que alcanzó tal magnitud que no solamente tiene un carácter excepcional en el sentido habitual dado a esa palabra, sino también conlleva en el costo de fabricación del gas un aumento que, en cierta medida desbarató todo tipo de cálculos, sobrepasando en verdad los límites extremos de aumentos que hubieran podido prever las partes en el momento de la celebración del contrato; que a consecuencia del concurso de las circunstancias arriba indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastornada; que, entonces, asiste derecho a la compañía para sostener que en las mismas condiciones previstas en un principio no puede obligarse a asumir el funcionamiento del servicio, mientras dure la anormal situación arriba mencionada”. (se subraya). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. París, Dalloz. 1996. 11^a édition. P. 176, 177.

⁸ *Ob cit.* Pág. 57. La ejecución del contrato debe comportar un déficit realmente importante y no un simple lucro cesante. La noción de déficit importante es apreciada por el juez con respecto al conjunto de circunstancias del caso. Así, el aumento de diversas cargas sociales específicas para la Martinica que representó una carga suplementaria del 2% del monto definitivo de un contrato “no puede

Al no haberse demostrado por el demandante que el cobro de la contribución le causó un daño cierto y especial, que alteró más allá de los áleas normales la ecuación financiera del contrato, habrán de negarse las pretensiones de la demanda encaminadas al restablecimiento económico de dicha ecuación.”

En consecuencia, a juicio de quien salva el voto, no se configuraron los presupuestos del rompimiento del equilibrio económico del contrato, ni los perjuicios ocasionados.

El perjuicio ha sido definido como aquel detrimento patrimonial o moral que se sufre por causa de una acción u omisión de otra conducta que le genera un daño que no estaba obligado a soportar, supuesto que no se acreditó en el plenario.

En efecto, para obtener una indemnización de perjuicios derivada de la ocurrencia de un daño, no basta simplemente con la enunciación de los mismos, se requiere demostrarlos, pues, de acuerdo con el artículo 177 del C. P. C. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En este caso, al no haberse probado el rompimiento de la ecuación económica ni el daño causante del perjuicio y al no demostrarse tampoco la ocurrencia de éste, no podía haber lugar a indemnización.

Adicionalmente, destaco mi respetuosa discrepancia respecto de la invocación como “*jurisprudencia*”, del laudo arbitral de MORA-MORA y CONCIVILES contra INCORA, cuyos árbitros tampoco se mencionan, porque las decisiones arbitrales jamás constituyen jurisprudencia, entendida como fuente del derecho y criterio auxiliar de la autoridad judicial, según las voces del artículo 230 de la Carta Política. Como lo he sostenido, pública y académicamente, la jurisprudencia solamente emana de los órganos del poder público, porque sólo respecto de ellos puede predicarse su procedencia y reiteración, no así de la decisión arbitral, proveniente no de un órgano sino de unos particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, que si acaso tiene alcance de doctrina, pues los árbitros no hacen parte de ningún órgano judicial o público.

En consecuencia, y debido a la ausencia de prueba frente al desequilibrio económico del contrato, salvo mi voto, pues considero que al no haberse probado el mismo, no podía declararse, y mucho menos condenar al Municipio al pago de las cuantiosas cifras

considerarse como una causa que entrañe un trastorno del equilibrio financiero del contrato.” Consejo de Estado francés, sentencia del 2 de julio de 1982. *Société routière colas*. Ibídem. P. 180-181.

deducidas en su contra, con base en un dictamen pericial rendido no sobre los papeles de comercio de ENELAR.

De otra parte, es preciso anotar que la expedición y puesta en vigencia del Acuerdo No 36 del Concejo Municipal de Buga, no consistió en un acto absolutamente imprevisible para el contratista, requisito indispensable para que – como lo propone y sostiene el laudo - pueda abrirse camino la teoría del “*hecho del príncipe*”. En efecto, la mayoría del laudo razona en el sentido de que el tema de las tarifas fijadas en un contrato de esta naturaleza se tornan inmodificables para reducirlas, y que, por lo tanto, se sorprende a un concesionario cuando se profiere un acto de una autoridad pública que así lo decreta o imponga.

Obviamente aspecto tan sensible y de interés colectivo, como el de las tarifas del alumbrado público, es materia de preocupación constante de todas las autoridades locales, porque se trata de aspectos que tocan la vida y los intereses económicos de los ciudadanos. En ese orden de ideas, este salvamento de voto no puede considerar imprevisible que por estimarse excesivas las tarifas o por cualquiera otra causa social o política, una o varias de las autoridades públicas decidan intervenir y reducirlas por el bien de la comunidad y del propio erario.

El razonar del laudo consiste en que para el Concesionario era absolutamente imprevisible al momento de suscribir el contrato prever que en el futuro podrían reducirse las tarifas, y tal aseveración no la puedo compartir, porque en este evento no se trata de un contrato que no tuviera incidencia sobre la vida de las personas de una colectividad o que fuera ajeno a las autoridades públicas respectivas.

El suscrito árbitro se pregunta ¿ si se suscribe un contrato de esta naturaleza fijando tarifas excesivas, bien por imprudencia, desconocimiento o ignorancia de la administración, por ello el Contratista ha de asumir como inesperada la decisión de las autoridades de revisar y eventualmente reducir tales tarifas ?. La respuesta lógica es la de que un Contratista experto en estas materias, tiene que saber que cualquier desborde en la fijación de tarifas concita la protesta ciudadana y por ende el interés y participación de la administración pública, que en últimas es la recipiendaria de los reclamos y necesidades de los asociados.

Un contratista en aspectos de alumbrado público, tiene que haber previsto y no sorprenderse de que por diferentes circunstancias, la administración con la que contrate se empeñe en cambiar las tarifas o remuneraciones fijadas, si por cualquier causa se suscita el

debate de que son onerosas o desproporcionadas. En otras palabras, si en desarrollo y ejecución de un contrato de operación y mantenimiento del alumbrado público de un ente territorial, se presenta una actuación de la administración encaminada a modificar las tarifas, ello no es un hecho imprevisto, pues, por la naturaleza del contrato, los destinatarios del servicio y demás condiciones públicas, es preciso y obvio que puedan suscitarse situaciones de alteración de las mismas.

ENELAR es empresa profesionalmente dedicada a la actividad relacionada con el contrato suscrito con el Municipio de Buga, de manera que ella debe saber con suficiente antelación que pueden darse esas condiciones sociales y políticas que conduzcan a la alteración de las condiciones económicas, por lo que, se reitera, mal puede hablarse de que en el presente caso la expedición del Acuerdo No 036 constituyó un hecho imprevisible para ENELAR.

Suponer que aspecto tan sensible como el de las tarifas del servicio de alumbrado público, no suscitaría el interés y eventual injerencia de las autoridades, es desconocer la realidad del acontecer nacional, lo cual es un hecho notorio, exento por tanto de prueba. Obviamente, no hay alcalde ni concejo municipal en el país, que por el hecho de haber entregado en concesión a un particular la operación y administración del alumbrado público, se desentienda de ese asunto, porque diariamente los ciudadanos y los medios de comunicación reclaman por estos aspectos. De suerte que para nadie puede resultar extraño o inusual que esas autoridades estén permanentemente monitoreando el comportamiento y adelantamiento de un contrato, que toca diariamente la puerta de los domicilios ciudadanos. Es más, los hechos que suscitaron esta situación, la mayoría del Tribunal los ha identificado en esa órbita, al sostener que *“Resultado de esas decisiones políticas y del apremio ejercido por el referido organismo de control, el gobierno local presentó al Concejo Municipal un proyecto de Acuerdo que tenía por objeto la modificación tarifaria mencionada y la autorización para que el Alcalde, de manera concertada o unilateral, modificara el contrato de concesión”*.

El árbitro disidente reitera que cosa diferente es definir si las conductas desplegadas por los servidores involucrados en esas decisiones que hoy sustentan la condena impuesta al Municipio, deben ser objeto o no de investigación y sanción penal o disciplinaria, pues tales escenarios son ajenos al arbitramento y competen a la Fiscalía y a la Procuraduría.

En suma, que las autoridades municipales llegaren a intervenir como en efecto lo hicieron en el sub lite, expidiendo el Acuerdo No 36, no podía constituir un hecho imprevisible para

ENELAR al momento de suscribir el contrato, de manera que también por este aspecto, considero que ha debido denegarse esta pretensión, acogida en los numerales 8 y 9 de la parte resolutive del laudo.

IV.- En cuanto a lo decidido en los numerales 10 y 11 de la parte resolutive del laudo, relacionado con las condenas económicas impuestas.

Como consecuencia de todo lo que se ha expuesto en este salvamento de voto, igualmente discrepo de las condenas impuestas en los numerales 10 y 11 de la parte resolutive del laudo, porque en mi criterio no debió accederse al reconocimiento de tales pretensiones de condena.

VI. Conclusión.-

Insisto en mi apreciación de que con el laudo proferido, ENELAR ha conseguido sin mostrar un solo papel de su contabilidad que acreditara la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato y los supuestos daños, que se le reconozca lo que no demostró ni probó durante el proceso.

En mi respetuoso parecer, las declaraciones y condenas facturadas en el laudo en contra del Municipio de Guadalajara de Buga, de las que me separo, se han adoptado sin elementos probatorios convincentes y sin apoyo en documentos contables provenientes de la parte actora, sino de un tercero como EPSA, o del propio convocado, que hubiesen acreditado el supuesto perjuicio sufrido por ENELAR, se ha deducido una multimillonaria condena en contra de la parte convocada y a favor de la convocante, que por lo mismo, en el criterio siempre comedido de quien disiente, no debió haberse proferido.

Respecto de las otras decisiones adoptadas en la parte resolutive, distintas de las que aquí consigné como objeto de mi desacuerdo, reitero mi aprobación a las mismas.

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
Árbitro.

