

LAUDO ARBITRAL

ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P. ENELAR S.A. E.S.P.

Vs.

MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de junio de Dos Mil Nueve (2009)

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P., parte convocante, en adelante "ENELAR" o la "convocante" y el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, parte convocada, en adelante "El Municipio de Buga" o la "convocada", profiere el presente laudo arbitral, por medio del cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

- 1.1. El 15 de Noviembre de 1.997 se celebró el contrato de Concesión No. 01-97 entre el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA y la Empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P., por medio del cual el Municipio de Buga entregó en concesión a Enelar la operación y mantenimiento del alumbrado público, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y los accesorios eléctricos.
- 1.2. En la cláusula décima Sexta del contrato de concesión se pactó:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA: A) Toda Controversia o deferencia entre las partes que se presenten por razón de la interpretación, ejecución y liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si no se lograre un acuerdo entre las partes, su nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de Cali, a petición de cualquiera de ellas. Los árbitros decidirán en derecho y deberán ser abogados colombianos en ejercicio. El arbitramento podrá solicitarse por cualquiera de las partes, dando aviso oportuno a la otra parte. B) Cualquier controversia que surja entre las partes en relación con un asunto técnico y que no pueda ser resuelto entre las mismas, será dirimido mediante arbitramento técnico por un árbitro idóneo, de acuerdo con la materia, que deberá ser designado de común acuerdo entre las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali. C) El tribunal así constituido se regirá en todo por las disposiciones sobre la materia establecidas en el decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen, adicionen o reformen. La sede del

Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Cali y el procedimiento arbitral será administrado por el centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de dicha ciudad.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

- 2.1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 06 de diciembre de 2.007 ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P. presentó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, a fin de dirimir el conflicto suscitado con el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA respecto del contrato de concesión celebrado el 15 de noviembre de 1.997.¹
- 2.2. El 08 de febrero de 2.008 tuvo lugar la audiencia de nombramiento de árbitros², quienes fueron escogidos de común acuerdo entre las partes. Debidamente notificados de la designación y después de aceptar oportunamente, instalaron el Tribunal en audiencia celebrada para el efecto el 06 de marzo de 2008³.
- 2.3. La demanda fue admitida mediante auto de esta última fecha, y notificada personalmente a la convocada en la misma audiencia.
- 2.4. El 25 de marzo de 2.008 mediante apoderado judicial, El Municipio de Buga contestó la demanda y propuso excepciones.⁴
- 2.5. La contestación de la demanda y las excepciones fue fijada en lista el 26 de marzo de 2008⁵ corriéndose el traslado de las mismas los días 27 y 28 de marzo y el día 1º de abril de 2.008, sin que la parte convocante solicitara pruebas adicionales.⁶
- 2.6. En audiencia de conciliación del 3 de abril de 2008, las partes de consuno con sus apoderados judiciales solicitaron la suspensión de la audiencia de conciliación y del proceso a partir del cuarto (4) día del mes de abril y hasta el (4) cuarto día de junio ambas fechas inclusive, solicitud que fue concedida por el Tribunal. ⁷
- 2.7. En atención a la solicitud que en forma conjunta presentaron las partes el día

¹ Cdo. No. 1 – Folios 001 - 050

² Cdo. No. 1.1 – Folio 655

³ Cdo. No. 2 – Folios 001-004.

⁴ Cdo. No. 3 – Folios 001 – 020 y 114- 124

⁵ Cdo. No. 4 – Folio 004.

⁶ Cdo. No. 2 – Folios 005 – 009.

29 de mayo de 2.008 para prorrogar la suspensión de la audiencia de conciliación y del proceso hasta el día seis de julio de 2.008⁸, el Tribunal mediante Auto No. 04 del (03) tres de junio de 2.008 concedió la suspensión del proceso y de la audiencia hasta el día seis (6) de julio y fijó el día treinta 30 de julio como fecha para reanudar la audiencia de conciliación.⁹

- 2.8. Nuevamente las partes conjuntamente el día 29 de julio de 2.008 solicitaron la prórroga de la suspensión de la audiencia de conciliación y del proceso hasta el día 20 de agosto de 2.008¹⁰, solicitud que fue concedida por el Tribunal mediante Auto No. 05 del 29 de julio de 2.008, suspendiéndose el proceso hasta el día 20 de agosto y reanudando la audiencia de conciliación el día 27 de agosto de 2.008.¹¹

- 2.9. En la audiencia del 27 de agosto de 2.008 se declaró fracasada la conciliación y se procedió a la fijación de los honorarios y gastos, los cuales fueron oportunamente pagados en su totalidad por la parte convocante. Milita constancia en el expediente que el Municipio de Buga le reembolso el 50% de los honorarios y gastos a la convocante. Así mismo mediante providencia notificada en estrados se señaló fecha y hora para la primera audiencia de trámite.¹²

- 2.10. El día 24 de septiembre de 2.008 se procedió a celebrar la primera audiencia de trámite, la cual se desarrolló, así:
 - a. Primeramente se dio lectura a la cláusula compromisoria contenida en la cláusula Décima Sexta del contrato de concesión y a las cuestiones objeto de controversia.

 - b. Seguidamente procedió el Tribunal a decidir sobre su competencia para lo cual identificó a las partes, precisó algunos antecedentes dentro de los cuales destacó que dos de las tres excepciones de fondo propuestas por la parte convocada involucraban reparos a la competencia arbitral para dirimir el litigio, la una referente a la falta de competencia y la segunda a la ineptitud de la demanda, procediendo en consecuencia a pronunciarse preliminarmente sobre esas defensas, para finalmente declararse competente para conocer y decidir en derecho tanto sobre las pretensiones

⁷ Cdo. No. 2 – Folios 005 – 009
⁸ Cdo. No. 1.1. – Folios 686-687
⁹ Cdo. No. 2 – Folios 010-011
¹⁰ Cdo. No. 1.1. – Folios 729-730
¹¹ Cdo. No. 2 – Folios 012-013
¹² Cdo. No. 2 – Folios 014-020.

como de las excepciones propuestas en el trámite arbitral.¹³

- c. Por auto No. 10¹⁴, fueron decretadas las pruebas del proceso, sustituyéndose el decreto de la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos a: a) la sede de la Alcaldía del Municipio de Guadalajara de Buga ; b) la sede principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA S.A.; c) la sucursal de la Sociedad Fiduciaria de Occidente S.A. y ordenándose en su lugar, la exhibición de la totalidad de documentos solicitados en la prueba. Igualmente se ordenaron pruebas de oficio y se aceptó el desistimiento del testimonio de Héctor Leal¹⁵.
- d. Finalmente, se declaró concluida la primera audiencia de trámite y se dio inicio al cómputo del término de seis meses de duración del proceso, se fijó el día 12 de noviembre de 2.008 para la siguiente audiencia y se decretó la suspensión del proceso a partir del 25 de septiembre y hasta el 11 de noviembre de 2.008.¹⁶

2.11. Los días 12 y 13 de noviembre de 2.008 se practicaron las pruebas decretadas tal y como se detalla más adelante en el acápite "Actuaciones Probatorias surtidas en el proceso".

2.12. En la audiencia llevada a cabo el día 13 de noviembre de 2.008 se suspendió el proceso desde el 14 de noviembre de 2.008 hasta el 1 de febrero de 2.009 y del 4 de febrero al 25 de febrero de 2.009.¹⁷

2.13. En audiencia del 4 de marzo de 2.009 se ordenó a la perito aclarar y complementar su experticia a más tardar el 20 de marzo de 2.009 y se ordenó una prueba de oficio.¹⁸

2.14. El 18 de marzo de 2.009 se realizó una audiencia con el fin de proferir autos de impulso procesal.¹⁹

2.15. En la diligencia surtida el día 30 de marzo de 2.009, se declaró concluida la instrucción del proceso arbitral, se fijó el día 30 de abril de 2.009 para que

¹³ Cdo. No. 2 – Folios 021-027

¹⁴ Cdo. No. 2- Folios 027- 033

¹⁵ Cdo. No. 2 – Folio 032.

¹⁶ Cdo. No. 2 Folios 032- 033

¹⁷ Cdo. No. 2 – Folios 055-059

¹⁸ Cdo. No. 2- Folios 060-061

¹⁹ Cdo. No. 2- Folio 062- 063

se llevara a cabo la audiencia de alegatos de conclusión; se fijaron los honorarios de la perito y se decretó por solicitud de las partes la suspensión del proceso entre el 3 y el 15 de abril de 2.009, ambas fechas inclusive.^{20 21}

2.16. La audiencia de alegatos se adelantó el día 30 de abril en la hora fijada por el Tribunal y en esa diligencia se fijó fecha y hora para una nueva audiencia de conciliación con la presencia de las partes y del Ministerio Público.

2.17. El día 29 de mayo de 2.009 se dio inicio a la Audiencia de Conciliación ordenada mediante Auto No. 21 del 30 de abril de 2.009 sin que las partes llegaran a un acuerdo, declarándose en consecuencia fallida, señalándose la fecha del 24 de junio de 2009 para llevar a cabo la audiencia de Laudo y suspendiéndose el proceso por solicitud de las partes a partir del día 30 de mayo de 2.009 y hasta el 23 de junio de 2.009 ambas fecha inclusive.²²

2.18. A lo largo del proceso arbitral intervino el Ministerio Público representado por la Procuraduría 20 Judicial Administrativa actuando el Dr. Javier Aristizabal Villa, posteriormente el Dr. Alberto Vélez Gálvez quién actuó como procurador encargado y finalmente la Dra. Lilia Stella Hincapié Rubiano quien fue designada procuradora 20 Judicial Administrativa en reemplazo del Dr. Arsitizabal.

III. TERMINO DEL PROCESO ARBITRAL

Por cuanto las partes no fijaron término de duración del proceso, el mismo sería de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite que se surtió el día 24 de septiembre de 2.008, pero como por solicitud de los apoderados de las parte el término legal se suspendió durante 188 días, al término del proceso arbitral habrá de adicionársele esos días venciéndose el mismo el día 8 de octubre de 2.009

IV. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

4.1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la entidad convocante, bien pueden compendiarse del siguiente modo:

HECHOS COMUNES A TODAS LAS PRETENSIONES:

²⁰ Cdo. No. 2- Folios 064- 065

²¹ Cdo. No. 4- Folios 080- 081

²² Cdo. No. 2 – Folios 069-073

La alcaldía del MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, en el mes de mayo mediante licitación pública nacional No. SOP 01-97 estableció los pliegos de condiciones con la finalidad de contratar la concesión para la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Guadalajara de Buga; Departamento del Valle del Cauca.

El proceso licitatorio de selección se declaró desierto, mediante Acto Administrativo No. 078 de junio 30 de 1998.

La Unión Temporal ENERBUGA (posteriormente sus miembros constituyeron una sociedad denominada ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P.) atendiendo la invitación de la Alcaldía, presentó el 15 de octubre de 1.997 propuesta para la concesión del alumbrado público de Buga, acogiendo los requerimientos del pliego de condiciones del proceso licitatorio SOP 01-97 que regía el proceso de selección destacándose entre otros los siguientes:

a) El alcance de las labores a ejecutar era:

- *"El desmonte, transporte, seguros, cargue y descargue, manejo y almacenamiento, previos a la entrega del MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, de acuerdo al Inventario Inicial, de las luminarias a sustituir.*
- *El transporte, seguros, cargue y descargue, manejo, almacenamiento y montaje de las nuevas luminarias.*
- *La prestación del servicio del alumbrado público con manejo de atención al usuario, mantenimiento y servicio, veinticuatro (24) horas, día, mes, año.*
- *El manejo total con responsabilidad de vigilancia en lo que respecta al consumo del alumbrado público, en todo el territorio del MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA.*
- *El compromiso de recibir a nombre del MUNICIPIO, previa autorización de éste, posterior al proceso de adjudicación de la licitación la infraestructura del servicio de alumbrado público del MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, por parte de la Electrificadora del Pacífico S.A. -EPSA.*
- *Entregar nuevamente al Municipio los bienes que fueren objeto de reversión a la terminación de la concesión."*

b) La duración estipulada para concesión fue de 20 años y tenía como objeto el mantenimiento de la infraestructura del servicio del alumbrado público del municipio, incluyendo el reemplazo o renovación de las luminarias existentes por luminarias nuevas de vapor de sodio y la obligación de cancelar el respectivo consumo de energía eléctrica.

c) "Los ingresos de la concesión fueron 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. Estos ingresos han definido el cronograma del plan de sustitución, y por lo tanto en caso de que el recaudo sea menor, se realizará un ajuste al mismo por parte del concesionario"

El 15 de Noviembre de 1.997 se celebró el contrato de Concesión No. 01-97 entre el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA y la Empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P.- Enelar, por medio del cual el Municipio de Buga entregó en concesión por espacio de 20 (veinte) años a Enelar, la operación y mantenimiento del alumbrado público, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y los accesorios eléctricos.²³

En la Cláusula Sexta las partes pactaron la retribución, forma y condiciones de pago al concesionario, en los siguientes términos:

"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 la 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."

El 10 de diciembre de 1.997 se suscribió el "Acta de iniciación del Contrato de Concesión No. 01-97 y el día 23 de diciembre del mismo año, entre ENELAR S.A. E.S.P. y la Fiduciaria de Occidente S.A. se suscribió el "Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, Pagos y Pignoración de Recursos"²⁴

Las partes han modificado de común acuerdo el contrato de Concesión No. 01-97 en cuatro (4) oportunidades, con la firma de los otrosíes correspondientes, así: el 15 de diciembre de 1997, el día 29 de diciembre de 1.997, el día 02 de diciembre de 1998 y el día 18 de junio de 1.999.²⁵

HECHOS RELACIONADOS CON LA FACTURACIÓN Y EL RECAUDO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO QUE NO RECAUDA EPSA E.S.P.

- 1) De acuerdo con el contrato de concesión, el Municipio debía remunerar al concesionario su labor, para lo cual en la cláusula sexta cedió los valores que se llegaren a facturar a los usuarios por concepto de alumbrado público, los cuales se transferirían a la Fiduciaria contratada para que administrara tales recursos. A su turno la Fiduciaria una vez deducida su comisión, pagaría el suministro de la

²³ Cdo. No. 1- Folios 311-316

²⁴ Cdo. No. 1- Folios 321-339

²⁵ Cdo. No. 1- Folios 340-348

energía eléctrica y los créditos obtenidos por el concesionario, para finalmente transferirle al último el remanente.

- 2) El Municipio de Guadalajara de Buga y la EMPRESA de ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P., EPSA E.S.P. suscribieron el 27 de junio de 1997 un contrato en virtud del cual esta última prestaría el suministro de energía eléctrica para el sistema del alumbrado público, y además el relacionado con *"la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público establecida por el Concejo Municipal"*. Se dispuso en el contrato que las labores de facturación y recaudo eran complementarias a la labor de suministro de energía para aquellos clientes regulados en el área de la jurisdicción del Municipio, por lo que, entonces, EPSA facturaría no sólo el servicio de energía eléctrica, sino además la tasa de alumbrado público.
- 3) Mediante la firma del otrosí No.4 al Contrato de Concesión No. 01-97 se autorizó al concesionario para celebrar convenios y/o contratos para la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado de aquellos usuarios que reciben el servicio del alumbrado público y que no son facturados por EPSA, con aquellas empresas comercializadoras y distribuidoras *"de energía eléctrica, que presten sus servicios a los usuarios del mercado regulado y no regulado en el área urbana y rural del municipio de Buga, y con otras empresas de servicios públicos domiciliarios como las de gas combustible distribuida por red física, de telefónica básica conmutada y empresas prestadoras de servicio de acueducto y alcantarillado en las áreas urbanas y rurales del Municipio de Buga"*.
- 4) Al decir de la convocante con la expedición del Acuerdo 036 de diciembre 31 de 2.005 por parte del Concejo Municipal de Buga, se restringió la facultad al concesionario de facturar a los usuarios no facturados por EPSA desde el mes de enero de 2.006.
- 5) Conforme a la demanda, la convocada no ha suscrito los convenios para realizar la facturación y el recaudo ni tampoco ha depositado en la fiduciaria que administra los recursos, suma alguna por este concepto y se ha abstenido de adelantar las acciones tendientes a recaudar la cartera por concepto del impuesto de alumbrado público que debían pagar la empresa Solla S.A. desde enero de 1.999 y la empresa Concentrados S.A. desde el mes de septiembre de 2.003.
- 6) La convocante presentó escrito formal de cumplimiento y de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato a la convocada recibiendo respuesta negativa.

HECHOS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO SEGUNDO DEL ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL NÚMERO 081 DE MAYO DE 2.003.

1. Al decir de la convocante, el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA ha omitido el cumplimiento de la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P desde junio de 2003, fecha en que dicho acuerdo comenzó a regir y hasta el mes de diciembre de 2005, inclusive, fecha en que se expidió el acuerdo No. 036 de 2005 del Concejo de Buga.
2. La convocante presentó escrito formal de cumplimiento y de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato a la convocada recibiendo respuesta negativa.

HECHOS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DEL ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL NÚMERO 036 DE DICIEMBRE 31 DE 2.005

Conforme a la demanda, con la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo de Guadalajara de Buga No. 036 de diciembre 31 de 2005 promovido por iniciativa del Alcalde municipal y por medio del cual se adoptó el impuesto de alumbrado público para Guadalajara de Buga, se fijan sus elementos y se autoriza el cobro, se dictan otras disposiciones y se derogan unos acuerdos, se afectó la remuneración del concesionario.

HECHOS RELACIONADOS CON EL PAGO DE LA REACTANCIA

Al sentir de la convocante, el pago de la reactancia correspondía al Municipio, dado que ni en el Pliego de Condiciones elaborado para la licitación pública nacional No SOP – 01 – 97, en su capítulo III, sobre el marco de referencia, ni en las comunicaciones de la Alcaldía del 29 de septiembre y la de EPSA del 30 de septiembre de 1997, se estableció que este rubro sería a cargo del proponente o contratista, en consecuencia el cobro que ha venido haciendo EPSA por consumo de potencia de la reactancia se paga con cargo a la facturación y al recaudo del servicio de alumbrado público afectando la remuneración del concesionario.

HECHOS RELACIONADOS CON EL MAYOR VALOR DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA

Conforme a la demanda, el pago por concepto del suministro de energía que se destina al alumbrado público del municipio se cancela con cargo a la remuneración de ENELAR S.A. E.S.P. en primer término y por lo tanto las variaciones en el valor del suministro de energía tienen directa incidencia en la remuneración del concesionario.

En el mes de junio de 2.007, el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA y Empresa de

Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA S.A. acordaron el precio por concepto de suministro de energía con destino al alumbrado público mediante el contrato No. DAM-013-2007 del 27 de junio de 2007.

Enelar presentó ante el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA solicitud formal de cumplimiento y consecuente restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, pues el incremento de la tarifa de suministro de energía incidía negativamente en su remuneración, pero nuevamente recibió respuesta negativa por parte del Municipio de Buga.

HECHOS RELACIONADOS CON LA GARANTÍA ÚNICA

Al decir del convocante el incremento solicitado por la convocada en los montos de la garantía fue adoptado por el Municipio, con base en una interpretación errónea de la cláusula séptima del contrato y sobreviniéndole en consecuencia unos mayores costos.

V. LAS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

Las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria son las siguientes:

1. En relación con la facturación y el recaudo del impuesto por concepto de alumbrado público a los usuarios no facturados por EPSA E.S.P.:

1.1. Solla S.A. y Concentrados S.A.

- a) Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la omisión en que incurrió el municipio para adelantar los cobros a las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A., a la primera desde el mes de enero del año 1999 y a la segunda desde el mes de septiembre de 2003, fechas en las cuales cada una de esas empresas dejó de pagar el impuesto de alumbrado público, y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, fecha en que se expide el Acuerdo No. 036 de 2005 del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga.
- b) Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01.-97, quebrantado como consecuencia de la omisión en que incurrió el municipio para adelantar los cobros de que trata la letra a inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará al concesionario las sumas causadas por concepto del impuesto de

alumbrado público a las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A. y que estas empresas se abstuvieron de cancelar, mes a mes, en los períodos individuales indicados con anterioridad, sumas que ascienden a un valor de noventa y cinco millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento sesenta y seis pesos (\$95.464.166.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.

- c) Que sobre las sumas resultantes mes a mes, de conformidad con la letra b inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que debió efectuarse el recaudo respectivo a cada una de las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A. y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

1.2. A los usuarios que no son facturados por EPSA E. S. P. y que debe facturar el municipio de Guadalajara de Buga desde que entró a regir el Acuerdo No. 036 de diciembre de 2005.

- a) Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de los luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión una suma equivalente al total de la facturación que debe recaudar 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, y hasta la fecha en que se profiera el laudo.
- b) Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión una suma equivalente al total de la facturación que se comprometió a recaudar de los usuarios no regulados cuyo tributo no recauda EPSA, el municipio de Guadalajara de Buga debe reconocer y pagar al concesionario la suma que debió ser facturada y recaudada de tales usuarios, mes a mes, desde el mes de enero del año 2006 y hasta la fecha en que se profiera el laudo en el monto que se establezca dentro del proceso.

- c) Que sobre las sumas resultantes mes a mes, de conformidad con la letra b inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que debió efectuarse el recaudo respectivo de cada uno de los usuarios que se comprometió a facturar y a recaudar el municipio y hasta la fecha en que se profiera el laudo.
- d) Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia de la facturación y el recaudo que se comprometió a realizar el municipio sobre los usuarios que no son facturados por EPSA E. S. P., el municipio de Guadalajara de Buga transferirá 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, una suma equivalente al total de la facturación que corresponde a los usuarios del servicio de alumbrado público que no factura EPSA E. S. P. o, SUBSIDIARIAMENTE, al total de lo que se recaude mes a mes por este concepto.

2. En relación con la aplicación del Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003

2.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la omisión en que han incurrido las autoridades del municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P., desde la fecha en que dicho acuerdo comenzó a regir (junio de 2003) y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, fecha en que se expidió el acuerdo No. 036 de 2005, igualmente del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga.

2.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la omisión en que han incurrido las autoridades del municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número

081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E. S. P., el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que se dejaron de facturar por este concepto, desde la fecha en que entró a regir el citado Acuerdo número 081 de 2003 y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, suma que asciende a novecientos cuarenta y cinco millones ochenta y nueve mil setecientos cuarenta y dos pesos (\$945.039.742.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.

2.3. Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 2.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, mes a mes, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que se dejaron de facturar cada uno de los ajustes provenientes de la aplicación del citado Artículo Segundo del Acuerdo 81 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E. S. P. y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

3. En relación con la aplicación del Acuerdo del Concejo Municipal numero 036 de diciembre 31 de 2005

3.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos" quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005.

3.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que se han dejado de facturar tanto a los usuarios facturados por EPSA como los usuarios que debe facturar el municipio, mes a mes, desde la fecha en que entró a regir el citado Acuerdo 036 (enero de 2006) y hasta la fecha en que se profiera el laudo respectivo, en los montos que se establezcan dentro del proceso, teniendo en cuenta la diferencia que

exista mes a mes con las tarifas que eran aplicables cuando dicho Acuerdo 036 entró a regir.

3.3. Que sobre las sumas resultantes de conformidad con el numeral 3.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que entró a regir el Acuerdo 036 de diciembre 31 de 2005 y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

3.4. Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-91 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005, desde la fecha en que se profiera el laudo y hasta la fecha en que concluya el contrato de concesión y mientras este acuerdo se mantenga vigente, el municipio de Guadalajara de Buga pagará directamente al concesionario, mes a mes, la diferencia que resulte entre la facturación que se realice o deba realizarse a los usuarios como consecuencia de la aplicación del citado Acuerdo 036 y la facturación que debía realizarse con base en las tarifas que eran aplicables cuando este Acuerdo entró a regir.

4. En relación con el pago de la reactancia:

4.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos" quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para reconocer y pagar las sumas que EPSA E. S. P. ha cobrado con cargo a los recaudos por concepto de reactancia.

4.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado en los términos del numeral 4.1. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que, con cargo al recaudo por concepto del servicio de alumbrado público, se han pagado a EPSA E. S. P. por concepto de reactancia desde la fecha en que se inició el contrato de concesión

y hasta el día 30 de junio del año 2007, en el monto que se establezca dentro del proceso.

- 4.3. Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 4.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados mes a mes dentro del proceso, desde la fecha en que se realizó a favor de EPSA E. S. P. cada desembolso por concepto de reactancia y hasta la fecha en que se profiera el laudo.
5. En relación con el pago que debe realizar ENELAR por concepto del suministro de energía que se destina al alumbrado público.
 - 5.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997 "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos" quebrantado como consecuencia de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A. E. S. P., para el suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público del mismo municipio, negociación que quedó documentada en el contrato No. DAM-013-2007, suscrito el día 27 de junio de 2007.
 - 5.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A. E. S. P. en el año en curso, para el suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público del mismo municipio, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total del incremento en el precio de la energía suministrada como consecuencia de lo acordado en el mismo contrato, que haya sido pagado a EPSA E. S. P. con cargo al recaudo de la tarifa por concepto de alumbrado público desde el mes de julio de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo respectivo.
 - 5.3. Que sobre las sumas resultantes de conformidad con el numeral 5.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, mes a mes, liquidados dentro del proceso, calculados desde el mes de julio de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

5.4. Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia del incremento en los precios del suministro de energía, el municipio de Guadalajara de Buga pagará directamente a EPSA E. S. P. el valor correspondiente, o SUBSIDIARIAMENTE, el municipio de Guadalajara de Buga transferirá al concesionario una suma equivalente al desembolso que se realice con cargo al recaudo por este concepto en la misma fecha en que éste se produzca, desde la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta la fecha de finalización del contrato de concesión.

6. En relación con la garantía única

6.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E. S. P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos" quebrantado como consecuencia de los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única.

6.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario la diferencia que resulta de comparar el pago de la prima ; que exigió el municipio con el pago que debía realizar de conformidad con el contrato, que es equivalente a la suma de cinco millones seiscientos veinticuatro mil cuarenta y seis pesos (\$5.624.046.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.

6.3. Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 6.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga, por intermedio de su representante, reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que se realizó el pago de la prima respectiva y hasta el momento en que se profiera el laudo.

7. En relación con las declaraciones y condenas que profiera el tribunal

7.1. Que al laudo respectivo se le deberá dar cumplimiento por el convocado en la fecha en que quede ejecutoriado.

7.2. Que, una vez ejecutoriado el laudo, las sumas establecidas en el mismo a favor de la convocante y con cargo al convocado devengarán los intereses de mora permitidos por la legislación nacional, a la tasa que certifique la Superintendencia Financiera o el organismo que haga sus veces, desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzcan los pagos respectivos.

7.3. Que el convocado deberá pagar las costas y agencias en derecho generadas como consecuencia del presente proceso.

VI. LA OPOSICIÓN DEL MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA FRENTE A LA DEMANDA

EL MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, al contestar la demanda, rechazó todas las pretensiones incoadas en su contra, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos, frente a algunos dijo no constarle y rechazó los restantes.

Igualmente propuso las siguientes excepciones, fundamentadas en los argumentos de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda:

- a) Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento.
- b) Caducidad de la acción impetrada.
- c) Ineptitud de la demanda.

VII. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

Sobre la práctica de las diligencias de pruebas, cabe señalar lo siguiente:

- 7.1. En audiencia del 12 de noviembre de 2.008 el apoderado del Municipio de Buga realizó la exhibición de documentos conforme fue decretado en el Auto de pruebas y el apoderado de la parte convocada manifestó su conformidad con la exhibición, agregándose los documentos al expediente, así mismo fue posesionada como perito la doctora MYRIAM CAICEDO ROSAS fijándosele honorarios y plazo para la entrega del dictamen. En esta fecha se realizó la exhibición de documentos por parte de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA S.A. ; por parte de la Fiduciaria de Occidente S.A. y por parte de la ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P. solicitándosele a la parte

convocante remitir los documentos solicitados en el decreto de la prueba. En la misma fecha se recibieron los testimonios de GLORIA STELLA SÁNCHEZ, GUILLERMO DE JESÚS MOLINA CRUZ, FERNANDO MÉNDEZ. Igualmente se prescindió de realizar las inspecciones judiciales en las sedes de la Alcaldía del MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, en la sede principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA S.A., en la sucursal de la sociedad FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. y en la sede de la entidad Convocante.²⁶

7.2. En audiencia del 13 de noviembre de 2.008 se recibieron los testimonios de CARLOSA ALBERTO GIRALDO LÓPEZ, HERNÁN USSA RINCÓN, VÍCTOR JAIME CASTAÑO y se aceptó el desistimiento de los testimonios de HERVERTH FERNANDO TORRES y JUAN FELIPE HERNANDEZ.

7.3. El dictamen pericial decretado fue rendido oportunamente y se fijó en lista el día 3 de febrero de 2.009, en atención a que el proceso fue suspendido entre el 4 y el 5 de febrero corriéndose el traslado del mismo los días 26, 27 de febrero y 2 de marzo de 2.009.²⁷ Dentro de ese término la parte convocante presentó solicitud de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente.²⁸

7.4. Mediante Auto No. 19 del 30 de marzo de 2.009, se declaró concluida la instrucción del proceso arbitral.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en quince (15) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas solicitadas y ambas partes y la Procuraduría, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el Art. 154 del Decreto 1818 de 1998, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos escritos de las intervenciones por ellas llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES

²⁶ Cdo. No. 2 – Folios 049-054

²⁷ Cdo. No. 4 –Folio 045

²⁸ Cdo. 5.1 A. Folios-1172-1273

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C., motivos que permiten decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada.

2.- DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL Y LOS REPAROS DE LA PARTE CONVOCADA.

La parte convocada tanto en escrito presentado conjuntamente con el de contestación a la demanda como en el alegato final de conclusiones, ha expresado reparos a la competencia del Tribunal, por diversos motivos.

Al pronunciarse sobre su propia competencia, el Tribunal en el auto del 24 de septiembre de 2008, se ocupó de dos de los tres reparos que inicialmente planteó la parte convocada.

En efecto, el Municipio de Buga argumentó en el escrito anexo a la contestación de la demanda, no sólo que el Tribunal carecía de competencia, sino además la ineptitud de la demanda y la caducidad de la acción. Frente a este escrito, el Tribunal en el citado auto del 24 de septiembre de 2008, en el que asumió competencia, se pronunció y resolvió las peticiones de falta de competencia y de ineptitud de la demanda, y postergó el pronunciamiento sobre lo relacionado con la alegada caducidad, para el laudo, ante la imposibilidad legal de resolver este último aspecto en la primera audiencia de trámite.

Dado que resta por decidirse lo relacionado con la supuesta caducidad de la acción, y que la parte convocada ha vuelto a insistir en su alegato de conclusiones sobre la eventual falta de competencia, el Tribunal vuelve a ocuparse de estos aspectos, pero reiterando su decisión de rechazar la excepción de ineptitud de la demanda.

En su escrito inicial, la parte convocada hizo consistir su alegato de falta de competencia e ineptitud de la demanda, en dos circunstancias, así:

(i) la primera, que como en la demanda se solicitó que se declarara que el Municipio había omitido cobrar a Solla y Concentrados S.A lo que estas empresas debían pagar por concepto del alumbrado público, la demanda involucraba no sólo a terceros ajenos al pacto arbitral, sino también a personas indeterminadas;

y (ii) la segunda, que como la demanda cuestiona la forma en la que se aplicó el Acuerdo No 036 de 2005, ello implica que el Tribunal ha de ocuparse de definir la legalidad de un acto administrativo, para lo cual carecen de competencia los árbitros.

Frente a los cargos anteriores, el Tribunal los desechó en providencia del 24 de septiembre de 2008, la cual no fue objeto de censura alguna por las partes, porque consideró que no se configuraban los supuestos fácticos invocados por la convocada. No habiéndose producido en el curso del proceso un hecho que imponga cambiar el criterio ya adoptado, el Tribunal reitera lo ya dicho al respecto, esto es, que la decisión de fondo a proferir en el presente laudo no ha de tener efectos respecto de Solla y Concentrados S.A, quienes son y seguirán siendo terceros, ni respecto de personas indeterminadas, como también que el laudo no habrá de ocuparse de si el Acuerdo No 036 de 2005 es legal o no, pues su juicio tendrá que ver exclusivamente con las consecuencias económicas derivados del mismo respecto del contrato que da origen a este proceso, escenario en el cual sí pueden adentrarse los árbitros.

En lo que toca con la primera pretensión relacionada con los cobros que supuestamente habría omitido realizar el Municipio a Solla y Concentrados, lo que se pretende no es una declaración respecto de estas entidades u otros beneficiarios del servicio de alumbrado público. A juicio del Tribunal, si el destinatario de este pedimento es exclusivamente el Municipio de Guadalajara de Buga, no Solla y Concentrados u otras entidades, es claro que no se estructura la censura de la parte convocada.

Cualquiera sea el sentido de la decisión que adopte el laudo respecto de esa específica pretensión, en ningún caso comportará una orden o condena a Solla y Concentrados o a otras entidades, ni tampoco una exoneración. La relación jurídica objeto de análisis y por ende de juzgamiento, es la sostenida entre ENELAR y el Municipio de Guadalajara de Buga, no las demás que con cada una de las partes o con ambas, pudieran tener o hubiesen sostenido Solla y Concentrados u otras personas jurídicas.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la falta de competencia, alegada a partir de la creencia de que el presente laudo se ocupará de definir la legalidad del Acuerdo No 036 de 2005, igualmente el Tribunal insiste en lo ya expresado en el auto del 24 de septiembre de 2008. En efecto, el Tribunal desde ningún punto de vista considera *"que las pretensiones del actor apunten a un pronunciamiento sobre la legalidad o validez del referido acuerdo o que sus facultades jurisdiccionales le permitan hacerlo."*

Al momento de proferir el laudo, como se verá adelante, no se hará pronunciamiento alguno, ni directo o tangencial, que permita concluir o suponer que este Tribunal se ha pronunciado sobre la legalidad del citado Acuerdo No 036 de 2005, cuya legalidad por

lo demás, como milita en el expediente, ya fue confirmada por la jurisdicción contenciosa.

Lo que se definirá en este laudo es la pretensión tal y como le fue planteada, la cual leída y releída no permite apreciar que en ella se deba definir la legalidad del acuerdo No 36 de 2005, ni de ninguno otro.

En su alegato de conclusión, la parte convocada ha vuelto a plantear esta inquietud, esta vez afirmando que se ha configurado la causal de nulidad de falta de jurisdicción, porque en su sentir es la jurisdicción contenciosa y no la jurisdicción arbitral la llamada a dirimir *" la controversia que se plantea por la parte convocante respecto a la expedición y aprobación del Acuerdo Municipal No 036 de 1995 (sic) que se dice en la demanda afecta la remuneración y le causa un daño jurídico...."*.

El Tribunal parte del supuesto de que todo acto expedido por las autoridades está amparado con la presunción de legalidad, y bajo ese supuesto lo que definirá en el presente laudo, es simplemente si, como lo pidió la convocante, es cierto o no que se rompió el equilibrio económico del contrato suscrito entre las partes enfrentadas en este litigio *"como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del concejo del mismo municipio de diciembre 31 de 2005 "*.

El Tribunal entiende que una cosa es definir la legalidad de un Acuerdo municipal, y otra bien diferente analizar las posibles consecuencias económicas que él mismo haya generado en el contrato de concesión que contiene la cláusula compromisoria que dota de jurisdicción a este Tribunal. Si tal Acuerdo generó consecuencias patrimoniales adversas a una de las partes, ello por si sólo no lo hace legal ni ilegal, pues tal juicio ha de realizarlo otro juez, como en el caso del Acuerdo No 036 de 2005, hoy resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. En otras palabras, de llegar a considerarse que no hubo consecuencias económicas adversas derivadas de la aprobación y vigencia del Acuerdo, ello no implicaría concluir que el mismo es legal, tampoco podría concluirse que en la hipótesis de averiguarse que sí causó pérdidas económicas a una de las partes, ello supone que es ilegal. Ni lo uno, ni lo otro.

Agregó igualmente la parte convocada, para insistir en su alegato, un supuesto trámite inadecuado de este proceso, sosteniendo que como la demanda de ENELAR se ha interpuesto porque la convocante dice sentirse lesionada *"por la expedición del Acuerdo Municipal No 036 del 31 de diciembre de 2005, y su consecuente aplicación por el Alcalde Municipal"* la acción que ha debido incoarse es *"la de reparación directa y liquidación del contrato y/o nulidad absoluta y liquidación del contrato con indemnización de perjuicios"*. Según la parte convocada, optar por una vía procesal

diferente a la del arbitramento, permitiría la intervención de todos los ciudadanos en el litigio que se promueva, la cual les está vedada en el sub lite.

El Tribunal no comparte el criterio de la parte convocada acerca de que las controversias involucradas en este proceso, debieron haberse promovido por otro tipo de acción, pues al tenor del pacto arbitral y de las pretensiones plasmadas en la demanda o excepciones incoadas en la contestación, claramente se advierte, sin dubitación alguna, que se eligió el medio procesal adecuado.

En efecto, la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C. se promueve por el interesado cuando la causa del daño *“sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”*. En el sub lite, la convocante invoca como causa del supuesto daño, el desequilibrio económico del contrato, derivado de diferentes circunstancias. En ese escenario, menos procede la vía procesal para liquidar el contrato, tanto más cuanto que el mismo sigue en plena ejecución en la actualidad.

Tampoco es de recibo la proposición del convocado, según la cual ha debido solicitarse la nulidad del contrato y su consecuente liquidación, porque para solicitar el reconocimiento y pago del desequilibrio económico, no es necesario solicitar su nulidad, pues bien puede presentarse la ruptura de la ecuación económica, y no por ello se compromete la validez del respectivo contrato, como parece colegirse del razonar de la parte convocada.

El argumento adicional, acerca de que adelantar este proceso por el trámite arbitral cercena a los ciudadanos el derecho de intervenir, tampoco es de recibo. En efecto, en el evento de que no hubiese mediado pacto arbitral y el proceso se estuviese ventilando en la justicia contencioso administrativa, en ese escenario tampoco podría darse la intervención masiva de los ciudadanos, como el demandado supone que podría darse. En el mejor de los casos, lo que podría darse tanto en el proceso ante la jurisdicción contenciosa como en el trámite arbitral, sería la coadyuvancia, o eventualmente la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía.

Por las razones expuestas, el Tribunal rechazará las defensas consistentes en falta de competencia y de jurisdicción, trámite inadecuado y la ineptitud de la demanda.

3.- DE LA SOLICITUD PARA QUE SE PROFIERA FALLO INHIBITORIO.-

En su alegato final de conclusiones, la parte convocada ha solicitado que se profiera laudo inhibitorio, porque en su sentir como la Sección Cuarta del Consejo de Estado,

en sentencia del 4 de septiembre de 2008, declaró la nulidad del Acuerdo Municipal No 032 de 2004, que había fijado el impuesto de alumbrado público para la ciudad de Darién, tal determinación ha de tener efectos también frente a este proceso, dado que en esta controversia se ventilan las consecuencias económicas para el contrato suscrito entre las partes derivadas del Acuerdo No 036 de 2005, que igualmente se ocupó de fijar las tarifas del servicio de alumbrado público para Buga.

Según el razonar de la parte convocada, como el Consejo de Estado ya declaró la nulidad de un Acuerdo similar expedido por el Concejo de Darién, han de tenerse “sin vida o valor jurídico” los demás Acuerdos similares de todo el país.

El Tribunal no comparte la apreciación del convocado, en primer término, porque la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que anuló el Acuerdo del Concejo de Darién, tiene efectos relativos, no erga omnes, es decir, solamente tiene consecuencias en lo que tiene que ver con el citado Acuerdo. En otras palabras, lo decidido en el Consejo de Estado sobre un específico Acuerdo Municipal, no supone la anulación o convalidación de los actos iguales o semejantes, que no porque la justicia contenciosa haya anulado alguno, han de perder vigencia todos o tenerse por inválidos.

En segundo término, tampoco puede compartir la solución que propone la parte convocada, porque de llegar a suponer que como se anuló un Acuerdo Municipal que fijaba tarifas de alumbrado público, son igualmente inválidos todos los que se le parezcan, ello implicaría desconocer lo decidido en el juicio que se adelantó en la jurisdicción contenciosa a instancias del actor en el que es parte la convocada, para que se declare la nulidad del Acuerdo No 036 de 2005.

Adicionalmente, tampoco puede accederse al pedimento de que se profiera laudo inhibitorio, porque el suceso en el que se sustenta ese pedimento, no habilita a proferir decisión inhibitoria, y, adicionalmente, porque en el proceso arbitral no es dable que los árbitros se inhiban de decidir lo propuesto por las partes, porque de hacerlo expondrían gravemente el laudo a la causal de anulación “ No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” prevista en el numeral 9 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

El juez, y los árbitros lo son, por principio debe evitar el cáncer de proferir sentencias inhibitorias, las cuales solamente pueden abrirse camino si se echa de menos uno o varios de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo o de mérito, esto es, si se suscita la falta de legitimación en la causa o de interés sustancial para obrar, la indebida acumulación de pretensiones, ninguno de los cuales se presenta en el sub lite. En efecto, las partes involucradas en este proceso están asistidas de legitimación

en la causa y tienen interés para obrar, dado que son partes en un contrato estatal, y las pretensiones incoadas, tanto las principales, consecuenciales y alguna subsidiaria, se han planteado con el rigor procesal requerido.

No habiendo, pues, motivo alguno para inhibirse de decidir las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, el Tribunal rechazará por improcedente tal solicitud formulada en el alegato final de conclusiones, y, en su lugar, decidirá en el fondo la controversia.

4.- EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

En lo que toca con la excepción de caducidad planteada por la parte convocada en su escrito adjunto a la contestación de la demanda, cuyo estudio el Tribunal postergó para realizarlo en el presente laudo, tampoco se configura la defensa propuesta.

La pretendida caducidad se hace consistir en el hecho de que como el supuesto desequilibrio económico que se reclama por virtud del pago no reclamado a Solla y a Concentrados se habría producido desde enero de 1999 y septiembre de 2003, respectivamente, entonces a la luz del artículo 136 del C.C.A habría operado la caducidad porque en las acciones *"relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento"*

Dado que el contrato base del litigio aún se encuentra vigente y en plena ejecución, no es posible predicar el fenómeno de la caducidad, tanto más cuanto que respecto de este contrato es preciso suscribir un acta final de liquidación, suceso que sitúa el inicio del cómputo del término en oportunidad diferente en la que lo ubica la parte convocada.

El concesionario bien puede formular demanda durante la ejecución del contrato, evento en el cual ningún término de caducidad le ha empezado a correr, o podrá hacerlo a la terminación del contrato o con posterioridad a la liquidación, en cuyo caso, sí se ha de computar el término de caducidad de que trata el artículo 136 del C.C.A, según la hipótesis a que haya lugar en cada situación.

El Tribunal comparte además las razones expuestas por el Ministerio Público, que le permitieron concluir que *"en el presente caso el contrato se encuentra vigente y por ello es concepto de este despacho que la caducidad de las acciones que se deriven del mismo será de 2 años contados a partir de la liquidación del mismo"*.

En consecuencia, el Tribunal denegará la excepción de caducidad, acogiendo el concepto de la vista Fiscal.

Así, pues, lo anterior evidencia que no se han configurado los vicios procesales o la caducidad de la acción alegados por la parte convocada, por lo cual procede al Tribunal a continuación a ocuparse del fondo de la controversia, para lo cual habrá de estudiar uno a uno los grupos de pretensiones propuestos en la demanda.

5.- PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES - PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA FACTURACIÓN Y RECAUDO DEL IMPUESTO POR CONCEPTO DE ALUMBRADO PÚBLICO A LOS USUARIOS NO FACTURADOS POR EPSA E.S.P.

De acuerdo con el contrato, el Municipio debía remunerar al concesionario su labor, para lo cual en la cláusula sexta cedió los valores que se llegaren a facturar a los usuarios por concepto de alumbrado público, los cuales se transferirían a la Fiduciaria contratada para que administrara tales recursos. A su turno la Fiduciaria una vez deducida su comisión, pagaría el suministro de la energía eléctrica y los créditos obtenidos por el concesionario, para finalmente transferirle al último el remanente.

Desde junio de 1997, el Municipio había suscrito contrato con la EMPRESA de ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P., EPSA E.S.P. en virtud del cual esta última prestaría el suministro de energía eléctrica para el sistema de alumbrado público, y además el relacionado con *"la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público establecida por el Concejo Municipal"*.

Es obvio que la labor de facturación y recaudo del alumbrado público que prestaría EPSA, era complementaria a la labor de suministro de energía para aquellos clientes regulados en el área de la jurisdicción del Municipio, por lo que, entonces, EPSA facturaría no sólo el servicio de energía eléctrica, sino además la tasa de alumbrado público.

En ese orden de ideas, el Municipio canalizó la facturación y recaudo del servicio de alumbrado público para los usuarios regulados, a través de EPSA, la misma empresa que suministra la energía eléctrica en los domicilios de la población. Para aquellos usuarios que reciben el servicio del alumbrado público que no son facturados por EPSA, el concesionario fue autorizado por el Municipio para recaudarlos previa celebración por parte del último de convenios y/o contratos para la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público con aquellas empresas comercializadoras y distribuidoras *"de energía eléctrica, que presten sus servicios a los usuarios del mercado regulado y no regulado en el área urbana y rural del municipio de Buga, y con otras empresas de*

servicios públicos domiciliarios como las de gas combustible distribuida por red física, de telefónica básica conmutada y empresas prestadoras de servicio de acueducto y alcantarillado en las áreas urbanas y rurales del Municipio de Buga”.

Como lo describe el convocante en su alegato de conclusión, esta pretensión tiene dos etapas. La primera comprende el período que va desde 1998 hasta el 31 de diciembre de 2005, cuando el Concejo Municipal de Buga aprobó el Acuerdo No 036, lo que ha generado la reclamación correspondiente a la facturación y pago de las empresas Solla S.A y Concentrados S.A; la segunda etapa se inicia el 1 de enero de 2006 y se extiende hasta ahora, incluyendo todas las empresas que son usuarias no reguladas y no facturados por EPSA.

En lo tocante con la pretensión del actor relacionada con Solla y Concentrados, el cargo que se le endilga al Municipio es el haber incurrido en omisión para adelantar el cobro del alumbrado público a esas empresas. Y en lo que tiene que ver con los otros usuarios que no son facturados por EPSA E.S.P. y que debe facturar el municipio de Buga, se hace consistir en una supuesta mora en la que habría incurrido el Municipio *“para transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión una suma equivalente al total de la facturación que debe recaudar directamente o por convenio con terceros de los usuarios cuyo tributo no recauda EPSA”.*

Si el actor funda la primera etapa de la pretensión en el cargo de omisión por parte del Municipio, es preciso, entonces, identificar cuál fue el deber omitido o desatendido. Lo propio ha de hacerse para definir si se configuró o no la mora alegada por el actor.

No existe en el contrato suscrito entre las partes, obligación alguna a cargo del Municipio de adelantar cobros del impuesto del alumbrado público, pues, por el contrario, como lo sostiene el mismo demandante, en la cláusula sexta del contrato el Municipio cedió sus derechos al Concesionario *“sobre el valor total mensual de la facturación del servicio del alumbrado público, durante la vigencia del Contrato y desde la fecha de la iniciación del mismo”.* A criterio del Tribunal, tal cesión de los derechos le impedía al Municipio adelantar los recaudos que echa de menos el demandante respecto de Solla S.A y Concentrados S.A.

A lo anterior ha de agregarse que Solla S.A ha alegado no haber sido beneficiaria del servicio del alumbrado público, discrepancia que no puede soslayarse en el escenario diseñado expresa y voluntariamente por el Municipio y ENELAR. En efecto, si los supuestos obligados a pagar el servicio e impuesto del alumbrado público controvierten la existencia de la prestación por no ser usuarios satisfechos, ello pone en entredicho la solidez de la prestación aparentemente dejada de recaudar por el Municipio, por lo

cual, mal puede trasladársele al último la responsabilidad por no haber adelantado el cobro de un servicio cuestionado.

Al respecto, es muy ilustrativa la comunicación del 20 de enero de 2003, suscrita por el doctor ALFREDO ESTRADA VEGA, representante legal de ENELAR, dirigida al doctor JHON JAIRO BOHORQUEZ CHAVARRO, entonces Alcalde de Buga, en la que al solicitar se adelante el cobro coactivo de la prestación del impuesto de alumbrado público a Solla S.A, se admite que la citada entidad alega *"que carece de los beneficios de este servicio por estar sus instalaciones en las afueras del perímetro urbano no dotado de Alumbrado Público"*.

Y en lo tocante con la supuesta falta de recaudo del impuesto que debía ser pagado por la firma Concentrados, no encuentra el Tribunal que se haya acreditado en el expediente la prestación de ese servicio a esa entidad, por lo cual mal podría acceder a ordenar un pago, cuya prestación equivalente no aparece demostrada.

A juicio de la Agencia Fiscal, el Tribunal debería acceder a esta pretensión, porque *"está probado que la omisión en el cobro a las empresas Solla S.A y Concentrados S.A que debían haberse cobrado conforme a lo pactado en el contrato y sus modificaciones, alteraron la ecuación económica del contrato todas vez que dichas sumas debieron cobrarse y consignarse en la fiducia establecida para ello y que la modificación sufrida por la entrada en vigencia del Acuerdo 036 de 2005 en el sentido de que el impuesto de alumbrado público será cobrado a partir de dicha fecha por el Municipio de Guadalajara de Buga, sin que se haya demostrado por parte de la entidad convocada que exista otra empresa que esté efectuando dicho recaudo y que se esté consignando en la fiducia, de cuyos valores se le estén cancelando a la entidad CONVOCANTE el valor correspondiente al servicio del alumbrado público que le fue concesionado en su totalidad, es necesario concluir que frente a estas pretensiones le asiste la razón a la entidad CONVOCANTE por lo que se debe acceder a las pretensiones señaladas en este punto y que han sido valoradas por la experticia practicada en el proceso arbitral."*

La respetable posición del Ministerio Público, parte del supuesto de que efectivamente en el contrato estaban previstas unas obligaciones a cargo del Municipio, que éste omitió atender, por lo que debe abrirse camino el reconocimiento a estas pretensiones, además porque la experticia acreditó la pérdida sufrida por el convocante. El Tribunal, como ya se explicó, considera que ni a la luz del contrato ni sus otrosíes, se incluyeron prestaciones relacionados con estos aspectos, cuya satisfacción posteriormente hubiesen sido omitidas por el Municipio.

Ahora bien, en este grupo de pretensiones, plantea la convocante otro reclamo, consistente en que el Municipio habría incurrido en mora de transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión, una suma equivalente al total de la facturación que se comprometió a recaudar de los usuarios no regulados cuyo tributo no recibe EPSA. Tal pedimento se fundamenta en el hecho de que con ocasión del otrosí 4 al contrato suscrito en junio de 1999, la facturación a los usuarios no facturados por EPSA quedaría a partir de junio de ese año en cabeza de ENELAR, facultad de la que supuestamente fue privado posteriormente por el Acuerdo No 036 de 2005.

La sociedad convocante planteó este reclamo al Municipio en carta del 27 de julio de 2006, suscrita por el doctor JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ, Subgerente de ENELAR, con parecidos argumentos a los expuestos en la demanda y en el alegato de conclusión. A esa solicitud, el Municipio en carta del 22 de agosto de 2006, suscrita por el doctor HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA, director administrativo, respondió declinándola, para lo cual expresó que *"No se tiene previsto contractualmente que los recursos del recaudo del impuesto de alumbrado público, efectuado por empresas comercializadoras de energía a clientes no regulados, deba ser depositados en cuentas de fiducia alguna, ni mucho menos que con tales recursos se remunere algún servicio prestado por el concesionario. Tampoco se acordó que tales recursos pudieran ser recaudados por la firma ENELAR S.A. E.S.P., por tal razón, no es consistente la manifestación hecha por el peticionario de que el Municipio haya dispuesto unilateralmente: **"quitarle esa facultad"** al concesionario, no puede despojarse de función alguna a quien no la posee."*

A pesar de lo anterior, y sobre este tema específico, la mayoría del Tribunal - dado que sobre la decisión frente a este aspecto salvará su voto el árbitro RAMIRO BEJARANO GUZMÁN - no puede desconocer, en primer lugar, que 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.

En segundo lugar, estudiado el dictamen pericial - que por lo demás no fue objeto de reparo alguno por la convocada- resulta relevante extraer las siguientes conclusiones (folios 28 y 29 de la experticia): (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.

Considera la mayoría del Tribunal que con esa herramienta probatoria, la parte convocante demostró los sustentos de hecho sobre los cuales edifica su pretensión, pues, se reitera, que de conformidad con la cláusula sexta del contrato, las partes convinieron que la remuneración del contratista estaba representada en el valor total mensual de la facturación.

Implica lo anterior, que el Municipio tiene en su poder unas sumas de dinero a las que tenía derecho el concesionario en virtud de lo acordado en el contrato y por ende al no transferirlas a la fiduciaria encargada del manejo de los recaudos, se encuentra incurso en un incumplimiento contractual que conlleva en últimas un desequilibrio negocial, por lo cual habrá de accederse a la pretensión correspondiente, esto es a la pretensión 1.2. literales a y b.

Confirma adicionalmente la anterior conclusión de la mayoría del Tribunal, la manifestación efectuada por el Señor Apoderado del Municipio en el curso de la audiencia de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

" A lo de los no regulados. 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."

Coincide entonces el criterio mayoritario del Tribunal con el del Ministerio Público, acerca de que está probado, con la experticia rendida en el proceso, que hubo un incumplimiento contractual del Municipio, el cual evidentemente generó un desequilibrio económico del contrato y en consecuencia, se acogerá la Vista Fiscal, en lo que se refiere a las pretensiones relativas al pago de los recaudos efectuados a los usuarios no regulados.

Respecto de la pretensión relativa a que en lo sucesivo se ordene al municipio que transfiera a la fiduciaria el valor de lo recaudado por concepto de usuarios no regulados

En el literal d. de la pretensión 1.2., el apoderado de la demandante solicita que para mantener el equilibrio del contrato, en lo sucesivo se ordene al Municipio que transfiera a la Fiduciaria que administra los recursos de la concesión "una suma equivalente al total de la facturación que corresponde a los usuarios del servicio de alumbrado público

que factura EPSA E.S.P. o SUBSIDIARIAMENTE, al total de lo que se recaude mes a mes por ese concepto.”

Sobre el particular la mayoría del Tribunal destaca que en la medida en que en este punto la causa del desequilibrio es un incumplimiento del contrato por parte de la convocada, no es procedente acceder a la petición principal de que el Municipio pague una suma equivalente al total de la facturación, pues su obligación no es pagar por los usuarios no regulados, sino que accederá a la petición 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.

LIQUIDACION

De conformidad con las conclusiones de la perito extraídas de la contabilidad del Municipio, el valor total de los dineros recaudados por la convocada respecto de los usuarios no regulados, asciende a la suma de doscientos ochenta y dos millones doscientos diecinueve mil ochocientos veintiséis pesos (\$ 282.219.826,00).

Teniendo en cuenta que no aparece demostrado en el expediente que la transferencia de esa cifra debía realizarse dentro de un plazo acordado, el Tribunal por mayoría considera que no hay lugar a aplicar intereses moratorios sobre ella, sino que procederá a actualizarla hasta la fecha de esta providencia.

Ese valor debidamente actualizado, asciende a la suma de Trescientos Ocho Millones Doscientos Cuatro Mil Trescientos Sesenta y Cuatro Pesos M/cte (\$308.204.364,00)

6.- SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES - EN RELACIÓN CON LA SUPUESTA FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL NÚMERO 081 DE MAYO 28 DE 2002

En el segundo grupo de pretensiones de la demanda, la parte convocante solicita el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión como consecuencia de *“la omisión en que han incurrido las autoridades del municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P desde la fecha que dicho acuerdo comenzó a regir (junio de 2003) y hasta el mes de diciembre de 2005, inclusive, fecha en que*

se expidió el acuerdo No. 036 de 2005, igualmente del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga”.

Para efectos de ese restablecimiento solicita que se condene al Municipio demandado a pagar el valor total de las sumas que se dejaron de facturar por ese concepto más sus respectivas actualizaciones e intereses moratorios.

A fin de resolver ese grupo de pretensiones, procede a continuación la mayoría del Tribunal, dado que respecto de la específica decisión relacionada con esta pretensión el árbitro RAMIRO BEJARANO GUZMAN también salvará su voto como lo hizo en el caso inmediatamente precedente, a (i) precisar qué fue lo resuelto por el referido acuerdo 081 y si aquel no fue aplicado; (ii) determinar si ello conllevó una ruptura real del equilibrio contractual; (iii) establecer, en caso de ruptura de ese equilibrio, si ella es imputable a alguna de las partes; y (iv) si hay lugar a concluir que debe haber un restablecimiento de ese equilibrio.

EL ACUERDO 081 DE 28 DE MAYO DE 2003: SUS ALCANCES Y APLICACIÓN

La definición de la contraprestación en el contrato de concesión fue de autoría de la entidad contratante (pliego de condiciones) y claro está, fue aceptada por el concesionario quien sobre esa base presentó su propuesta.

Desde la expedición del acuerdo 126 de 1997, que fue la norma que sirvió de sustento para la celebración del contrato de concesión, el Municipio de Buga adoptó como parámetro de ajuste mensual para la tarifa del impuesto de alumbrado público, el mismo que estuviera determinado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, en adelante CREG, y así lo determinó expresamente en el párrafo primero del artículo primero de ese acuerdo.

En el mes de enero del año 2003, la CREG, modificó la fórmula vigente para calcular el valor máximo del costo unitario de la prestación del servicio de energía.

Consecuente con su decisión inicial, frente a la variación introducida por la CREG en el año 2003, el Municipio decidió proferir el Acuerdo Municipal No. 081 de 28 de mayo de 2003, en el cual, entre otros, modificó el párrafo del artículo primero del Acuerdo 126 de 1997, en los siguientes términos:

"ARTICULO SEGUNDO: Modificar el PARAGRAFO PRIMERO DEL ARTICULO PRIMERO del Acuerdo No. 126 de 1997, el cual quedará de la siguiente manera: "A PARTIR DE LA FECHA, LA TARIFA DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO SERA INDEXADA MENSUALMENTE UTILIZANDO EL

MECANISMO ESTABLECIDO POR LA GREG PARA DEFINIR LA TARIFA DE ENERGIA ELECTRICA. ES DECIR, QUE SE REAJUSTARAN EN LA MISMA PROPORCION DEL INCREMENTO DEL COSTO UNITARIO DE PRESTACION DEL SERVICIO DE EPSA CU TOMADO COMO BASE CU DE EPSA DE DICIEMBRE DE 2002"

A pesar de lo anterior, sostiene la convocante, el Municipio aplicó de manera parcial el referido Acuerdo, pues se limitó a poner en vigencia aquellas disposiciones que exoneraron del pago del impuesto a varios residentes pero dejó de aplicar la fórmula de incremento adoptada por el Cabildo.

Revisado el material probatorio allegado al expediente, observa la mayoría del Tribunal que en lo que se refiere a la no aplicación del artículo segundo del Acuerdo 081, la convocada no aportó ninguna prueba que desvirtuara la manifestación de la convocante. Desde el punto de vista de la técnica probatoria, la alegada falta de aplicación del mencionado Artículo, por tratarse de una negación indefinida, invirtió la carga de la prueba y trasladó su demostración en contrario al Municipio demandado. Sin embargo nada se demostró al respecto.

Aparece además en el expediente la comunicación de fecha 30 de octubre de 2006, en la cual la convocada niega la petición formulada por el concesionario relativa a la aplicación del mencionado Acuerdo, documento que lleva a concluir que efectivamente su artículo 2 no se aplicó.

Adicionalmente, con el dictamen pericial rendido dentro del proceso, aparece acreditado que efectivamente se presentó una diferencia en los ingresos del contratista entre lo que efectivamente recaudó y lo que debió haber recaudado si se hubiera aplicado la norma en comento, por lo cual resulta suficientemente demostrado para la mayoría de este Tribunal que la fórmula de actualización adoptada por la CREG y por el demandado no fue aplicada. Corresponde en consecuencia evaluar cuáles son los efectos de esa falta de aplicación.

LA FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO SEGUNDO DEL ACUERDO 081 IMPLICÓ UN DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL?

Reitera en primer lugar la mayoría del Tribunal, que del estudio de la experticia rendida, quedó puesta en evidencia la existencia de una 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.

Tal y como obra en los documentos previos a la celebración del contrato y como fue declarado por la testigo Gloria Estela Sánchez Sepúlveda ante este Tribunal, quien fuera la Alcaldesa que adelantó todo el proceso de contratación de la concesión que nos ocupa, en el año de 1996 la Alcaldía de Buga, previa autorización del Concejo Municipal decidió entregar en concesión el servicio de mantenimiento y de administración del alumbrado público de la ciudad.

Esa decisión conllevó la apertura de dos procesos licitatorios de selección del contratista, que no tuvieron éxito, y de un posterior proceso de contratación directa que culminó con la adjudicación del contrato a la firma Enelar.

Vale la pena destacar de la declaración de la doctora Sánchez Sepúlveda, que uno de los principales obstáculos que enfrentó el Municipio para poder encontrar un concesionario, radicó en que los posibles oferentes no consideraban suficiente fuente de ingresos la tarifa de alumbrado público. Así las cosas, y pese al riesgo que ello podía representar, la convocante fue la única interesada en asumir la concesión, aceptando como ingreso exclusivo las tarifas del impuesto de alumbrado público.

En efecto en los términos de su oferta, la convocante expresamente manifestó:

*"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. Estos ingresos han definido el cronograma del plan de sustitución, y por lo tanto en caso de que el recaudo sea menos, se realizará un ajuste del mismo por parte del concesionario."*²⁹

Resulta esa decisión del oferente de fundamental importancia en este punto, pues queda claro que la ecuación financiera del contrato, y los cálculos y proyecciones de ingresos los realizó sobre la base de las tarifas contenidas en el Acuerdo No. 126 de 1997. En otras palabras, el concesionario edificó su remuneración – elemento esencial de la concesión – sobre la base exclusiva de las tarifas y de los componentes contenidos en el referido acuerdo municipal, entre ellos, claro está, la fórmula de ajuste estipulada por la CREG. Y no puede en este punto pasar por alto la mayoría del Tribunal que fue intención de las partes que esas tarifas se fueran actualizando, pues además de que no aparece en el expediente prueba alguna de que a ese respecto haya habido desacuerdos o discusiones, las voluntades convergieron en que se adoptaría lo dispuesto por la CREG para ese efecto. Así, el concesionario presentó la oferta acogiendo lo resuelto en el acuerdo 126, y la convocada la aceptó en esos términos.

Es en este aspecto concreto en el cual debe traerse a colación la figura de la denominada ecuación financiera del contrato, que de manera muy simple, no es nada distinto que esa correlación o equivalencia obligacional que debe caracterizar este tipo de negocios jurídicos. Dicho en otros términos, al momento en que las partes hacen coincidir sus manifestaciones de voluntad, es porque han encontrado una equivalencia entre las prestaciones que cada una de ellas asume, equivalencia que tiene estrecha relación con la causa del contrato, y que por ende debe mantenerse a todo lo largo de la ejecución negocial. Y si bien, no supone esa ecuación una definición precisa y exacta de las utilidades o beneficios que cada parte espera, pues ella está expuesta en gran medida a unos factores intangibles que pueden variar aquellos como son los riesgos que cada uno asume, supone por lo menos una simetría entre las obligaciones de las partes, que como se dijo, debe procurar mantenerse.

Esa intención de acordar prestaciones equivalentes quedó finalmente reflejada, como ya se dijo, en la cláusula sexta del contrato en la cual se convino que el valor total de la facturación del servicio de alumbrado público sería cedido por el Municipio al concesionario. En ese consentimiento, recogido en la estipulación contractual, el concesionario y el concedente plasmaron en últimas la ecuación contractual, aceptando que las obligaciones de mantenimiento y de administración del servicio de alumbrado público se entenderían como equivalentes al valor total de la facturación recibida por el impuesto de alumbrado, con el incremento o ajuste permanente definido por la CREG.

Es usual que en este tipo de contratos, en los que los costos de suministro de energía son permanentemente variables, se acuerden fórmulas de actualización, que son en últimas las herramientas que permiten a las partes preservar la equivalencia de la que se ha venido hablando; y con mayor razón es común que se remitan las partes a los criterios de actualización que fije la autoridad experta y reguladora del tema. De ahí que en este caso concreto las partes hayan sometido su fórmula de actualización a las directrices de la CREG.

Recordemos en este punto que en tratándose de contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo, debe existir aquello que la doctrina denomina “reciprocidad dinámica”. Algunas veces esa “reciprocidad” se logra mediante la incorporación de formulas de actualización pactadas desde el comienzo, como ocurrió en este caso, que buscan preservar la conmutatividad que desde el inicio las partes han concebido.

Al respecto sostiene, la doctrina moderna:

²⁹ Comunicación de fecha 15 de octubre de 1997 con la que Enelar presentó su propuesta al Municipio

"...los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original.(...)"

"Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir en las prestaciones. El monto dinerario puede variar por la depreciación de la moneda: los medios que se usan para cumplir el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones. (...)"

"En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inaptabilidad del contrato. (...)"

"La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico."³⁰

Pues bien, en el caso que no ocupa, las partes incorporando la fórmula de actualización determinada por la CREG, buscaron mantener de manera "dinámica" esa equivalencia prestacional.

Así, para la mayoría de este Tribunal es claro que, en lo que se refiere a la remuneración del concesionario, las partes convinieron que ella tendría como fuente exclusiva la tarifa del impuesto de alumbrado público prevista en el Acuerdo 126, con el parámetro de actualización fijado, de lo cual se desprenden dos conclusiones esenciales, a saber, (i) que el Municipio debía respetar esas tarifas y su parámetro de actualización, y (ii) que el concesionario asumió el riesgo de variaciones en esa fórmula de actualización, lo cual implicaba que en caso de que ellas se modificaran sufriría la reducción porcentual de ingresos o se beneficiaría con el aumento.

Se destaca en este punto, que el concepto de "riesgo contractual", quizás uno de los aspectos más controvertidos en esta materia, no tiene o no debe entenderse siempre y necesariamente con una connotación negativa. El riesgo contractual tiene el alcance de alea del negocio, más no de ocurrencia de una circunstancia desfavorable para la parte que lo asume. Así por ejemplo en un contrato de obra, es claro que el constructor asume el riesgo de modificación de precios de mercado, el cual conlleva la posibilidad

³⁰ RICARDO LUIS LORENZETTI, Esquema de una teoría sistémica del contrato, Contratación contemporánea, Bogotá, Editorial Temis, 2000, pg. 34

de ganar un poco más cuando se beneficia de una rebaja, o de ver incluso comprometida su utilidad cuando se ve afectado por un alza.

Esa misma situación resulta aplicable en este caso a la fórmula de actualización adoptada por la convocante y la convocada: al escoger el índice fijado por la CREG, las partes acordaron que el concesionario quedaba expuesto a las vicisitudes de su variación y que así, si ella aumentaba tendría derecho a su ajuste favorable, o si ella disminuía, tendría que asumir los efectos de esa reducción. La razón fundamental es que la variación de la fórmula de actualización es un riesgo propio del concesionario, que fue asumido por éste al momento en que las voluntades negociales coincidieron en acoger el parámetro fijado por la CREG para actualizar la tarifa del impuesto de alumbrado público; más no puede entenderse que la falta de aplicación de esa fórmula, esto es el incumplimiento del contrato por parte del Municipio, haga parte del riesgo propio del concesionario.

Lo que demuestra que ese fue el entendimiento que las partes le dieron al tema, es que posteriormente el Municipio, frente a la variación introducida por la CREG adoptó por vía de acuerdo la nueva fórmula, justificando para ello, en la exposición de motivos, que la nueva fórmula refleja de manera más clara el incremento de los costos de la prestación del servicio de alumbrado público.

Reconoció entonces el Municipio la necesidad de adaptar la fórmula de ajuste a los nuevos costos del servicio y adoptó las decisiones normativas necesarias; sin embargo de manera inexplicable, la dejó de aplicar.

Pero lo que resulta innegable, porque aparece acreditado con el dictamen pericial, es que esa inaplicación de su propia decisión generó un menor valor de los ingresos del concesionario. En efecto, la perito ha dejado en claro que existe una diferencia entre lo recaudado con fundamento en el acuerdo 126 y lo que efectivamente hubiera recibido el concesionario de haberse aplicado la fórmula de ajuste adoptada por el acuerdo 081. Y en la medida en que el único ingreso acordado por las partes derivaba del recaudo del impuesto de alumbrado, debe concluirse que si ese ingreso tenía prevista una fórmula de ajuste, y ella no se adaptó a las nuevas condiciones del mercado como lo reflejó la autoridad regulatoria e incluso lo dispuso el Municipio, se generó un desequilibrio en la relación negocial, que se concretó en una importante reducción de ingresos para el concesionario, tal como se probó con el dictamen pericial.

LA CAUSA DE ESE DESEQUILIBRIO

Ahora bien, corresponde evaluar cuál fue la causa de ese equilibrio.

Sin mayores lucubraciones, y como ha quedado expuesto, ella deriva de la falta de aplicación del Acuerdo 081 por parte del Municipio, lo cual en términos de responsabilidad hace que el desequilibrio sea imputable a la omisión de la convocada a título de incumplimiento del contrato. Y es tan clara la eficiencia causal que razonando en contrario, si se hubiera aplicado la nueva fórmula, simplemente no habría habido desequilibrio.

Incurrió entonces la demandada no sólo en un rompimiento del equilibrio contractual al desconocer el contrato violando uno de los parámetros convenidos de remuneración del concesionario, sino que desconoció la norma que él mismo estudió, discutió y aprobó.

No encuentra justificación alguna la mayoría del Tribunal a esa conducta de la convocada, que se encaminó única y exclusivamente a desconocer un derecho que le asistía al contratista, pues lo cierto es que además de que el Municipio aceptó que la actualización seguiría los parámetros de la CREG, llegó incluso a confirmar al concesionario – con la expedición del acuerdo – la legítima confianza de que esa previsión contractual sería respetada. No resulta ajustado a derecho iniciar, adelantar y concluir una serie de actuaciones inequívocamente encaminadas a indicar que se van a respetar los acuerdos negociales y al final de ellas, sin razón alguna, abstenerse de actuar conforme a lo acordado y a la confianza generada en la otra parte del contrato. No puede pasarse por alto que en materia de comportamiento contractual la intención de una actuación es tan importante como la confianza que ese acto suscita en la otra parte.

Aparece aquí, de la mano del principio del equilibrio contractual, aquel otro principio universal de la confianza legítima, conforme al cual *“Todo ciudadano tiene derecho a prever y ordenar pro futuro su trayectoria vital; a que el Derecho le garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual constituir un proyecto personal o profesional, sin que los cambios del ordenamiento supongan trastornos en las relaciones jurídicas ya entabladas.”*³¹ Pues bien, ese principio fue igualmente desconocido por la administración municipal.

Tampoco puede admitirse la manifestación del ente territorial demandado contenida en la comunicación de fecha 30 de octubre de 2006, en la cual niega al contratista la aplicación de lo previsto en el Acuerdo 081, por cuanto, entre otros, la legalidad del artículo segundo “es discutible”. Es de esperar que si el Municipio discutió y aprobó el acuerdo en el seno de su Concejo, no puede ir en contra de sus propios actos invocando la ilegalidad de los mismos como fundamento para no aplicarlos.

³¹ DANIEL SARMIENTO RAMIREZ-ESCUDERO, El principio de confianza legítima en el derecho inglés, pg. 8

Bien señala Luis Diez – Picaso, en su reconocida obra sobre la doctrina de los actos propios lo siguiente:

"Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por dónde la regla según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda a comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas³²."

Así las cosas, para la mayoría del Tribunal es claro que no le asistió al Municipio justificación alguna para dejar de aplicar una norma que él mismo expidió y que incluso en otros aspectos sí hizo efectiva, y por ello tiene que concluir que en lo que se refiere a la inaplicación del artículo 2 del Acuerdo 081 incurrió en una conducta antijurídica que contrarió el ordenamiento local y las previsiones contractuales, y que le generó un daño al concesionario consistente en la reducción de los ingresos esperados.

En este punto la mayoría del Tribunal acoge además el criterio de la representante del Ministerio Público en lo que se refiere a esta pretensión, quien manifiesta que *"Conforme a las anteriores consideraciones es criterio de esta Agencia del Ministerio Público solicitar al Tribunal ACCEDER a la pretensión señalada como literal A) de este punto en cuanto hace referencia al derecho que tenía el concesionario que las Tarifas del impuesto de alumbrado público se indexaran conforme lo señalaba la CREG y que fue adoptado por el Acuerdo 081 de 2003 es decir en la misma proporción del Costo Unitario de prestación del servicio, porque no se acepta el argumento de la entidad convocada de que para aplicarse este ajuste era necesario demostrar el rompimiento del equilibrio contractual, pues precisamente la indexación definida por el Concejo Municipal, conforme a lo señalado por la CREG buscaba asegurarle al concesionario que sus tarifas se ajustarían a la realidad del mercado. Los valores o sumas a reconocer corresponderá únicamente a la aplicación de la tarifa con base en lo señalado en el Acuerdo 081 de 2003 hasta la entrada en vigencia del Acuerdo 036 de 2005."*

CONCLUSIÓN

³² LUIS DIEZ PICASO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Editorial Bosch, 1963, página 123.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, resulta que esa no aplicación injustificada del artículo segundo del Acuerdo 081 de 2003, generó un rompimiento del equilibrio contractual imputable a la convocada, y por ello el Tribunal, por mayoría, habrá de acceder al segundo grupo de pretensiones de la demanda, conforme se liquidará a continuación, precisando que por derivar ese desequilibrio de un incumplimiento contractual la indemnización será plena.

LIQUIDACIÓN

Para efectos de liquidar las sumas de dinero que tendrá que pagar el Municipio convocado, la mayoría del Tribunal habrá de tener en cuenta que la declaración de desequilibrio solamente se configura con esta providencia, por lo cual, no puede aceptar la petición de que sobre esas sumas de dinero se profiera condena por concepto de intereses moratorios. En esos términos, sobre la suma a pagar, sólo habrá lugar a acceder a la indexación, a fin de que el dinero que reciba el convocante quede actualizado a valor presente, sin perjuicio de los intereses comerciales moratorios que se llegaren a causar con posterioridad a la ejecutoria del laudo.

En el dictamen pericial rendido por la Doctora Miryam Caicedo Rosas, que – se reitera – no fue objetado en ninguna de sus respuestas por la parte convocada, se efectuó en detalle el cálculo de la diferencia en los ingresos del concesionario derivada de la falta de aplicación del acuerdo 081 de 2003. Ese cálculo recoge el período correspondiente a junio de 2003 hasta diciembre de 2005, fechas de entrada en vigencia y de derogatoria de mencionado Acuerdo.

Conforme a las cifras entregadas por la experta, el valor total acumulado de la diferencia por aplicación de las tarifas, asciende a la suma de novecientos cuarenta y cinco millones ciento treinta y ocho mil dieciséis pesos (\$ 954.138.016,00).

A esa cifra se la ha calculado la actualización aplicando el IPC hasta la fecha de este laudo, lo cual arroja un total de mil doscientos un millones doscientos ochenta y seis mil trescientos pesos (\$ 1.201.286.300,00).

7.- TERCER GRUPO DE PRETENSIONES - EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL NÚMERO 036 DE DICIEMBRE 31 DE 2005.

En el tercer grupo de pretensiones de la demanda, la parte convocante solicita el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión como consecuencia de *“la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005”*.

Para efectos de ese restablecimiento solicita que se condene al Municipio demandado a pagar el valor total de las sumas que se dejaron de facturar por ese concepto más sus respectivas actualizaciones e intereses moratorios y que se ordene que en lo sucesivo, para mantener ese equilibrio roto por la aplicación del mencionado Acuerdo, el Municipio pague la diferencia mensual que resulte entre la facturación que efectivamente se realice a los usuarios y aquella que debió haberse aplicado si no se hubiera proferido esa decisión.

Advirtiendo que frente a esta pretensión igualmente en escrito separado salvará su voto el árbitro RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, al igual que para el estudio de las pretensiones segundas de la demanda, procederá la mayoría del Tribunal a (i) precisar qué fue lo resuelto por el referido acuerdo 036; (ii) determinar si ello conllevó una ruptura real del equilibrio contractual; (iii) establecer cuál fue la causa de esa ruptura y si ella es imputable a alguna de las partes; y (iv) si hay lugar a concluir que debe haber un restablecimiento de ese equilibrio.

EL ACUERDO 036 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2005: SUS ALCANCES Y APLICACIÓN

LOS ANTECEDENTES DE ESE ACUERDO

De conformidad con los documentos allegados al expediente y con las demás pruebas recaudadas, la expedición del Acuerdo 036 se remonta al cambio en el gobierno municipal de Guadalajara de Buga, esto es cuando comienza la Alcaldía correspondiente al período 2004 – 2007.

Con el ingreso del nuevo gobierno, al decir del testigo Fernando Méndez, se encontraron “vacíos en el contrato” y se expresó al concesionario la necesidad de implementar una interventoría a aquel con cargo a los recursos generados por el contrato.

En comunicación de 1 de octubre de 2004, el Alcalde de Buga reconoce a ENELAR la existencia de un compromiso adquirido con la comunidad de replantear el contrato de concesión, lo cual lo lleva a proponerle la necesidad de revisar varias de sus cláusulas, entre ellas principalmente, la relativa al objeto y a la remuneración del contratista. Se le propone así una modificación consensuada de esas y otras previsiones contractuales, dejando en claro que de no llegarse a un acuerdo, la entidad contratante podría acudir a las prerrogativas exorbitantes que la ley le concede.

Paralelamente, el Municipio procedió a contratar una firma interventora y a la elaboración de un estudio a cargo de la Asociación Colombiana de Ingenieros Eléctricos, Mecánicos y afines - ACIEM la cual, al decir del testigo Victor Jaime Castaño concluyó en la necesidad de modificar el sistema tarifario del impuesto de alumbrado público.

Simultáneamente con esas actuaciones, la Contraloría General de la República, realizó una revisión del contrato de concesión, que terminó con un informe rendido en el mes de marzo de 2005, que se convirtió en un elemento adicional de presión para el Alcalde para confirmar su decisión de modificar las tarifas y por ende de variar las condiciones económicas del concesionario.

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.

A pesar de la decisión de bajar las tarifas, en las discusiones que precedieron la expedición del acuerdo, la mayoría del Tribunal observa que tanto la Alcaldía como el Concejo Municipal eran plenamente conscientes de los riesgos jurídicos que esa decisión conllevaba.

Así a folio No. 9 del Acta No. 0036 de la reunión de la Comisión de Presupuesto del cabildo de Buga, se dejó la siguiente observación:

"En síntesis en todo contrato estatal deberá siempre mantenerse la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Lo que nos indica que durante la ejecución del contrato deben mantenerse las condiciones formales y materiales que conllevaron a cerrar el trato, de cambiarse deberá hacerse siempre de común acuerdo por partes, ya que de manera unilateral se rompería la ecuación contractual, que necesariamente traería consecuencias de resarcimiento a la parte afectada (...)".

Y en el folio 11 de ese mismo documento, se registró:

"...es necesario tener sumo cuidado al adoptar el impuesto de alumbrado público, pues de alguna manera la existencia de un contrato de concesión para la operación de ese servicio, otorga derechos a favor del concesionario, los cuales el Ejecutivo ni el Concejo Municipal pueden desconocer, lo que indica que tal acuerdo deber ser aprobado con la

salvedad que el mismo no desconocerá derechos adquiridos de conformidad con la Constitución y la Ley .”

La ponente del proyecto de Acuerdo, manifestó en esa misma reunión la siguiente inquietud:

“En cuanto a las tarifas del Impuesto(sic) de alumbrado público establecidas en el artículo 6 del proyecto, el ejecutivo deberá acreditar ante el Concejo Municipal que el resultado corresponde a un estudio que consulta los intereses de la Municipalidad en armonía con los del concesionario, pues deberá demostrarse que no generará un desequilibrio que afecte la estabilidad económica, de lo contrario regirán las actuales tarifas.”

Y una de las Concejales advirtió:

“...por que si las tarifas también iban a afectar la estabilidad, también iban a venir la demandas...”

A pesar de la claridad de esas advertencias, lo cierto es que el Acuerdo 036 de 2005, fue aprobado.

EL ACUERDO 036 DE 2005

El 31 de diciembre de 2005, el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga aprobó el acuerdo 036 por medio del cual, entre otros, se redujeron las tarifas del impuesto de alumbrado público del Municipio.

En efecto el artículo 6 de esa norma, reguló estrato por estrato el valor del impuesto mensual en unas cifras inferiores a las que venían rigiendo hasta ese momento y se dispuso que ese nuevo marco tarifario empezaría a regir a partir del primero de enero del año 2006.

Adicionalmente llama poderosamente la atención de la mayoría del Tribunal la decisión adoptada en el artículo 13 de ese Acuerdo, en el cual se previó:

“SITUACIÓN DE TRANSICIÓN: En el evento en que por cualquier causa se de por terminado el contrato de concesión que se tiene suscrito para el mantenimiento, operación y repotenciación del sistema de alumbrado público, el Municipio a través de la Secretaría de Obras Públicas administrará y operará el sistema de alumbrado público.”

LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO 036 DE 2005 EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Existió ruptura del equilibrio contractual?

No considera necesario la mayoría del Tribunal reiterar en este punto el análisis conceptual efectuado sobre la relación existente entre el servicio prestado y la remuneración del concesionario. Baste simplemente recordar que los cálculos y proyecciones de ingresos los realizó el concesionario exclusivamente sobre la base de las tarifas contenidas en el Acuerdo No. 126 de 1997, es decir, que edificó su remuneración sobre el monto de las tarifas previstas en ese acuerdo y su fórmula de ajuste.

Así, emerge una conclusión evidente, sin que se requieran mayores razonamientos, consistente en que si se bajaron las tarifas del impuesto de alumbrado público, necesariamente la ecuación contractual se tuvo que ver desequilibrada. No puede pensarse que si un contratista construye su modelo financiero sobre unas tarifas determinadas, la reducción de éstas sin otra modificación contractual, no afecte la ecuación negocial, pues resulta obvio que la equivalencia prestacional queda rota. Agréguese a lo anterior el argumento consistente en que en la medida en que la utilidad es un porcentaje del ingreso, la reducción del ingreso necesariamente tiene que conllevar una reducción de la utilidad. Y si a lo anterior se le adiciona la circunstancia de que la fórmula de ajuste adaptada a la realidad del mercado no se aplicó y el hecho de que los costos de la energía aumentaron por acuerdo celebrado entre el Municipio demandado y la empresa que suministraba ese insumo, resulta evidente la alteración de la ecuación. Para la mayoría del Tribunal es indiscutible que si los costos del concesionario aumentaron y sus ingresos disminuyeron, todo ello por causas no imputables a él, tiene que haber desequilibrio.

Lo anterior aparece además acreditado con el dictamen pericial en el cual queda en evidencia la diferencia de ingresos que se presentó entre lo que el concesionario hubiera recibido si se hubieran mantenido las tarifas del acuerdo 126/07 y lo que efectivamente recaudó con el acuerdo 036.

Cuál fue la causa de ese desequilibrio y a quién se debe imputar?

Tampoco aparecen mayores dificultades para poder concluir que la causa eficiente del desequilibrio fue la aplicación del acuerdo municipal 036 de 2005. Recordemos que la potestad de fijar las tarifas estaba radicada en cabeza del Concejo Municipal y que sin su concurso era imposible que esos valores pudieran verse alterados.

Ahora bien, corresponde analizar si esa modificación tarifaria es imputable al municipio y en caso afirmativo a qué título, pues del resultado de ese análisis tendrá necesariamente que concluirse si existe lugar a una condena en contra de la entidad convocada.

- Lo primero que destaca la mayoría del Tribunal es que la entidad pública contratante a saber, el municipio de Guadalajara de Buga, fue la misma que, en calidad de autoridad administrativa adoptó una decisión de índole general que afectó la economía contractual.
- Pero adicionalmente, resulta de fundamental importancia el hecho de que el acto administrativo proferido se refiere, dentro de su generalidad, a las condiciones específicas del contrato de concesión. Y en este punto debe destacar la mayoría del Tribunal el hecho de que, tal como quedó expuesto anteriormente, durante todas las discusiones del proyecto de acuerdo se evidenció una especial preocupación de algunos de los miembros del cabildo en torno a los riesgos de una ruptura del equilibrio contractual como consecuencia de la expedición de la decisión.

Tampoco puede pasarse por alto la expresa manifestación del Alcalde de la época, relativa a la necesidad de bajar las tarifas como resultado de un acuerdo con la comunidad. Pero lo que no deja de causar perplejidad en la mayoría de este Tribunal y que merece sin duda una respuesta jurisprudencial, es que en el fondo de las discusiones en el Concejo subyacía la intención de dar por terminado el contrato de concesión.

Al respecto resulta muy ilustrativa la intervención de uno de los Concejales, al referirse al objeto de la ponencia:

"Dónde estaba, cómo se iba a cobrar, sobre qué se iba a aplicar el impuesto, cuál era el sujeto pasivo, cuál era el sujeto activo, ellos no simplemente estaban tratando de que se acabara el Contrato de Concesión, ni que se modifique, lo que estaban luchando era por el abaratamiento y que sea incorporado el recaudo de dicho servicio al municipio, para que verdaderamente saque los márgenes de utilidad que trazaba la misma norma reguladora que permitía hasta el 10 %, pero estaba por encima del margen de usura en más del 30%, ante esas consideraciones era bien traída la ponencia pero como ya lo había dicho no se identificaba con algunas de ellas, por que del 1º al 5º, lo iban a votar, estaba identificado con ellas, pero del 5º en adelante no, en el 1er Artículo se había aprobado

el impuesto como tal, pero no le daban los otros componentes. (Folio No. 13 del acta No 36 de la comisión de presupuesto de diciembre 22 de 2005).

Y la constancia de la ponente del proyecto, así:

"La ponente cree que el contrato debe revisarse y lo decía en la ponencia, lo que le parecía y dejaba claramente expresado allí, era que sus objeciones presentadas en el Proyecto de Acuerdo tenían que ver con lo legal y lo jurídico, y no era competencia de ellos (concejales) modificar un Contrato de Concesión y le preocupaba que no haya llegado a la Corporación un estudio o un soporte para esa rebaja tan drástica que se hacía en las tarifas, y tan era así, que si el estudio llegaba antes del segundo debate, lógicamente se aprobaría sobre ese Artículo por que beneficiaba a la comunidad, a ella le preocupaba es lo que es de competencia de ellos (concejales), y que el Señor Alcalde asuma su responsabilidad, que inicie las acciones pertinentes, por que no es competencia del Concejo Municipal, era competencia de él modificar el contrato de concesión de común acuerdo y si no demandarlo". (Folio No. 15 del acta No 36 de la comisión de presupuesto de diciembre 22 de 2005).

Por otro lado, observa la mayoría del Tribunal el contenido del artículo 13 del decreto, en el cual quedó prevista una situación de "transición" en caso de que el contrato de concesión se terminará. Resulta curioso, por decir lo menos, que en una decisión de esa naturaleza y con ese alcance, se prevea la posibilidad de terminación de un contrato específico del Municipio. Denota esa circunstancia, un hecho incontrovertible: que existía en las autoridades municipales la plena convicción de que la expedición del Acuerdo iba a tener efectos en el contrato.

- Adicionalmente es claro que esa reducción de tarifas, conlleva un daño para el contratista, consistente en la reducción de sus ingresos proyectados y por ende de su utilidad, daño que tornó sin duda más onerosa la ejecución del contrato y que el concesionario no estaba en la obligación o en el deber de soportar, por lo cual debe concluirse que estamos ante la causación de un daño especial.
- Finalmente puede observarse que la expedición de un acto de tal naturaleza, era imprevisible para el contratista, pues lo cierto es que cuando se celebra un contrato con la administración, sobre la base de una tarifas adoptadas por aquella por medio de una norma de carácter general, lo menos que espera ese contratista es que la administración decida posteriormente bajar esas tarifas. Si fuera una actuación esperada, muy

seguramente existiría alguna previsión contractual en ese sentido, o simplemente no habría contrato, pues resulta contrario al sentido común celebrar un contrato con la previsión de que el único ingreso se reduzca por decisión unilateral de la otra parte.

Al respecto recordemos lo que ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los riesgos que el contrato estatal comporta para las partes, refiriéndose a las áleas normales y anormales o extraordinarias, la última que excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato:

"... el contratista debe soportar a su propio costo y riesgos el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en condiciones normales..."

Y recordemos igualmente lo que ha sostenido la jurisprudencia arbitral al respecto:

*"Es que desde el momento en que se consideró al contratista de la administración como su colaborador, aunque interesado pecuniariamente y subordinado jurídicamente, el derecho público ha venido señalando con base, además, en los fundamentos de la buena fe contractual, la equidad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es, el principio general del equilibrio económico y financiero del contrato. Al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque estos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual"*³³

En lo que se refiere a la aplicación del restablecimiento económico del contrato por la modificación de Tarifas del Alumbrado Público la mayoría este Tribunal se aparta del criterio de la Agencia del Ministerio Público quien considera que NO SE DEBE ACCEDER a esta pretensión "en cuanto como quedó señalado anteriormente no se logra demostrar que la modificación de tarifas (Acuerdo 036 de 2005, facultad que tenía el Concejo Municipal para hacerlo) hubiera roto el equilibrio económico del contrato, pues no es solo " con la simple aplicación de una fórmula matemática entre la tarifas en discusión, o la sola modificación de las tarifas, que se puede pretender el restablecimiento económico del contrato sino que ésta como quedó dicho anteriormente y conforme a la jurisprudencia del H Consejo de Estado debe estar probado esas cargas anormales con base en los costos reales que la prestación del

³³ Laudo arbitral de MORA-MORA y CONCIVILES contra INCORA.

servicio le demanda con base en las nuevas tarifas, circunstancia que en criterio de este despacho no está probado en el presente caso".

Contrario a lo expuesto por el Ministerio Público, la mayoría de este Tribunal ha considerado que existen pruebas suficientes que soportan sus argumentos, como en realidad lo ha hecho, para acceder a esta pretensión.

En efecto, el dictamen pericial practicado evidencia que la remuneración esperada por el concesionario, -la cual dicho de paso, constituye elemento esencial para establecer el equilibrio contractual,- y la efectivamente recibida en virtud de la aplicación del acuerdo 036 2005, no coinciden desde ningún punto de vista, lo cual implica que se generó al concesionario una disminución en sus ingresos y por ende en sus utilidades, en la medida en que estas son un porcentaje del ingreso.

De otro lado no se trata de una simple aplicación de una fórmula matemática pues es claro, como ya se dijo, que si los costos de la energía que suministraba la convocante subieron a lo largo de la relación contractual y a su turno - por la aplicación del aludido Acuerdo 036 - los ingresos del concesionario bajaron con ocasión de la disminución de las tarifas del impuesto del alumbrado público, necesariamente la ecuación contractual se tuvo que ver desequilibrada pues la equivalencia prestacional quedó rota.

Así las cosas se aparta la mayoría del Tribunal del concepto del Ministerio Público, pues es claro que si el único ingreso acordado contractualmente a favor del concesionario se redujo por decisión administrativa, general y unilateral del Municipio, como lo evidencia la perito en su experticia, necesariamente la ecuación contractual tuvo que verse alterada en contra de aquel.

Conclusión

Corolario de todo lo anterior, encuentra la mayoría del Tribunal acreditada la concurrencia de las siguientes circunstancias: (i) la expedición por parte del Municipio contratante de un acto administrativo de carácter general, (ii) la ruptura del equilibrio de la ecuación contractual, como consecuencia de la expedición de esa decisión, (iii) la inexistencia de un deber legal del contratista de tener que soportar ese desequilibrio, y (iv) la imprevisibilidad para el contratista de una reducción de tarifas, por lo cual se tiene necesariamente que concluir que en este caso se presentó un típico evento de aquellos denominados por la doctrina y por la jurisprudencia como "hecho del príncipe" o "factum principis", que tiene como consecuencia el deber de la entidad contratante de restablecer el equilibrio del contrato, reconociendo al contratista aquellos ingresos dejados de percibir, en la forma como ello habrá de liquidarse a continuación, todo ello

con fundamento en ese principio general de la responsabilidad patrimonial que recae sobre la Administración por daños que infiere a los ciudadanos.

No sobra recordar a propósito de este tema, lo contenido en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 149 de 1992, que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública", así:

"El precitado artículo 5º. en su Numeral 1º, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación financiera alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras.

"La responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal; el ejercicio de cualquiera de las potestades o derecho de que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último 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' se erigen en los móviles que pueden agruparse dentro de la primera de las causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto conviene precisar que la última de las circunstancias corresponde a lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el "hecho del príncipe."

Con fundamento en el principio que recogió el Estatuto de Contratación y sobre la base de las pruebas obrante en el expediente, para la mayoría del Tribunal, se reitera, concurren en este caso los elementos constitutivos del hecho del príncipe, y por ende habrá de acceder a la prosperidad de la pretensión encaminada al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, roto por la expedición del Acuerdo No. 036 de 2005.

Para concluir, bástenos citar la jurisprudencia del Consejo de Estado, que al respecto ha sostenido:

"(...) Porque las autoridades de la República no están instituidas para proteger a la gran mayoría de las personas residentes en Colombia sino a todas ellas. No quiere decir esto que no pudiese causarse daño al interés privado cuando se hace necesario en bien del interés público, pero cuando

esto ocurre, debe, en términos generales el Estado como administrador de los bienes sociales de la Nación, resarcir el perjuicio causado para evitar de esta manera el enriquecimientos sin causa de la comunidad a costa de un empobrecimiento injusto del particular”³⁴

SOBRE LA PETICION RELATIVA A QUE EL MUNICIPIO PAGUE EN LO SUCESIVO LA DIFERENCIA QUE RESULTE ENTRE LO EFECTIVAMENTE FACTURADO Y AQUELLO QUE DEBIA RECIBIR EL CONCESIONARIO

En la pretensión 3.4 de la demanda, la parte convocante solicita que en lo sucesivo y hasta la fecha de terminación del contrato de concesión se ordene al Municipio pagar la diferencia que resulte entre la facturación que se realice a los usuarios en aplicación del Acuerdo 036 y aquella que debía realizarse con base en las tarifas vigentes al momento de la celebración del contrato.

Sobre el particular la mayoría del Tribunal considera que por tratarse de hechos o circunstancias que aún no ocurrido no le es posible tener certeza sobre su existencia y sobre sus efectos y en consecuencia habrá de negar la prosperidad de la pretensión.

LIQUIDACIÓN

Encontrándonos frente a un evento imputable a la administración, el Tribunal, por mayoría, habrá de condenar a la convocada al pago de la totalidad de los ingresos dejados de percibir por el concesionario, como consecuencia de la expedición y aplicación del Acuerdo 036.

Se adopta en este punto el criterio expuesto por el Consejo de Estado en la renombrada sentencia 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151, así:

“(El) equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (...)”

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango.

"Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomendado medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales. (...)

"Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el cocontratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

"En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación. (...)"

Así las cosas, en la medida en que la convocante acreditó con el dictamen pericial la reducción sustancial de sus ingresos y por ende de su utilidad, se acogerán las cifras calculadas por la señora perito.

Sin embargo, tal como se manifestó al liquidar la suma que la convocada debe pagar por la inaplicación del acuerdo 081 de 2003, para efectos de precisar los montos de dinero que tendrá que pagar el Municipio convocado por la expedición del acuerdo 036 de 2005, la mayoría del Tribunal habrá de tener en cuenta que la declaración de desequilibrio solamente se configura con esta providencia, por lo cual, no puede aceptar tampoco en este punto la petición de que sobre esas sumas de dinero se profiera condena por concepto de intereses moratorios. En esos términos, sobre la suma a pagar, sólo habrá lugar a acceder a la indexación.

El Tribunal, por mayoría, tomará las cifras calculadas en el dictamen pericial, precisando que acoge el estudio que la auxiliar de la justicia elaboró en dos etapas, a saber (i) estableciendo los valores que se hubieran tenido que recaudar de haberse aplicado la previsión del acuerdo 081 de 2003 y (ii) calculando respecto de esos valores la diferencia que dejó de percibir el concesionario. En efecto, téngase en cuenta que de no haberse presentado los hechos que han sido objeto de estudio anteriormente, la ejecución del contrato hubiese tenido que adecuarse - primero - a lo previsto en el artículo 081 en cuanto a su fórmula de actualización y que la reducción de tarifas introducidas por el Acuerdo 036, debe calcularse sobre los valores que se hubiesen tenido que cobrar como resultado del referido Acuerdo 081. Lo anterior para mantener una coherencia con la línea de razonamiento que llevó a la mayoría del Tribunal a concluir sobre lo referente a la no aplicación del Acuerdo expedido en el 2003.

En esos términos, el valor que el Municipio deberá pagar al concesionario, para efectos de restablecer el equilibrio contractual roto por la expedición del Acuerdo 036 de 2005 asciende a la suma de mil setecientos ocho millones setecientos cincuenta y seis mil quinientos cincuenta y ocho pesos (\$ 1.708.756.558,00)

A ese cifra se la ha calculado la actualización aplicando el IPC hasta la fecha de este laudo, lo cual arroja un total de mil novecientos un millones ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$ 1.901.884.984,00).

8.- CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES - EN RELACIÓN CON EL PAGO DE LA REACTANCIA.

Respecto a este pedimento la parte actora alega que se produjo desequilibrio económico y financiero del contrato suscrito entre las partes *"como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para reconocer y pagar las sumas que EPSA E.S.P. ha cobrado con cargo a los recaudos por concepto de reactancia"*.

Según el sustento fáctico de esta pretensión, el pago de la reactancia correspondía al Municipio, dado que ni en el Pliego de Condiciones elaborado para la licitación pública nacional No SOP – 01 – 97, en su capítulo III, sobre el marco de referencia, ni en las comunicaciones de la Alcaldía del 29 de septiembre y la de EPSA del 30 de septiembre de 1997, se estableció que este rubro sería a cargo del proponente o contratista.

En criterio del actor *“la información contenida en el Pliego de Condiciones fue la base para presentar las ofertas económicas, ya que el municipio se abstuvo de transmitirle a los proponentes la decisión de EPSA de cobrar, como componente independiente, la reactancia a partir del mes subsiguiente a su comunicación”*. A este razonamiento se agrega el de que desde el inicio de la ejecución del contrato, EPSA ha cobrado además el consumo por potencia de la reactancia, el cual se ha cancelado con cargo a la facturación y el recaudo del servicio del alumbrado público, lo que en sentir del demandante, ha afectado *“la remuneración del concesionario con un hecho que no pudo ser tenido en cuenta al momento de proponer”*.

El Tribunal despachará negativamente esta pretensión, porque la razón que se invoca como determinante del supuesto desequilibrio económico del contrato, se hace consistir en que el pago de la reactancia no pudo ser advertido por el concesionario al momento de celebrar el contrato, hipótesis que no resulta verosímil ni admisible de un profesional de la actividad.

En efecto, la firma ENELAR es experta en el negocio de la operación y mantenimiento del alumbrado público, como que no sólo sus directivos y accionistas conocen a cabalidad esta actividad, por lo que en esa calidad no resulta aceptable que le hubiese devenido imposible advertir que el pago de la reactancia debía ser asumido por ella.

Al respecto, es bastante claro el testimonio del ex representante legal de ENELAR, doctor CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ, quien expresó:

“Nosotros a raíz de la ley 142 del 94, nosotros éramos un grupo de ingenieros y a raíz de esa ley que dio la participación privada en el sector de servicios públicos iniciamos un proceso que comenzó Aguan Antioquia, entonces nosOtros creamos una empresa de servicios públicos que se llamaba PRESEA, participamos en la primera convocatoria nacional, la anterior había sido Aguas De Cartagena, esta fue Agua Antioquia, y conformamos un empresa de servicios públicos Llamada PRESEA”

Adicionalmente, el mismo testigo, por cierto de excepción, a una pregunta de la parte actora, sobre si ¿tenían ustedes conocimiento sobre la materia que se estaba demandando o indicando por parte del municipio en ese entonces, que era alumbrado público?, respondió:

" Si, a ver, lo que he dicho es que hubo la primera empresa privada de acueducto, pero obviamente nosotros como grupo de empresas de ingeniería pues había una empresa que se llamaba ENERGÉTICA, otra que se llamaba TECNOVENTAS que hacían tanto diseños de proyecto hidroeléctricos, de redes de transmisión, se vendía elementos eléctricos, de alumbrado público, entonces no como empresa de servicios públicos porque en el 97 realmente fuimos poquito las primeras, pero como ingenieros o afines la materia, donde se trabajaba con las diferentes empresas públicas en esos temas"

A lo anterior se agrega que este mismo testigo, en varios apartes de su declaración al referirse a la obligación de ENELAR para con EPSA derivada del contrato objeto de este litigio, dio cuenta reiteradamente de que debía sufragar el costo de la energía eléctrica, sin hacer excepción alguna, menos la relacionada con la reactancia, lo cual resulta bastante dicente e indicativo para el Tribunal.

En efecto, dijo el doctor CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ, en varias oportunidades lo siguiente:

*"....**hay que pagar la energía eléctrica**, que como le digo es el principal costo..."*

*".... Nosotros tenemos la obligación de incorporarla dentro de nuestros costos de mantenimiento **y de pago de energía....**"*

*".... el mantenimiento de todas las luminarias que conforman el parque de alumbrado público, **el pago de la energía**, y obviamente la prestación del servicio con una eficiencia superior al 90%..."*

La forma genérica como este importante testigo se refiere a la carga que tiene ENELAR de "pagar" la energía, le sugiere al Tribunal que ese entendimiento genérico que brota espontáneamente de su relato creíble, es indicativo de que por pago de energía, en su

condición de experto y profesional, debió entender que tal prestación corría a cargo de la parte actora, incluido lo relacionado con la reactancia. En otras palabras, si como lo afirma GIRALDO LÓPEZ, ni en el pliego ni en el contrato se dijo nada al respecto, ese silencio no puede ser interpretado en el sentido de exoneración, sino, al contrario, de que sí estaba incluida esa obligación a cargo de ENELAR, pues es un componente esencial del servicio de alumbrado público, que el profesional avezado está en deber de conocer y de considerar.

El asunto es tan claro que inclusive para la doctora GLORIA SÁNCHEZ, quien fuera Alcaldesa del Municipio de Guadalajara de Buga, la funcionaria que suscribió en nombre del ente territorial el contrato con ENELAR y sus primeros otrosí, al responder la pregunta sobre qué hace parte del sistema de alumbrado público, señaló lo siguiente:

*" Yo pues lo que se como ciudadana es que el servicio de alumbrado público está compuesto por algunos postes porque otros postes son de la empresa de energía, creo que habían unos postes que son del municipio, la línea del alumbrado público que es diferente a la línea de la red primaria de energía, es una línea no se de pronto eso lo podía explicar mejor un ingeniero electricista, pero la línea de alumbrado público, el brazo de la luminaria, la luminaria con sus elementos el bombillo, **la reactancia**, las foto celdas para cada, pero uno".*

Siendo ENELAR un profesional de este negocio, su interpretación acerca del cobro de la reactancia por virtud del silencio del pliego o del contrato, no resulta admisible, ni siquiera aún asumiendo que no hubiese conocido a tiempo la advertencia hecha por EPSA en su carta del 30 de septiembre de 1997, pues, se repite, en su oficio debió entender que si no estaba expresamente excluido, ello sólo podía suponer que sí estaba incluida tal prestación.

En efecto, según lo admitió la testigo doctora GLORIA SÁNCHEZ, ex alcaldesa de Buga, el texto del contrato suscrito entre las partes "se preparó entre la oficina jurídica y el municipio y cuando se sacó la primera licitación, ese proyecto de contrato se había colocado allí dentro de los términos de referencia", lo cual implica que ENELAR conoció con suficiente antelación el texto que luego firmó, en relación con el cual bien pudo haber hecho observaciones o sugerencias, tanto en la etapa de la fallida liquidación, como en la posterior cuando ya suscribió el contrato. No hubo reparo, ni solicitud de aclaración, ni exclusión, sino consentimiento pleno y sin reservas al texto del referido contrato.

La responsabilidad del profesional implica que en asuntos propios de su oficio no puede declinarla con el argumento de que no tuvo en cuenta un hecho que, precisamente por su especialidad, era su obligación preverlo y conocerlo.

Recuérdese que en todo contrato, de la mano de las obligaciones que expresamente de él emanan, existen los llamados “deberes secundarios de conducta”, los cuales aunque no aparezcan expresamente pactados se entienden incorporados a él, como un desarrollo adicional del principio rector de la buena fe. Dentro de esos deberes debe destacarse el deber de auto informarse, el cual se hace más riguroso cuando de evaluar la conducta de un profesional se trata. Y cuando el experto, falta a esa carga esperada de sagacidad, no puede invocar su propio descuido como fundamento de una indemnización o reparación, tal como ocurrió en este caso con el tema de la reactancia.

De otra parte, el Tribunal comparte plenamente la postura que el Municipio asumió ante ENELAR, con ocasión de la reclamación presentada. En efecto, en oficio de noviembre de 2006, el Municipio al denegar la solicitud para que se reconociese el pago de la reactancia, respondió lo siguiente, en términos que siguen teniendo plena vigencia:

“1.- Si bien es cierto que en los diferentes cuadros de las condiciones para la invitación donde se referencia la carga instalada y su consumo no aparecen las respectivas pérdidas por cada uno de los equipos instalados (anexos 1 y 2 páginas 11, 12, 13 y 14), es de anotar que en las mismas condiciones para la invitación en el **numeral 2.2. BALASTOS** se establecen las pérdidas máximas para cada uno de ellos, sabiendo que dichos elementos pertenecen a los equipos se entiende que las pérdidas máximas para cada uno de ellos, sabiendo que dichos elementos pertenecen a los equipos se entiende que las pérdidas están incorporadas al sistema.

2.- Es del caso mencionar que en el contrato de suministro de energía eléctrica para el sistema de alumbrado público No 27/06/97 firmado entre la EPSA E.S.P y el municipio en su cláusula novena determinación del consumo define la formula a aplicar para dicho propósito así: $(Q \times PU \times T = KWH)$ donde $Q =$ Carga (sumatoria de luminarias instaladas: en KW); $PU =$

Factor de Utilización (50%) T= Horas de Período Mensuales: así, la carga instalada se calculará teniendo en cuenta la potencia de cada una de las luminarias existentes y su número de acuerdo con el inventario actualizado, el cual hace parte de los documentos del contrato de concesión. El contrato en mención es anterior a la presentación de propuestas y posterior firma del contrato de concesión. El contrato en mención es anterior a la presentación de propuestas y posterior firma del contrato de concesión. No puede la firma concesionaria alegar desconocimiento al respecto, pues en este se le menciona el cálculo de la carga sobre la potencia de las luminarias, no sobre la (..) nominal de estas.

No obstante el conocimiento de este hecho en particular el concesionario no presentó observaciones al respecto en el proceso presentación de la propuesta por parte de la unión temporal ENERBUGA ni en el trámite contractual propiamente dicho.

3.- Debe tenerse en cuenta que la resolución CREG 043/95 claramente se menciona que el pago de la energía para el sistema de alumbrado público debe incluir las pérdidas del sistema.”

Tampoco se acreditó en el plenario la pretendida ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, derivado del pago de la reactancia, pues no se demostró que en la propuesta presentada por el Concesionario o en algún otro documento, se hubiese discriminado el valor de la energía a cancelar durante el tiempo de la concesión, con la sola excepción del flujo de caja propuesto.

Al respecto, el Tribunal encuentra razonadas las explicaciones que el Municipio ofreció al Concesionario, cuando en comunicación de noviembre de 2006, a propósito de rechazar el reclamo por el pago de la reactancia, respondió lo siguiente:

“ Teniendo en cuenta el flujo de caja propuesto y la realidad del pago efectuado por concepto de energía eléctrica, se tiene que:

			ENERGÍA		
	AÑO	PROPUESTO	REAL	DIFERENCIA	%

1	1998	948.671.697	699.832.214	-284.839.483	-28.92736
2	1999	908.853.747	807.349.660	-107.507.087	-11.82854
3	2000	744.821.633	809.838.627	65.016.995	8.72920
4	2001	642.517.998	679.460.668	36.942.670	5.74967
5	2002	648.477.832	646.530.276	1.947.556	-0.30033
6	2003	657.183.295	650.056.191	-7.127.104	-1.08449
7	2004	661.721.443	629.548.237	-32.173.206	-4.86205
TOTAL		5.248.247.645	4.916.615.874	.331.631.771	-6.31890

Los valores aquí descritos corresponden a los propuestos por el concesionario y lo realmente ejecutado año a año, de lo que se desprende, que si bien pudo el concesionario haber asumido perdidas por reactancia sin embargo, el costo por concepto de energía eléctrica ha estado por debajo de lo proyectado hasta en un 6.32% en el total consolidado, en consecuencia no se puede hablar de un desequilibrio en la ecuación contractual pues se ha invertido en dicho ítem, menos dinero del que esperaba el concesionario.

En conclusión aunque en las condiciones de la invitación no se dejaron claramente definidos los valores que se deberían cancelar por concepto de energía eléctrica y las perdidas asociadas a este, al final los valores de los valores por reactancia y no influyeron desfavorablemente en el flujo de caja propuesto, pues el dinero invertido en el costo de energía eléctrica no ha superado las expectativas propuestas."

Por las anteriores razones, el Tribunal en frente de estas pretensiones, no acogerá la Vista Fiscal, que en su alegato final de conclusión, propuso despacharlas favorablemente, porque a su juicio *"..no se logra probar por la entidad CONVOCADA que este valor debió ser tenido en cuenta por el CONCESIONARIO en el momento de ofertar los servicios..."* y además porque en su criterio se acreditó la ruptura de la ecuación económica del contrato.

En efecto, el Tribunal entiende de manera diferente el problema y en consecuencia discrepa de las importantes consideraciones de la Vista Fiscal, pues, como ya se dijo, siendo ENELAR un experto y profesional en estas materias de la operación y administración del servicio del alumbrado público, debió prever en su propuesta este aspecto del cobro de la reactancia, de suerte que si no lo hizo o lo inadvirtió, ha de asumir su responsabilidad como profesional del oficio.

Así las cosas, con base en las precedentes consideraciones, el Tribunal despachará adversamente la totalidad de las pretensiones del numeral 4 de la demanda.

9.- QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES - EN RELACIÓN CON EL PAGO QUE SUPUESTAMENTE DEBÍA REALIZAR ENELAR POR CONCEPTO DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA QUE SE DESTINA AL ALUMBRADO PÚBLICO.

El reclamo se hace consistir en que se produjo desequilibrio económico del contrato suscrito entre las partes, que afectó a la convocada, en virtud *"de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A E.S.P., para el suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público del mismo municipio."*

En consecuencia, el demandante solicita que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato, condenando al Municipio a pagar al Concesionario *"el valor total del incremento en el precio de la energía suministrada"* pagado a EPSA S.A E.S.P; y que en lo sucesivo, con el propósito de mantener el equilibrio del contrato, se condene al Municipio a pagar directamente a EPSA el valor correspondiente, o en subsidio de esta última pretensión consecuencial, que el Municipio transfiera al Concesionario *"una suma equivalente al desembolso que se realice con cargo al recaudo por este concepto, en la misma fecha en que éste se produzca, desde la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta la fecha de finalización del contrato de concesión."*

En carta del 29 de octubre de 2007 de ENELAR al Municipio, a propósito del reclamo formulado en esta pretensión, el demandante sostuvo que como resultado de la negociación adelantada entre EPSA y el Municipio, de la que el actor se queja no haber participado, se incrementó la tarifa que venía pagándose por concepto del suministro de energía eléctrica destinada al servicio del alumbrado público *"..la cual pasó de doscientos seis pesos con doce centavos por kilovatio – hora (\$206.12 kwh) a doscientos cincuenta pesos con trece centavos por kilovatio – hora (250. 13 kwh)"*. Bajo esa premisa el Concesionario alegó en la citada comunicación, que el incremento de la tarifa afecta de manera grave su remuneración *"imponiéndole una carga que no está en el deber de soportar"*.

El Tribunal no encuentra que la negociación realizada en 2007 entre el Municipio y EPSA que condujo al incremento de la tarifa fijada en 1997, constituya un hecho antijurídico o contrario a la ley o al contrato. No deja de resultar paradójico que precisamente invocando un desequilibrio económico del contrato, se pretende calificar

de antijurídico el hecho de que el Municipio y EPS renegociaran la tarifa que había fijado con 10 años de antelación, tiempo más que razonable para justificar la negociación que se adelantó entre el Municipio y EPSA.

En efecto, una tarifa fijada en 1997 entre EPSA y el Municipio, requería ser revisada una década después, como en efecto debió hacerse por razones económicas y de elemental justicia. No puede de otra manera entenderse esta situación, pues de lo contrario podría abrirse camino una tesis inaceptable, consistente en impedir la renegociación de una tarifa envejecida o desactualizada.

Era un riesgo del contrato y un hecho previsible, además, para el Concesionario, que durante la ejecución del contrato esa tarifa inicialmente fijada en 1997, pudiera ser objeto de modificación. Siendo ENELAR concedora del negocio de suministro de energía eléctrica para el alumbrado público, no puede dolerse, ni menos alzarse, contra el Convenio que al respecto realizaran el Municipio y ENELAR.

Para el Tribunal es razonable la respuesta que diera el Municipio a ENELAR, mediante comunicación del 21 de noviembre de 2007, al pronunciarse sobre este específico reclamo. En esa comunicación, al tenor de la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, no se previó una condición o limitante al Municipio que le impidiera negociar en el mercado una tarifa para remunerar la energía suministrada, tanto más cuanto que la fijada en 1997 no había sufrido modificación alguna hasta 2007. Lo contrario significaría que a pesar de las fluctuaciones del mercado presentadas en el curso de esa década, la tarifa de 1997 debería permanecer incólume e inalterable, lo cual, por supuesto, no puede ser prohijado por la justicia.

La inconformidad del actor en cuanto que no fue consultado por el Municipio para la renegociación de la tarifa, no es atendible, porque el sentido del párrafo segundo de la cláusula 4 del contrato, no fue el de que toda negociación del contrato entre el Municipio y EPS debía serle consultada previamente a ENELAR, ni mucho menos que debía contar con su aprobación, pues ello sería tanto como aceptar que por vía de una cláusula contractual, se limita la autonomía de la voluntad de una entidad pública, en relación con contratos diferentes y anteriores.

Recordemos que en la cláusula novena del otro sí No 1 al contrato de concesión No 01 – 97, se indicó:

“CLAUSULA 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.”

Si en virtud del citado otrosí No 1, el Municipio dejó en cabeza de ENELAR el manejo directo del contrato de suministro de energía eléctrica para el sistema del alumbrado público *“en lo que tiene que ver con los aspectos que atañen al contrato de concesión no 01 – 97 ”*, el Tribunal entiende que tales aspectos no podían incluir la potestad del Municipio de negociar la tarifa con EPSA, pues ello sería tanto como ceder a aquella la posición contractual de la convocada en el contrato existente con la EPSA.

En conclusión, a juicio del Tribunal, no estaba obligado el Municipio, ni lo está, a consultar con ENELAR la modificación de la tarifa del servicio de suministro de energía eléctrica, por lo que tampoco por ese aspecto puede hablarse de un hecho antijurídico que permita abrir camino a las condenas deprecadas.

El Tribunal coincide con la apreciación del Municipio, consignada en la aludida carta del 21 de noviembre de 2007, en el sentido de que el recaudo del impuesto del alumbrado público remunera no sólo las tareas del Concesionario, sino además el suministro de la energía.

Al respecto, el tenor literal de la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, no deja duda de que la retribución al Concesionario no sólo comprende el costo mensual del suministro, renovación, operación y mantenimiento del contrato de concesión, sino también el valor del consumo del alumbrado público, por lo que nada de extraño ha de tener que el actor asuma esa carga, porque así debió preverlo cuando hizo la propuesta y posteriormente al firmar el contrato de concesión.

La Agencia Fiscal si bien afirma que el Municipio de Buga estaba obligado a no modificar el contrato de energía que tenía suscrito con EPSA, sin el consentimiento de ENELAR, aspecto en el que no coincide con lo que considera el Tribunal, en todo caso concluyó que *“.. no se trató de modificación al contrato de energía (cuyo plazo fue de 10 años) sino a un nuevo contrato en razón a nueva negociación producto de un derecho que le asiste a la entidad CONVOCADA de buscar nuevas tarifas en el mercado”*, por lo que, a su juicio, el Municipio tenía derecho a buscar nuevas tarifas.

Aun cuando los razonamientos de la Agencia Fiscal con base en los cuales reclama no se acojan estas pretensiones, no coinciden exactamente con las apreciaciones del Tribunal, en todo caso ambos razonamientos apuntan por distintos caminos a idéntica solución, por lo cual, con esa aclaración, se acogerá lo pedido por el Ministerio Público.

En consecuencia, por las razones expuestas el Tribunal desestimará la totalidad de las pretensiones enlistadas en el numeral 5 del petitum de la demanda, tanto la principal como las consecuenciales, y además la subsidiaria planteada en el numeral 5.4, como así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

10.- SEXTO GRUPO DE PRETENSIONES - EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA ÚNICA.-

Al amparo de esta pretensión el actor reclama un supuesto desequilibrio económico del contrato, derivado *"de los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única"*, por lo cual exige que se condene a la parte convocada a *"pagar al concesionario la diferencia que resulta de comparar el pago de la prima que exigió" el ente convocado, con el pago que debía realizar, que a juicio del petente ascendería a la suma de " \$ 5. 624. 046. 00 o la mayor que se acredite dentro del proceso"*.

El convocante sostiene que el incremento en los montos de la garantía fue adoptado por el Municipio, con base en una interpretación desencaminada que adoptó respecto de la cláusula séptima del contrato, la cual no coincide con la *"que tradicionalmente las partes daban a la misma, ni consulta el significado y el sentido de ella"*.

A efectos de decidir, es preciso traer aquí el texto íntegro de la cláusula séptima del contrato, origen de la controversia respecto a esta pretensión.

"CLAUSULA SÉPTIMA. Garantías. El CONCESIONARIO se compromete a constituir, a favor de EL MUNICIPIO, la garantía única anual prorrogable a que se refiere la Ley 80 de 1993, la cual se mantendrá vigente durante la duración del contrato y se ajustará a los límites, existencia, y extensión del riesgo amparado. EL CONCESIONARIO deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectado por razón de siniestros. De igual manera, en el evento de que el valor del contrato aumente o se prolongue su vigencia, deberá ampliarse y prolongarse la garantía correspondiente. La garantía deberá cubrir lo siguiente:

a) Cumplimiento del Contrato. Esta garantía será constituida por el diez por ciento (10%) del valor del suministro e instalación de luminarias nuevas, de

conformidad con los costos establecidos en los formularios anexos al presente contrato, con una duración de un (1) año, prorrogable por el tiempo de la concesión y tres (3) meses mas. (..)."

El entendimiento que el Tribunal atribuye a esta cláusula es diferente del que pregona el actor, porque en efecto del tenor literal se desprende, sin dubitación alguna, que el Concesionario sí se obligó a ampliar y a velar por la suficiencia de la garantía durante todo el tiempo de duración del contrato, por lo que era y sigue siendo su obligación adecuar sus valores asegurados al monto del riesgo, con el consecuente ajuste de las primas respectivas.

El actor afirma en su demanda que la interpretación que ha dado el Municipio a la cláusula séptima del contrato, con base en la cual mediante carta del 17 de octubre de 2006 respondió la reclamación formulada el 21 de septiembre del mismo año, *"no corresponde a la interpretación que tradicionalmente las partes daban a la misma, ni consulta el significado y sentido de ella"*.

No obstante lo anterior, el actor no identificó un antecedente de ejecución y entendimiento diferente de la citada cláusula, ni tampoco lo probó. Por el contrario, lo que se estableció en el proceso fue que el Municipio cuando el 21 de septiembre de 2006 le fue planteada esta reclamación, respondió en comunicación del 17 de octubre del mismo año, que la solicitud no era de *"recibo legal la misma, toda vez que lo estatuido en el numeral 1 del Artículo 5 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el Artículo 27 idem, se presenta cuando se dan circunstancias imprevisibles dentro de la ejecución contractual, lo que no es el caso que nos ocupa, pues tal evento estaba previamente determinado en la cláusula séptima del contrato vigente, por lo que era deber legal y contractual, que esta Administración asumiera las medidas para actualizar el valor de las pólizas, a la época actual."*.

No milita, pues, en el plenario constancia alguna de que el Municipio durante la ejecución del contrato, hubiere concluido que al amparo de la cláusula séptima, el Concesionario quedaba relevado de la obligación de ajustar a los requerimientos legales y contractuales los valores amparados por la garantía única para cubrir los riesgos que surgen del contrato. Constituye una potestad de la entidad contratante exigir que las sumas aseguradas en la póliza se mantengan adecuadas al valor real del riesgo, por lo cual no puede un contratista pretender estructurar un desequilibrio económico cuando la Administración ejerce esa facultad. Recordemos que ello es una obligación de quien contrata con el Estado y además constituye un típico evento previsible en contratos como el ocupa la atención del Tribunal.

En ese orden de ideas, el Tribunal comparte y acoge las apreciaciones de la Agencia Fiscal en su alegato de conclusión, en cuanto señaló que “..sólo frente a situaciones imprevistas tendrán derecho (los contratistas o concesionarios) a que se le restablezca el equilibrio económico del contrato y en el presente caso no se trata de un hecho imprevisto por cuanto estaba plenamente contemplado en el contrato tal como se deduce de la cláusula séptima del contrato.”

Adicionalmente, coincide igualmente el Tribunal respecto del juicio del Ministerio Público, acerca de que en este aspecto no se probó el desequilibrio económico del contrato derivado de este hecho.

En consecuencia, acogiendo el concepto de la Vista Fiscal, el Tribunal denegará todas las pretensiones incluidas en el numeral 6 del petitum de la demanda.

11.- COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperan parcialmente, el Tribunal, de conformidad con lo previsto por el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento, se abstendrá de proferir condena en costas, por lo cual cada parte asumirá los gastos en que incurrió.

IX. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P.** y el **MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin,

RESUELVE

Primero. Declarar no probada la totalidad de las excepciones propuestas por la convocada.

Segundo. Denegar las pretensiones primera numeral 1.1 y la principal contenida en el literal d del numeral 1.2.; la tercera numeral 3.4; la cuarta numerales 4.1., 4.2 y 4.3; la quinta numerales 5.1, 5.2, 5.3 y 5.4.; la sexta numerales 6.1, 6.2, y 6.3, así como la pretensión séptima numeral 7.3.

Tercero. Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado con la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, "para lo operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de los luminarias y de los accesorios eléctricos", 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.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9, condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de Trescientos Ocho Millones Doscientos Cuatro Mil Trescientos Sesenta y Cuatro Pesos M/cte (\$308.204.364) valor que comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.

Quinto. Disponer que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA transfiera 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.

Sexto. Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 celebrado con la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, quebrantado 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.

Séptimo. Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9, condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de mil doscientos un millones doscientos ochenta y seis mil trescientos pesos (\$ 1.201.286.300,00), valor que

comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.

Octavo. Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 celebrado con la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio, número 036 de diciembre 31 de 2005.

Noveno. Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9, condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGIA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de mil novecientos un millones ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$ 1.901.884.984,00) valor que comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.

Décimo. Disponer que a lo decidido en esta providencia se debe dar cumplimiento por parte del Municipio de Guadalajara de Buga en la fecha de su ejecutoria.

Undécimo. Disponer que una vez ejecutoriada esta providencia, las sumas establecidas a favor de la convocante y con cargo al convocado, devengarán intereses de mora conforme a lo previsto por el artículo 177 del código contencioso administrativo.

Duodécimo. Abstenerse de proferir condena en costas.

Décimo Tercero. Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Cali. En caso de que el rubro previsto para protocolización no sea suficiente, deberán las partes pagar la suma que sea necesaria al efecto.

Décimo cuarto. Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos de la partida "Protocolización, registro y otros", ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Décimo Quinto. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. La copia auténtica que se entregará a la parte actora, además vendrá con la constancia de ser primera copia.

Esta providencia queda notificada en estrados.

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
Presidente
Con salvamento de voto parcial

MARIELA CARRILLO BEDOYA
Arbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Arbitro

MARIA FERNANDA CARDONA MEJÍA
Secretaria