

LAUDO ARBITRAL

Cali, veintiocho (28) de Diciembre de dos mil uno (2001).

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el Arbitramento Institucional, Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998 y los Decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y 1818 de 1998, el Tribunal de Arbitramento procede al dictar el Laudo Arbitral que pone fin a éste Litigio y que dirime las diferencias surgidas entre las partes, y a su vez, sometidas a decisión del Tribunal.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1. Cláusula Compromisoria.

En la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Concesión No. 063 del 21 de abril de 1997 suscrito entre la UNION TEMPORAL conformada por las entidades sociales "EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. "EPSA E.S.P." e INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A. por una parte, con el carácter de CONCECIONARIA y el "MUNICIPIO DE PALMIRA", por la otra parte, con el carácter de CONCEDENTE, se estipuló lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA.- A) Toda controversia o diferencia de las partes que se presente 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 oportunamente a la otra parte. B) cualquier controversia que surja entre las partes en relación con este asunto técnico, financiero, contable o comercial y que no pueda ser resuelto entre las mismas, será dirimido mediante Arbitramento técnico, por un árbitro que deberá ser designado de común acuerdo por las partes, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) Si la controversia tiene que ver con temas técnicos u operativos, el árbitro será ingeniero con experiencia en el asunto particular objeto del conflicto. Si la controversia tiene que ver con temas

financieros o contables, el árbitro será un auditor con experiencia en el asunto particular objeto del conflicto (ii) Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro corresponderá su designación a la Cámara de Comercio de Cali. (iii) La decisión del árbitro será obligatoria para las partes. C) El Tribunal así constituido se regirá en todo por las disposiciones sobre la materia establecidas por el Decreto Extraordinario 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y el Decreto Extraordinario 2651 de 1991 y las disposiciones de orden legal que los modifiquen, adicionan o reformen. La sede del Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Santiago de Cali y el procedimiento arbitral será administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de dicha ciudad. En caso que entre las partes no haya acuerdo en cuanto a si determinada controversia es de naturaleza técnica, financiera, contable o comercial, entonces el asunto se someterá a Arbitramento en Derecho”.

2. Solicitud de convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento.

El 10 de noviembre de 2000, la citada UNION TEMPORAL conformada por las Empresas “EPSA E.S.P.” e INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.” solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias surgidas entre la UNION TEMPORAL y el MUNICIPIO DE PALMIRA, a propósito del desequilibrio económico que sostiene haberse presentado en el “Contrato de Concesión” celebrado entre tales entidades para la prestación del servicio de alumbrado público de la mencionada ciudad.

La solicitud de convocatoria fue admitida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el 4 de diciembre 2000, el cual dispuso correr traslado de la misma al convocado, esto es, el Municipio de Palmira, entidad que, por medio de Apoderado Judicial, dio respuesta a la demanda en escrito presentado el 4 de enero 2001, oponiéndose a las peticiones de la misma y proponiendo diversas Excepciones de Mérito.

Se aclara que en razón a haberse intentado previamente conciliación entre las partes interesadas, diligencia efectuada por la Procuraduría Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, con resultado negativo, no fue necesaria la práctica de esta gestión procesal.

En consecuencia el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, citó a las partes para Audiencia de designación de árbitros, la cual tuvo lugar el día 5 de febrero de 2001.

En la fecha anotada, las partes designaron en mutuo acuerdo, los siguientes árbitros LEONIDAS CHAUX TORRES, OCTAVIO MONTALVO ESCOBAR y MANUEL BARRAGAN LOSADA Abogados titulados.

Posteriormente, los Apoderados Judiciales de las partes, notificaron expresamente al Centro de Conciliación y Arbitraje, la involuntaria equivocación en el nombramiento de uno de los árbitros escogidos, aclarando que no se trataba del Doctor LEONIDAS CHAUX TORRES, sino del doctor CESAR AYERBE CHAUX, igualmente Abogado titulado.

De esta manera se surtieron todos los trámites previos a la instalación del Tribunal indicado.

3.- Instalación Del Tribunal.

El 6 de marzo 2001, tuvo lugar la instalación del Tribunal de Arbitramento y en curso de ellas se reconoció personería a los doctores Luis Angel Esquerra Marciales que Héctor Hernando Hernández Mahecha, para actuar el primero como Apoderado Judicial de EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACIFICO S.A. E.S.P."EPSA E.S.P." y de INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A." y el segundo, Apoderado Judicial del MUNICIPIO DE PALMIRA.

Se fijaron los honorarios a los árbitros y a la Secretaria del Tribunal.

Se determinaron los gastos del Tribunal y se fijó fecha para la realización de la primera Audiencia de Trámite, ordenándose comunicar también a la Procuraduría General de la Nación, la iniciación del proceso y la instalación del Tribunal.

El valor de los honorarios y gastos del Tribunal señalados, fue consignado oportunamente y por iguales partes por la convocante y el convocado.

4. Primera Audiencia de Trámite.

Efectuado el depósito de los honorarios y gastos del Tribunal, se celebró la primera Audiencia de Trámite 16 de abril de 2001 y durante la misma, el Tribunal se declaró competente para conocer del presente Proceso Arbitral, decretándose las pruebas solicitadas por las partes, con excepción de cuatro (4) Inspecciones Judiciales que, con exhibición de documentos, pidió el Apoderado Judicial del MUNICIPIO DE PALMIRA y en relación con las cuales el Tribunal aplazó su decisión hasta tanto si hubiesen practicado las otras relacionadas con los mismos hechos y, en su lugar, decretó oficiosamente la práctica de un Dictamen Pericial.

CAPITULO II

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

En escrito presentado al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 10 de noviembre 2000, la UNION TEMPORAL conformada por las empresas EPSA E.S.P. e INDUSTRIASL PHILIPS DE COLOMBIA S.A., por intermedio de apoderado, instauró demanda arbitral contra el MUNICIPIO DE PALMIRA, con las siguientes pretensiones:

“Pretensiones Principales”

“PRIMERA: Se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA, en su calidad de CONCEDENTE, incumplió el Contrato de Concesión No. 063 de 1997, al negarse a restablecer el equilibrio económico derivado del déficit resultante de la diferencia entre el valor de la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el contrato, debidamente ajustado (Anexos Nos. 1 y 2)”

“SEGUNDA: Se ordene al MUNICIPIO DE PALMIRA que proceda al cumplimiento de la obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, mediante el pago a favor del concesionario de la suma que se establezca por los peritos en el curso del proceso, por concepto de déficit presentado entre la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el Contrato debidamente ajustado (Anexos 1 y 2), desde la iniciación del mismo hasta el momento en que se profiere el laudo arbitral”.

“TERCERA: Se ordene al MUNICIPIO DE PALMIRA apropiar en los presupuestos de las vigencias fiscales correspondientes al plazo de duración del contrato, los

recursos necesarios para restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, resultante del déficit presentado entre la tasa de alumbrado público recaudada y el flujo económico proyectado debidamente ajustado (Anexos No. 1 y 2)", tal como se pactó en la Cláusula Décima, parágrafo segundo del contrato.

"CUARTA: Como consecuencia de incumplimiento contractual, se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA está obligado, a título de cláusula penal, a pagar a la UNION TEMPORAL una suma equivalente al "diez (10%) por ciento del valor presente neto de los flujos de caja proyectados (Anexo No. 1, columna 24), los cuales deben descontarse a una tasa igual a la DTF (Depósito a Término Fijo) vigente la semana inmediatamente anterior a la fecha de incumplimiento o en su defecto a la tasa equivalente en dicho momento", según la liquidación que realicen los peritos en el curso del proceso".

"QUINTA: Se ordene que la suma de dinero señalada en la pretensión primera principal se pague debidamente indexada, de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE".

"SEXTA: Se condene a la parte demandada a pagar las agencias en derecho y demás costas procesales que se causen en el curso del presente trámite arbitral"

"Pretensiones Primeras Subsidiarias"

"PRIMERA.-Se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA, en su calidad de CONCEDENTE, incumplió el Contrato de Concesión No. 063 de 1997, al negarse a restablecer el equilibrio económico derivado del déficit resultante de la diferencia entre el valor de la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el contrato debidamente ajustado (Anexos 1 y 2)".

"SEGUNDA.- Se ordene al MUNICIPIO DE PALMIRA, que proceda al cumplimiento de la obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, mediante el pago a favor de CONCESIONARIO de la suma que se establezca por los peritos en el curso del proceso, por concepto del déficit presentado entre la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el contrato debidamente ajustado (Anexos Nos. 1 y 2), desde la iniciación del mismo hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral".

“TERCERA.- Se ordene al MUNICIPIO DE PALMIRA apropiar en los presupuestos de las vigencias fiscales correspondientes al plazo de duración del contrato, los recursos necesarios para restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, resultantes del déficit presentado entre la tasa de alumbrado público recaudada y el flujo económico proyectado debidamente ajustado (Anexos 1 y 2), tal como se pactó en la Cláusula Décima, parágrafos segundo del contrato”.

“CUARTA.- Como consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales, se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA está obligado a título de responsabilidad contractual, a indemnizar los perjuicios causados a los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL. Que en consecuencia, deberá pagar a las sociedades demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de reparación de daños:”

“A. Daño Emergente:”

“1). La suma que establezca los peritos en el curso del proceso por concepto de los mayores costos financieros en que ha incurrido el CONCESIONARIO en la ejecución del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, derivados del incumplimiento de MUNICIPIO DE PALMIRA”.

“2). La suma que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto de los intereses moratorios que ha tenido que pagar el CONCESIONARIO a los proveedores como consecuencia de la imposibilidad de pagar oportunamente los créditos respectivos, derivada del incumplimiento del MUNICIPIO DE PALMIRA”.

“B. Lucro Cesante:”

“La sumas de dinero que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto de los rendimientos económicos que habrían producido los dineros correspondientes al déficit económico contractual señalada en la pretensión primera, liquidados a la tasa del interés bancario corriente que certifique la Superintendencia Bancaria”.

“QUINTA: Se ordene que las sumas de dinero señaladas en las pretensiones SEGUNDA y CUARTA literal a. (DAÑO EMERGENTE), se paguen debidamente

indexadas, de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE”.

“SEXTA: Se condene a la parte demandada a pagar las agencias en derecho y demás costas procesales que se causen en el curso del presente trámite arbitral”

“Pretensiones Segundas Subsidiarias”

“PRIMERA: Se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA, en su calidad de CONCEDENTE, incumplió el Contrato de Concesión No. 063 de 1997, al negarse a restablecer el equilibrio económico derivados del déficit resultante de la diferencia entre el valor de la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el contrato debidamente ajustado (Anexos No. 1 y 2)”.

“SEGUNDA: Como consecuencia del incumplimiento de la obligación anterior, se declare que el MUNICIPIO DE PALMIRA está obligado, a título de responsabilidad contractual, a pagar a los integrantes de la UNION TEMPORAL, la indemnización de los perjuicios causados, así:”

“A. Daño Emergente:”

“1). La suma que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto del déficit presentado en la tasa de alumbrado público realmente recaudada frente al flujo económico proyectado en el contrato, debidamente ajustado (Anexos No. 2 y 2), desde la iniciación del mismo hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral”.

“2). La suma que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto de los mayores costos financieros en que ha incurrido el CONCESIONARIO en la ejecución de Contrato de Concesión No. 063 de 1997, derivados del incumplimiento de MUNICIPIO DE PALMIRA”.

“3). La suma que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto de los intereses moratorios que ha tenido que pagar el CONCESIONARIO a los proveedores como consecuencia de la imposibilidad de pagar oportunamente los créditos respectivos, derivada del incumplimiento del MUNICIPIO DE PALMIRA”.

“B. Lucro Cesante:”

“La suma de dinero que establezcan los peritos en el curso del proceso por concepto de los rendimientos económicos que habrían producido los dineros correspondientes al déficit económico contractual señalada en la pretensión primera, liquidados a la tasa de interés bancario corriente que certifique la Superintendencia Bancaria”.

“TERCERA: Se ordene que las sumas de dinero señaladas en la pretensión SEGUNDA literal A. (DAÑO EMERGENTE), se paguen debidamente indexadas, de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE”.

“CUARTA: Se condene a la parte demandada a pagar las costas procesales que se causen en éste proceso”.

HECHOS DE LA DEMANDA

La acción legal impetrada, se fundamentó en los siguientes hechos:

“PRIMERO: El Alcalde del MUNICIPIO DE PALMIRA, con base en la autorización otorgada por el Consejo Municipal mediante Acuerdo No. 131 del 30 de diciembre de 1996, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. P -001 de 1997, con el fin de entregar en concesión la prestación del servicio de alumbrado público de esa localidad”.

“SEGUNDO: La EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. EPSA E.S.P. Y la sociedad INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A., se asociaron mediante un acuerdo de UNION TEMPORAL con el objeto de presentar conjuntamente una propuesta dentro de la mencionada licitación pública y ejecutar el contrato en caso que les fuera adjudicado. EL MUNICIPIO DE PALMIRA a través de la Resolución No. 157 del 26 de marzo de 1997 decidió adjudicar la licitación a la propuesta presentada por mis representados”.

“TERCERO: En virtud de dicha adjudicación, se celebró entre el MUNICIPIO DE PALMIRA y la mencionada UNION TEMPORAL el Contrato de Concesión No. 063 de 1997, el día 21 de abril del mismo año”

“CUARTO: El objeto del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, consiste en el suministro de energía eléctrica, la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público, instalación, mantenimiento y administración de la infraestructura y elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público del Municipio de Palmira, así como la repotenciación del alumbrado público existente y el mantenimiento de las nuevas obras que se anexe al sistema de conformidad con los requisitos y condiciones establecidas en el pliego de la Licitación No. P-001-97, en el Adendo No. 4 de fecha 26 de febrero de 1997, en la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO en fecha 3 de marzo de 1997 y en las demás cláusulas y anexos del contrato”.

“QUINTO: Como plazo de duración del contrato se pactó el término de treinta (30) años, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del mismo, prorrogable de común acuerdo entre las partes por un término no inferior a veinte (20) años”.

“SEXTO: En la cláusula décima del contrato se estableció que la remuneración de la concesión “consiste en los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público fijada mediante Acuerdo emanado del Concejo Municipal y que será pagada directamente por los usuarios del CONCESIONARIO” se estableció igualmente que “del valor recaudado se deducirá el valor de la energía consumida por el alumbrado público y el remanente, si existe, será depositado en la fiduciaria del Banco Comercial Antioqueño, con los derechos y obligaciones previstos en el contrato de fiducia que el CONCESIONARIO ha suscrito en ésta misma fecha y que forma parte del presente contrato”.

“SEPTIMO: Se estableció también en la cláusula décima del contrato, que para el manejo de los recursos económicos se constituirá una fiducia a la cual se transfiere los derechos patrimoniales derivados de la concesión, es decir, los dineros que se reciban por concepto de recaudo de alumbrado público y cualquier otra suma de dinero que deba ser pagada por razón del contrato de concesión. Igualmente se transfieren al patrimonio autónomo los recursos propios del concesionario aportados para financiar el proyecto y los recursos de crédito obtenidos para el mismo fin”.

“En a la misma cláusula se señaló que para el desarrollo del contrato a la FIDUCIARIA le corresponde ejecutar las siguientes actividades: a) El recibo de los recursos que deban ingresar al Fideicomiso; b) El pago de las erogaciones inherentes a la ejecución del proyecto; c) La administración de los recursos

incluidos los excedentes de liquidez; d) Pignorar los recursos del fideicomiso o expedir certificados de garantía sobre el patrimonio autónomo, como garantía de los créditos que requiera el concesionario para la ejecución del proyecto; e) Determinar anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal el déficit ajustado de conformidad con el Flujo de Ingresos y Egresos presentado por el concesionario y aprobados por el concedente”.

“OCTAVO: En la misma cláusula décima del contrato se pactó también, que en caso de presentarse déficit en el recaudo de la tasa de alumbrado público frente al Flujo de Ingresos y Egresos ajustado, el concedente lo cubrirá en la siguiente vigencia fiscal”.

“Igualmente se estipuló en el PARAGRAFO PRIMERO de la cláusula antes citada, que “si durante el desarrollo del contrato, los recaudos de la TAP fuesen inferiores a los requerimientos económicos previstos en la columna 16 del flujo financiero proyectado, el concedente deberá cubrir la diferencia con recursos propios, tal que se le logre el nivel mínimo de recaudo para restablecer el equilibrio económico del contrato”.

“Se estipuló también en el PARAGRAFO SEGUNDO de la misma cláusula, que “anualmente el CONCEDENTE, incluirá en el presupuesto los recursos necesarios para atender las obligaciones contraídas con la concesión mediante este contrato”.

“NOVENO: EL Contrato de Concesión No. 063 de 1997 se inició en el mes de junio de 1997, tal como consta en el acta respectiva suscrita entre las partes”.

“DECIMO: Durante la ejecución del contrato se ha venido presentando un déficit progresivo en el recaudo de la tasa de alumbrado público, frente al flujo económico proyectado en el contrato debidamente ajustado (Anexos 1 y 2). En efecto, desde la iniciación del contrato hasta el mes de agosto de 2000, se ha presentado el siguiente comportamiento en las cifras de recaudo:”

NOTA: Para ello el Apoderado Judicial de la convocante presentó un cuadro donde refleja el comportamiento relativo al Flujo Proyectado, Recaudo Real y Diferencia registrado entre el mes de junio de 1997 y el mes de agosto de 2000, concluyendo con la afirmación de existir un déficit de tres mil doscientos sesenta y un millones doscientos treinta y tres mil ochocientos setenta y cuatro pesos (\$3.261.233.874.00) moneda legal colombiana.

“DECIMO PRIMERO: El incumplimiento por parte del MUNICIPIO DE PALMIRA de la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, pactada en forma clara, expresa e inequívoca en la CLÀUSULA DECIMA del mismo, y consagrada en el artículo 60 de la Ley 43 de 1994, le ha causado graves perjuicios económicos a los integrantes de la UNION TEMPORAL CONCESIONARIA. Estos perjuicios se discrimina y estiman así”:

“A. Daño Emergente:”

“1) La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$285.145.787) M/CTE., por concepto de los mayores costos financieros que extraordinariamente ha tenido que asumir la Unión Temporal como consecuencia del déficit económico. Estos mayores costos financieros se han presentado por los siguientes hechos y circunstancias:”

“a) El déficit económico del contrato de concesión determinó que las entidades crediticias que asumieron la financiación del proyecto de alumbrado público del Municipio de Palmira, tomaran la determinación de suspender el desembolso de los créditos, al considerar que no existía las suficiente seguridad y claridad en la fuente de pago de estas obligaciones. A raíz de esta situación la Unión Temporal concesionaria se vio obligada a acudir al mercado financiero para tomar unos mayores recursos de crédito, por una cuantía ostensiblemente superior a la inicialmente prevista al momento de la celebración del contrato, lo que alteró el equilibrio económico del contrato por la carga financiera que se deriva de la contratación de estos créditos extraordinarios”.

“Estos nuevos créditos, se tomaron con el Banco ABN AMRO BANK, por la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS (\$392.994.312) M/CTE., a un costo del DTF más 6.20 % pagadero trimestre vencido, lo que ha implicado la necesidad de asumir intereses no previstos por una suma superior a CIENTO NUEVE MILLONES CIENTO SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$109.107.454) MONEDA LEGAL. A continuación me permito ilustrar la situación anterior”.

NOTA: Se precisa a continuación en cuadro que comprende Período, Tasa de Interés y Valor pagado al ABN- AMRO BANK, con un resultado final de CIENTO

NUEVE MILLONES CIENTO SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (\$109.107.454.00) MONEDA LEGAL.

"b) Así mismo, la suspensión del desembolso de los créditos por parte de los bancos determinó la necesidad para la Unión Temporal concesionaria, de adquirir recursos de crédito a tasas superiores a las previstas inicialmente por las partes al momento de celebrarse el contrato y reflejadas en el flujo de fondos respectivos, lo que ha afectado ostensiblemente el equilibrio económico del contrato por los mayores costos financieros derivados de esta situación. A continuación me permito ilustrar lo anterior:"

NOTA: Igualmente se especifica otro cuadro que señala, Bancos, No. de Crédito, Préstamos, Fecha de Inicio, Fecha de Cálculo, Tasa Negociada, Spread De Diferencia, mayor Costo de Financiación para dos (2) valores discriminados así: CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$135.558.333) MONEDA LEGAL (INTERBANCO) y CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$40.480.000) MONEDA LEGAL (ABN- AMRO Bank).

"2) La suma de MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$1.332.390.253), por concepto de los intereses moratorios que ha tenido que pagar el CONCESIONARIO a los proveedores como consecuencia de la imposibilidad de pagar oportunamente los créditos respectivos, deriva del incumplimiento del MUNICIPIO DE PALMIRA. La relación de los proveedores y mayores intereses pagados es la siguiente:"

NOTA: Para esta situación el Apoderado Judicial presenta otro cuadro en el cual se determina el cálculo del Daño Emergente, incluyendo el de los intereses moratorios a proveedores, para un gran total de MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$1332.390.253) MONEDA LEGAL, con la aclaración que la tasa de interés ha sido certificada por la Superintendencia Bancaria.

"B. Lucro Cesante"

"El incumplimiento por parte del MUNICIPIO DE PALMIRA le ha impedido a la UNION TEMPORAL utilizar el dinero correspondiente al déficit económico contractual presentado. Por consiguiente se ha generado un perjuicio en la modalidad de lucro

cesante equivalente a los rendimientos económicos que habrían producido los dineros no recibidos por la UNION TEMPORAL a raíz del déficit económico contractual señalado. Estos perjuicios se estiman en la suma de SETECIENTOS ONCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$711.260.055)".

"DECIMO SEGUNDO: En consideración a la situación planteada, la UNION TEMPORAL CONCESIONARIA presentó una petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante escrito radicado en la Alcaldía de Palmira el día 07 de julio de 1999".

"Mediante el escrito en mención, mis representados solicitaron el reconocimiento y pago de los valores correspondientes al déficit económico del contrato, liquidado hasta el mes de mayo de 1999, así como los mayores costos que había sufrido hasta esa fecha, como consecuencia del déficit económico contractual".

"DECIMO TERCERO: A pesar de la claridad de los fundamentos expresados por la UNION TEMPORAL CONCESIONARIA en su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la Alcaldía de Palmira omitió pronunciarse dentro del término legal y guardó absoluto silencio en torno a la petición. De esta manera, mis representados procedieron a protocolizar la solicitud del restablecimiento de la ecuación económica del contrato, mediante la escritura pública No. 1.284 del 15 de octubre de 1999, otorgada en la Notaría Única del Círculo de Candelaria Valle del Cauca, con fundamento en el artículo 25.16 de la Ley 80 de 1993 y en artículo 15 del Decreto 67 de 1994".

"DECIMO CUARTO: Con el fin de procurar un acuerdo directo entre las partes y de esta manera evitar que se le causaran mayores daños, mis representados presentaron solicitud de conciliación prejudicial con el fin de dirimir las diferencias presentadas en relación con la ejecución del Contrato de Concesión No. 063 de 1997. Este trámite se surtió en la Procuraduría Judicial Veinte ante el Tribunal Administrativo del Valle, la cual declaró fracasada la etapa de conciliación prejudicial, por falta de voluntad del Municipio de Palmira".

"DECIMO QUINTO: En la cláusula DECIMA SEXTA del contrato, se pactó una cláusula penal una suma equivalente al " diez (10%) por ciento del valor presente neto de los flujos de caja proyectados (anexo No. 1, columna 24), los cuales deben descontarse a una tasa igual a la DTF (Depósitos a Término Fijo) vigente a la

semana inmediatamente a la fecha de incumplimiento o en su defecto a la tasa equivalente en dicho momento”, que se haría exigible por la parte cumplida en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, sin necesidad de requerimiento judicial previo”.

“DECIMO QUINTO: (Sic).- “En el presente caso, la UNION TEMPORAL CONCESIONARIA a título de pretensiones principales opta por exigir el pago de la cláusula penal pecuniaria, y por consiguiente, se abstiene de solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del MUNICIPIO DE PALMIRA. En subsidio, si el Tribunal de Arbitramento no estima viable la exigibilidad de la Cláusula Penal, se solicita el reconocimiento de los perjuicios efectivamente sufridos por el demandante, tal como se acredite en el curso del proceso”.

FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA

El Apoderado Judicial de la convocante invocó como fundamento jurídico de la Demanda los Artículos 1546, 1602, 1603, 1613, 1618 y restantes normas concordantes el Código Civil; 822, 868, 870, 871 y cánones relacionados del Código de Comercio; 4.8, 4.9, 5.1, 14.1, 23, 25.13, 25.14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; y 55 y siguientes de la Ley 143 de 1994.

CAPITULO III

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA .- EXCEPCIONES

En su contestación a la Demanda el Apoderado Judicial del MUNICIPIO DE PALMIRA aceptó como cierto: PRIMERO a NOVENO; del DECIMO dijo no ser cierto; afirmó no constarle el DECIMO PRIMERO; con respecto al DECIMO SEGUNDO aceptó como cierta la presentación de la petición, con la salvedad que las cifras “no corresponden al flujo de ingresos y egresos ajustado”; del DECIMO TERCERO y DECIMO CUARTO dijo no ser ciertos; del DECIMO QUINTO expresó “así aparece en el contrato” y con respecto al DECIMO SEXTO manifestó que “no es un hecho.

De otra parte, el Apoderado Judicial del Municipio convocado SE OPUSO a las pretensiones principales, como también a las pretensiones primeras subsidiarias y a las pretensiones segundas subsidiarias.

Igualmente propuso las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO.

PRIMERA.- “De conformidad con la cláusula Décima numeral 2 y literal e) del contrato “el control de la ejecución de flujos de ingresos del proyectado: Para el efecto se tiene en cuenta de conformidad con el contrato de concesión EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un flujo de ingresos y egresos que ha sido aprobados por el CONCEDENTE y que se tendrá como flujo básico para la ejecución del proyecto y se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el anexo No. 2 de este contrato. En consecuencia LA FIDUCIARIA determinará anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit ajustado y lo informará al CONCEDENTE para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión así:.....” (el resaltado y las mayúsculas son del texto).

“De conformidad con lo pactado en la cláusula anterior, el demandante no puede reclamar el pago de sumas por razón de déficit sin que éste se haya previamente determinado con base en un flujo de ingresos y egresos ajustado y actualizado. Mientras no se determine este flujo de ingresos y egresos, debidamente ajustado y actualizado a precios corrientes, la petición está fuera de tiempo. La columna 16 del anexo 1 del contrato, está basada en el flujo básico para la ejecución del proyecto y como no ha sido ni actualizada ni ajustada, no se puede tener en cuenta para determinar el déficit”.

“SEGUNDA.- De conformidad con la cláusula transcrita en el texto de la excepción primera de este documento, las cifras que pretende el demandante como se basan en un flujo de ingresos y egresos del proyecto no ajustado ni actualizado no corresponden a la realidad económica actual y resultan exorbitantes e imposibles de pagar de un marco de razonabilidad de elemental justicia y de proporcionalidad”.

“A manera de ejemplo, para el año 2001, el valor del costo del servicio de alumbrado público para Palmira sería \$524.553.036,00 mensuales y para el año 2002, sería \$630.715.726,00 mensuales y para el año 2004 sería \$931.878.460,00 mensuales”.

“Lo recaudado por tarifas para el año 2000 fue 250.000.000,00 aproximadamente”.

“Los ingresos, como aparecen en las columnas 7, 8 y 9, del anexo 1 del contrato, tienen un crecimiento que no se ajusta a la realidad ni en administración, ni en

equipos ni en repuestos. En ese anexo se tomó como punto de partida para estos egresos, el IPC (Índice de Precios al Consumidor) vigente a junio de 1997, el IPP (Índice de Precios Productor) a 16.66% vigente en la misma fecha y un TCL (Tasa de Crecimiento de Luminarias) como mínimo de 2.50% y se ha mantenido estos valores para determinar el flujo proyectado hasta la fecha de la demanda, y como aparece en el cuadro que se anexó a la demanda, está proyectado de la misma manera para los 30 años de vigencia del contrato”.

“Por lo anterior se explica que para enero del año 2005 deba recaudarse \$1.128.713.213,00 mensuales para el costo del servicio de alumbrado público de Palmira”.

“Es conocido que el IPC y el IPP para el año 2000 fue de aproximadamente 9.28% y 8.51% para cada uno de ellos, respectivamente”.

“TERCERA: No aparece en la demanda, ni el Municipio ha recibido por parte de la FIDUCIARIA el texto que determina el déficit ajustado que le permita al Municipio tomar las previsiones para efectuar los pagos, si es que hay lugar conforme al contrato”

“CUARTA: El Municipio no conoce que se haya hecho el ajuste del flujo de ingresos y egresos conforme al anexo número dos del contrato”.

“QUINTA.- El Municipio de Palmira no ha incumplido con sus obligaciones contractuales y por consiguiente no puede ser obligado al pago de perjuicios ni de lucro cesante ni de daño emergente ni de multa”.

“LA UNIÓN TEMPORAL EPSA – PHILIPS y la sociedad FIDUCIARIA han incumplido el contrato por cuanto no han presentado al MUNICIPIO DE PALMIRA el texto de los ajustes y actualización del flujo de ingresos y egresos, con base en los parámetros y procedimientos establecidos en el anexo dos del contrato”.

“Quien no ha cumplido, conforme a las reglas generales del derecho, no puede pretender cumplimiento de la otra parte”.

“SEXTA.- El Municipio acudió a la citación para la conciliación pero el demandante no presentó, pese a la solicitud que se le había hecho, los documentos que justificaron el déficit debidamente ajustado y actualizado conforme a los parámetros

del anexo dos del contrato. El procurador judicial no declaró que el Municipio de Palmira hubiera tenido falta de voluntad para la conciliación, sino que declaró terminado el proceso de conciliación en respuesta a una solicitud de aplazamiento formulada por el apoderado de Municipio con el fin de que la UNION TEMPORAL EPSA – PHILIPS presentara la documentación requerida para justificar el déficit”.

“SEPTIMA.- Debe reestablecerse el equilibrio económico del contrato de concesión No. 063 de 1997 en beneficio del MUNICIPIO DE PALMIRA, no sólo ajustando y actualizando el flujo económico proyectado con precios corrientes a la fecha del ajuste, sino también modificando los puntos de referencia que se deben tener en cuenta para determinar los egresos incluyendo la utilidad justa que corresponde al concesionario”.

“No se justifica que el TCL se haya fijado de manera permanente en un 2.50% por cuanto los gastos en luminarias en los últimos años de ejecución del contrato exigieron un gasto inferior a este porcentaje y cuando fue superior se cargó en su totalidad”

“Los gastos reales que se deben determinar de manera precisa deben ser los que sirvan de criterio para valorar los egresos. No se justifica que el valor de personal o administración, operación y equipos y repuestos, es decir los costos de operación y mantenimiento se determinen permanentemente con base en gastos supuestos proyectados indefinidamente”.

“OCTAVA.- En el capítulo de pruebas el demandante afirma que acompaña la “copia auténtica del contrato de concesión No. 063 de 1997, junto con sus anexos”, pero en realidad no presentó sino el anexo No. 1, faltándole los anexos No. 2, 3, 5, 5, 6, 7, y 8. El anexo que en 16 folios que presenta como anexo No. 1 no corresponde al que fue presentado con la oferta. Hace falta especialmente el anexo No. 2 que se hace indispensable para el ajuste y actualización del flujo proyectado”

CAPITULO IV

ACERVO PROBATORIO

En la oportunidad procesal el Tribunal ordenó tener como pruebas los documentos aportados por los Apoderados Judiciales de las partes a sus escritos de Demanda y contestación de la misma, a la vez que decretó las pruebas por

ellos solicitadas en tales escritos, salvo la práctica de cuatro (4) Inspecciones Judiciales que con exhibición de documentos, solicitó el Apoderado Judicial del MUNICIPIO DE PALMIRA, en relación con las cuales el Tribunal postergó su decisión a la espera de practicar otras relacionadas con los mismos hechos que se pretendían probar con las nombradas Inspecciones y, en su lugar, decretó oficiosamente la práctica de un Dictamen Pericial. Posteriormente el Tribunal, atendiendo un pedimento del Apoderado Judicial de la parte convocante decretó otras pruebas adicionales consistentes en solicitud de documentos a entidades vinculadas al Contrato de Concesión No. 063 de 1997, como también la ampliación del temario a absolver por los Peritos. También en el curso del Proceso se glosaron al expediente otros documentos aportados dentro de la recepción de testimonio y de Interrogatorios de Parte. Por último, expuso también el Tribunal de manera oficiosa solicitar información al MUNICIPIO DE PALMIRA sobre ciertos hechos que interesaban al proceso. En tal virtud, el acervo probatorio quedó conformado así:

A. Prueba Documental.

Primero.- La parte convocante acompañó a la Demanda los siguientes documentos:

- Copia auténtica del documento de constitución de la UNION TEMPORAL.
- Copia auténtica del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, junto con sus anexos.
- Copia auténtica del Acta de iniciación del contrato.
- Certificación expedida por el Revisor Fiscal de la EPSA – E.S.P. sobre los déficit presentados en la ejecución de los contratos
- Certificación expedida por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. sobre los déficit presentados en la ejecución de los contratos
- Certificación del Banco Interbanco sobre la existencia y condiciones de créditos otorgados a la UNION TEMPORAL EPSA E.S.P.- INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.

- Escritura pública No. 1.284 del 15 de octubre de 1999, otorgada en la Notaría Única del Círculo de Candelaria.
- Solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la Procuraduría Delegada Judicial ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.
- Copia simple del Acta de Conciliación Prejudicial No. 291 del 29 de agosto de 2000, suscrita en la Procuraduría Veinte Judicial ante el Tribunal Administrativo del Valle.

A solicitud de la misma parte convocante llegaron al Proceso los siguientes documentos:

- Copia del Contrato de Fiducia de Administración y Garantía de la Concesión de Alumbrado Público de Palmira, celebrado entre la Fiduciaria B. C. A. y la Unión Temporal. Igualmente el documento de cesión de ese convenio a favor de la "Fiduciaria del Valle S.A." al igual que copia de los informes presentados a desarrollo de dicho contrato; además, certificación sobre el déficit producido entre el valor de TAP y las sumas que efectivamente recaudadas para los años completos 1997, 1998, 1999, 2000 y Enero- Marzo de 2001.
- Oficio No. 03485 de abril 30 de 2001 originarios del Departamento Nacional de Estadística DANE, mediante el cual dicha entidad certifica el incremento del Índice de Precios al Consumidor, desde el mes de julio de 1997, hasta la fecha de certificación.
- Oficio de 30 de abril de 2001 originario del Banco A.B.N. AMRO BANK mediante el cual manifiesta, en relación con la existencia de un crédito a favor a la UNION TEMPORAL en cuantía de \$392.994.312,00 Mcte, que "el Banco no posee ningún registro de desembolso por éste valor".
- Oficio No. 002765 de mayo 4 de 2001 proveniente de INTERBANCO en el cual certifica la existencia de un crédito distinguido con el No. 6009015236 otorgado a la UNION TEMPORAL en cuantía de \$1.500.000.000,00 Mcte, sus condiciones financieras y el monto de los intereses generados.

- Oficio No. BCP-0002 del 2001 emanado de INTERBANCO en el cual se da cuenta de la decisión de dicha entidad de no haber suspendido el desembolso de créditos a la concesionaria del servicio de alumbrado eléctrico de Palmira y las razones de tal determinación.
- Oficio de abril 30 de 2001 emanado de A.B.N. AMRO BANK en el cual se da cuenta de la decisión no haber suspendido el desembolso de créditos a la concesionaria del servicio de alumbrado eléctrico de Palmira.
- Certificación de agosto 3 de 2001 originaria de la Superintendencia Bancaria, mediante el cual se certifica la tasa de interés bancaria corriente desde el mes de julio de 1997 hasta la fecha de la certificación.
- Oficio No. V030 de mayo 10 de 2001 emanado de la Procuraduría Judicial Veinte ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, con el cual se remite la copia auténtica del acta de Audiencia de Conciliación Prejudicial No. 291 de 29 de agosto de 2000.

Segundo.- A su turno el Apoderado Judicial del Convocado acompañó a su escrito de contestación de la Demanda la siguiente prueba documental:

- El poder que le fuera otorgado para representar al MUNICIPIO DE PALMIRA dentro de este proceso.
- La Credencial y el Acta de posesión del Alcalde de Palmira.

Y mediante solicitud suya llegaron posteriormente al proceso los siguientes documentos:

- Oficio No. 1172 de abril 27 de 2001 emanado del Banco de la República certificando los valores del Índice de Precios al Productor (IPP) desde el mes de julio de 1998 hasta marzo de 2001.
- Oficio No. 03485 de abril 30 de 2001 proveniente del Departamento Nacional de Estadística DANE certificando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el mes de julio de 1997 hasta marzo de 2001.

B. Interrogatorio de Parte.

En audiencias celebradas el 4 y el 25 de mayo de 2001, a solicitud de la parte convocada el Tribunal recepcionó Declaración de Parte a la Dra. Leonor de Jesús Ochoa, representante legal de INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.” al igual que a la Dra. Adriana Martínez Zurbuchen, representante legal de “EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. EPSA E.S.P.” y de la UNION TEMPORAL EPSA E INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.”.

C. Declaraciones de Testigos.

A solicitud de la parte convocante se recepcionaron los testimonios de las siguientes personas:

- Silvia Inés Villegas Velásquez en su condición de Jefe del Departamento de Alumbrado Público de EPSA – PALMIRA.
- Magnolia Fernández Carvajal, analista financiera de EPSA – PALMIRA.
- Diego Hernán Ramírez Bocanegra, Contralor de Iluminación de la Empresa INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.

A solicitud de la parte convocada se recepcionaron los testimonios de las siguientes personas:

- Juan Manuel Puerto Anzola, Gerente General de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A.
- Víctor Manuel Hernández Cruz. Juez Cuarto Civil Municipal de Palmira.
- Luis Fernando Plaza Gálvez, Ingeniero Eléctrico.
- Roberto Ruano Pardo, Economista y Consultor Independiente.
- Gerardo Martínez Delgado, Ingeniero Eléctrico e Interventor del Contrato de Concesión del Alumbrado Público de Palmira.

- Gustavo Adolfo García Chavez, Ingeniero Eléctrico y Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Ingenieros.
- Francisco José Ordoñez Narváez, Ingeniero Eléctrico y Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Ingenieros.

D. Prueba Pericial.

A petición de la parte convocante se practicó una prueba pericial por parte de un Contador y un Economista, cuya designación se hizo por el Tribunal en Audiencia celebrada el 16 de abril de 2001 y recayó en las personas de la señora Miryam Arcila de las Casas y Jorge Diógenes Mejía Maldonado, quienes aceptaron los nombramientos y se posesionaron de sus cargos el 4 de mayo 2001, según consta en el Acta No. 4 de la misma fecha. Los Peritos antes mencionados entregaron su dictamen el 2 de agosto 2001, y lo aclararon y complementaron con fecha 13 de septiembre 2001.

A solicitud de la parte convocada se diligenció una prueba pericial a cargo de dos (2) Ingenieros Electricistas, Doctores Pablo Emilio Estupiñán Vera y Octavio Novoa Restrepo. Estos colaboradores de la Justicia se nombraron por el Tribunal el 13 de abril de 2001, posesionándose el 4 de mayo del mismo año. Y rindieron su experticia el 6 de agosto de 2001 y la aclararon y ampliaron el 14 de septiembre del corriente año.

De manera oficiosa, el Tribunal decretó un Peritaje desarrollado por los economistas, doctores José Fidel Sandoval Sandoval y José Beder Paladines Ospina, designados el 16 de abril 2001 y posesionados el 4 de mayo del año en curso, quienes rindieron su dictamen el 2 de agosto de 2001 y lo aclararon y ampliaron el 14 de septiembre del mismo año.

CAPITULO V

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En Audiencia celebrada el 19 de noviembre 2001 (Acta No. 18) los Apoderados Judiciales de las partes presentaron sus alegatos de conclusión y entregaron un resumen de los mismos, en los cuales reiteran sus pretensiones y defensas

mediante el análisis de las pruebas practicadas en desarrollo del Proceso, con planteamientos que se sintetizan así:

1.- Alegato del Apoderado Judicial de la convocante.

Comienza éste por determinar la competencia del Tribunal de Arbitramento y quiénes son las partes del Proceso; repite luego la totalidad de las pretensiones de la Demanda, precisando el objeto litigioso y la posición del convocado frente al mismo; se ocupa después de los fundamentos fácticos y jurídicos de la misma; y, por último, reitera sus objeciones al dictamen de los Ingenieros Eléctricos Octavio Novoa Restrepo y Pablo Emilio Estupiñán Vera.

En este orden de ideas, el Apoderado Judicial de la convocante, luego de indicar el objeto del Contrato de Concesión No. 063 de 1997 y su plazo de duración, destaca como ASPECTOS RELEVANTES del anotado contrato, entre otros, los siguientes:

“En la cláusula décima del contrato se estableció que la remuneración de la concesión “consiste en los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público fijada mediante Acuerdo emanado del Consejo Municipal y que será pagada directamente por los usuarios del CONCESIONARIO”. “Se estableció igualmente que del valor recaudado se deducirá el valor de la energía consumida por el alumbrado público y el remanente, si existe, será depositado en la fiduciaria del Banco Comercial Antioqueño, con los derechos y obligaciones previstos en el contrato de fiducia que el concesionario ha suscrito en esta misma fecha y que forma parte del presente contrato”.

“Se estableció también en la cláusula décima del contrato, que para el manejo de los recursos económicos se constituiría una fiducia a la cual se transfiere los derechos patrimoniales derivados de la concesión, es decir, los dineros que se reciban por concepto del recaudo de alumbrado público y cualquier otra suma de dinero que deba ser pagada por razón del contrato de concesión. Igualmente se transfiere al patrimonio autónomo los recursos propios del concesionario aportados para financiar el proyecto y los recursos de crédito obtenidos para el mismo fin”.

“En la misma cláusula se señaló que para el desarrollo del contrato, a la FIDUCIARIA le corresponde ejecutar las siguientes actividades: a) El recibo de los recursos que deban ingresar al Fideicomiso: b) El pago de las erogaciones inherentes a la ejecución del proyecto; c) La administración de los recursos

incluidos los excedentes de liquidez; d) Pignorar los recursos del fideicomiso o expedir certificados de garantías sobre el patrimonio autónomo, como garantía de los créditos que requiera el concesionario para la ejecución del proyecto; e) Determinar anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal el déficit ajustado de conformidad con el Flujo de Ingresos y Egresos presentado por el concesionario y aprobados por el concedente”.

“ En la misma cláusula décima del contrato se pactó también, que en caso de presentarse déficit en el recaudo de la tasa de alumbrado público frente al Flujo de Ingresos y Egresos ajustado, el concedente lo cubrirá en la siguiente vigencia fiscal”.

Enseguida el Apoderado Judicial aludido identifica como “OBLIGACIONES CONTRACTUALES INCUMPLIDAS POR EL CONCEDENTE”, las siguientes:

“a.- Obligación contenida en el PARAGRAFO PRIMERO de la CLAUSULA DECIMA del contrato, que señala:”

“Si durante el desarrollo del contrato, los recaudos de la TAP fuesen inferiores a los requerimientos económicos previstos en la columna 16 del flujo financiero proyectado, el concedente deberá cubrir la diferencia con recursos propios, tal que se logre el nivel mínimo de recaudo para restablecer el equilibrio económico del contrato”.

“b.- Obligación contenida en el PARAGRAFO SEGUNDO de la misma cláusula que señala:”

“Anualmente el CONCEDENTE, incluirá en el presupuesto los recursos necesarios para atender las obligaciones contraídas con la concesión mediante este contrato”.

Se anota que las estipulaciones contractuales antes transcritas no sólo corresponden a la voluntad explícita de las partes contratantes, sino que “encuadran dentro del régimen vigente que regulan el contrato público de concesión de alumbrado público, tal como se desprende de las siguientes normas jurídicas contenidas en el capítulo XI de la Ley 143 de 1.994”.

Acto seguido transcribe los artículos 49, 55, 57 y 60 de dicha Ley y luego de formular comentario aparte para cada uno de tales textos, observa lo siguiente:

“De otra parte es pertinente resaltar que de conformidad con las disposiciones contenidas en los Artículos 4.8, 5.1 y 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, el contratista tiene derecho a que se mantengan intactas las condiciones económicas previstas al momento de surgir el vínculo contractual”

“La aplicación del principio de la equivalencia económica o equilibrio financiero del contrato estatal, genera para la entidad contratante la obligación de adoptar las medidas necesarias para mantener incólumes las condiciones económicas vigentes al momento surgir el vínculo contractual; y a su vez, representa para el contratista del derecho cierto e inalienable de exigir que se respeten las ventajas económicas previstas al momento de presentar la propuesta”.

Sostiene luego que sobre este aspecto de la “equivalencia económica o equivalencia financiera del contrato estatal” se han producido reiterados e importantes pronunciamientos del Consejo de Estado, uno de los cuales consta en la Sentencia proferida el 29 de abril de 1999 con ponencias del Magistrado Daniel Suárez Hernández, de la cual transcribe los siguientes apartes”

“Frente a la figura del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal o principio de la ecuación financiera del contrato, la Sala considera:”

“El estado con el fin de cumplir los fines esenciales consagrados en la Constitución y la ley, acude a la contratación con los particulares, ante la imposibilidad de asumir por sí mismo la ejecución de las tareas necesarias para lograr su cometido. El particular se compromete con la consecución de tales fines, movido por el ánimo no sólo de colaboración sino especialmente para reportar un provecho económico en su favor. Este tema indudablemente tiene incidencia en la política de modernización del Estado o de apertura económica porque sin lugar a dudas, todas las normas que prevén actualmente el manejo económico del contrato estatal, bien puede hacer más llamativas la vocación a contratar con las entidades de derecho público colombiano”.

“Desde la propia génesis del contrato, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración, el logro de los fines esenciales del Estado, y para el contratista, la obtención de un provecho económico en su favor. En este momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio al cual debe ser referida la “ecuación financiera del contrato”. Será

entonces dicho momento el que marca el punto de partida de la regulación financiera del negocio, directriz que habrá de guiarlo durante toda su existencia”.

“Resulta de vital importancia determinar que dicha ecuación financiera clama aplicación en los llamados contratos “conmutativos” y, con mayor razón en aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, dado que cualquier variación en la economía de estos, durante su vigencia, rompe el equilibrio convenido”.

“Dicho equilibrio económico puede verse alterado, durante la ejecución de contrato, por las siguientes causas:”

1. Por actos o hechos de la administración contratante.
2. Por actos de la administración como Estado.
3. Por factores exógenos a las partes del negocio

“En la primera causa, aquellas que se originan en la sola actuación de la administración como contratante, esto es: Por incumplimiento de la administración, puede revestir diferentes modalidades, cuya ocurrencia puede traer como consecuencia la alteración de la ecuación financiera del contrato”.

Sostiene luego que la FUDICIARIA DEL VALLE determinó los déficits presentados durante el desarrollo del contrato y los comunicó oportunamente a las partes, afirmación que dice encontrar respaldo probatorio en informes que obran a folios 3 y siguientes del cuaderno No. 5, así como en las versiones rendidas tanto por el representante legal de la Fiduciaria como el primer Interventor del contrato, Doctor Luis Eduardo Plaza. Sostiene igualmente que el MUNICIPIO DE PALMIRA se ha negado sistemáticamente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato y que también ha incumplido la obligación contractual y legal de incluir en el presupuesto los recursos necesarios para atender las obligaciones contraídas en virtud del contrato de concesión.

Dedica después algunos comentarios al establecimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento y a la valoración de los mismos, fundamentándolos en las experticias rendidas por la Contadora Miryam Arcila de las Casas y los Economistas Jorge Diógenes Mejía Maldonado, José Fidel Sandoval y José B. Paladines.

Por último, el Apoderado Judicial de la convocante enfoca buena parte de su alegación a reiterar y fundamentar sus objeciones por error grave al Dictamen rendido por los Ingenieros Eléctricos Octavio Novoa Restrepo y Pablo Emilio Estupiñán, sobre las cuales el Tribunal se ocupará más en detalle en el capítulo correspondiente al análisis probatorio.

2.- Alegato del Apoderado Judicial del convocado.

Comienza este profesional a referirse a las pretensiones principales y subsidiarias de la Demanda, como también a los hechos que le sirven de fundamento y enseguida reitera las Excepciones formuladas en el escrito de contestación de la misma. Se ocupa luego en la explicación del tipo o especie de contrato, principalmente la cláusula Décima del mismo y los llamados anexos 1 y 2 del Contrato. Dice que tal como reza la cláusula DECIMA del contrato, el Concesionario presentó en su propuesta un flujo de Ingresos y Egresos que fue por el CONCEDENTE y que se tuvo como flujo básico para la ejecución del proyecto. Este flujo básico aparece en el ANEXO 1 del contrato denominado "FLUJO FINANCIERO PROYECTADO", que contiene 26 columnas en las cuales se Previó el comportamiento del contrato. Agrega que si los factores económicos se mantienen estables, las cifras que aparecen en el ANEXO 1 del contrato deben cumplirse, pero que si no es así todas las cifras del ANEXO 1 deben modificarse. Afirma que el modelo financiero se proyectó con base en los siguientes factores, indicadores económicos, que por naturaleza son variables:

"IPP de 16.66% vigente en marzo de 1997."

"IPC de 19-46% vigente en marzo de 1997".

"TCL: Tasa de crecimiento anual de luminarias proyectada, del 2.50%".

"Tasa de interés para los créditos DTF + 4.5. a la fecha del contrato el DTF estaba en 26.53%".

"Se tuvo en cuenta una Tasa Interna de Retorno, TIR del 48.15%.

"Para la energía, por ejemplo, se pactó como se dice en el contrato (Cláusula cuarta 1.1.) un precio inicial, para el mes de abril de 1997 de \$96.27 por Kw/h. En el anexo No. 1 que empieza en el mes de junio de 1997 ya tenía un valor de \$98.80".

"El ajuste del precio de la energía se debe hacer con base en el IPP, (índice de precios al productor). A la fecha de iniciación del contrato el IPP era del 16.66%, pero debería ajustarse con el IPP que certifica el Banco de la República".

"Nunca se hizo el ajuste de la tarifa y Epsa ha venido cobrando la energía reajustándola mes tras mes, con un incremento del 16.66%".

El Apoderado Judicial del Municipio de Palmira interrumpe aquí su explicación para observar que en el interrogatorio formulado a la representante legal de EPSA, el 15 de mayo pasado, esta funcionaria confesó que la tarifa de energía se ha venido reajustando mes a mes por la concesionaria con un incremento del 16.66% y no con el índice de precios al productor.

Al reanudar su explicación acerca del modelo económico dice la misma lo siguiente:

"Se previó que el recaudo, (TAP), por ejemplo, debería ser como aparece en la columna 16 del anexo No. 1".

"Si no hubiera ninguna variación en los factores que determinan el comportamiento de los valores señalados en las otras 25 columnas, por ejemplo, si se hubiera mantenido el IPP en 16.66% y el IPC en 19.46%, y así los demás factores, lo que debería recaudarse para conservar el equilibrio económico del contrato es lo que aparece en la columna 16 del anexo No. 1, porque con base en esa fórmula de reajuste se iría restableciendo el equilibrio económico del contrato, pero si cambian los factores hay que cambiar los valores de la columna 16".

"Es natural y obvio que si las cifras que aparecen en las 25 columnas del anexo No. 1 del contrato cambian, deben variar las cifras de la columna 16".

"De esta manera se previó mantener el equilibrio económico del contrato".

"Para lograr los ajustes y la actualización del flujo básico para la ejecución del contrato se ordenó tener en cuenta el anexo No. 2 del contrato denominado MODELO ECONOMICO Y SUS BASES DE PROYECCIÓN".

Posteriormente, con apoyo en la cláusula DECIMA, numeral 2, literal e) del contrato que trata del CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL FJULO DE INGRESOS Y EGRESOS DE PROYECTO, el mismo Apoderado Judicial se centra en la explicación del denominado ANEXO 2, el cual reza lo siguiente:

1. "Parámetros de Indexación o de Proyección".

“Para que el valor de cada ítem registrado en el anexo No. 1 Flujo Financiero proyectado de la oferta presentada al concedente, evolucione en el mismo sentido y proporción al comportamiento de la economía y de las luminarias instaladas en el concedente de Palmira se ajustará periódicamente con base en los siguientes parámetros:”

“1.1 Tarifa de energía: Mensualmente con el Índice de Precios al Productor (IPP)”

1.2 Potencia: Con el censo mensual de carga”

1.3 Operación y mantenimiento:”

1.3.1 Personal, gastos generales y administración: mensualmente con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y anualmente, en el mes de enero, con el crecimiento de luminarias del año inmediatamente anterior, sin que este crecimiento sea inferior al 2.5%”.

1.3.2 Equipos, maquinaria, herramientas: Anualmente con el IPC y la tasa de crecimiento de luminarias”.

Comisiones y gastos financieros: trimestralmente con base en la DTF”.

“Ajuste de Precios:”

“Las condiciones propuestas estarán sujetas a revisión y actualización cuando se decida por acuerdo entre las partes o cuando se produzcan variaciones substanciales que alteren el equilibrio de las condiciones económicas previamente acordadas”.

“3. Tasa Mínima de Alumbrado Público Requeridas para 1997, 1998 y 1999”

Meses	E-1	E-2	E-3	E-4	E-5	E-6	Comercial	Industrial
1997	1.200	1.550	2.100	3.900	6.260	7.800	3.900	12.000
Ene-98	1.920	2.480	3.360	6.240	8.764	10.920	6.630	21.600
Ene-99	3.072	3.968	5.376	9.984	12.270	15.288	11.271	38.880

En este orden de ideas, el Apoderado Judicial de la parte convocada concluye sus apreciaciones sosteniendo que el contrato de concesión mencionado, podrá

reformarse o modificarse en su desarrollo práctico, en relación con aspectos económicos y ante la ocurrencia de imprevistos, en cualquiera de las dos circunstancias que se exponen a continuación: a) De común acuerdo y b) Cuando se presentan alteraciones sustanciales que modifiquen las condiciones del contrato.

Aclara el citado profesional que para actuar de conformidad no se pactó procedimiento alguno.

No obstante lo anterior, se resaltó que las partes interesadas consagraron que para variar el flujo financiero del mismo, atendiendo las fluctuaciones de la economía deberían tener en cuenta las cláusulas estipuladas en el Anexo No. 2, íntegramente del contrato de concesión, tantas veces especificado.

A renglón segundo el Apoderado Judicial del convocado discrimina las actividades que deberían tenerse en cuenta para lograr los ajustes y actualizaciones indicados.

Son ellas:

- 1) Determinación del déficit por parte de la Fiduciaria. 2) Tal obligación se depende del Contrato de Fiducia celebrado entre la parte convocante y la "Fiduciaria del Valle S.A.". 3) El déficit a determinar por la Fiduciaria hace relación con Ingresos y Egresos del proyecto y 4) La precisión deficitaria procedente debería realizarse anualmente.

A continuación del mismo Apoderado Judicial en un análisis de las estipulaciones anteriormente especificadas, señala:

- a) Que la Fiduciaria nunca determinó y presentó al Municipio de Palmira el déficit de Ingresos y Egresos siguiendo los lineamientos estipulados en el Anexo No. 2 (Cláusula Décima 1-e).

Apoya esta afirmación en los Interrogatorios de Parte rendidos por los representantes legales de las entidades sociales que conforman la Unión Temporal, como también la declaración rendida por el Doctor Juan Manuel Puerto Anzola, representante legal de la Fiduciaria.

Para tal efecto, vale la pena, transcribir las respuestas del aludido funcionario:

“Hasta donde yo tengo entendido siempre se utiliza el número 1, columna 16” y añade luego:

“No conozco el anexo No. 2, por lo tanto no le podría responder si se ha utilizado el anexo No. 2, el que conozco es el anexo No. 1”.

Después en certificación expedida por el mismo organismo financiero, se lee:

“Se ha presentado el siguiente déficit entre el valor de la tasa de alumbrado público (TAP) efectivamente recaudada y el valor que por el mismo concepto se había previsto recaudar según las proyecciones de los Anexos 1 y 2 del contrato de Concesión” (carta de abril 10 de 2001).

Posteriormente tiene fecha, Jul. 9 de 2001, la aludida entidad Fiduciaria certificó:

“...se ha presentado el siguiente déficit entre el valor de la tasa de alumbrado público (TAP) efectivamente recaudada y el valor que por el mismo concepto se había previsto recaudar según las proyecciones contenidas en el anexo 1 del contrato de Concesión”.

Asimismo en carta remisoría diligenciada por el citado organismo fiduciario se determinó:

“Con relación al asunto de la referencia, y en concordancia con mi declaración ante el Tribunal, quiero reiterar que la Fiduciaria del Valle S.A. a través de su Representante Legal ha certificado el déficit del valor de la tasa del alumbrado público (TAP) de acuerdo con el Anexo No. 1 del contrato de Concesión y no se tomó en cuenta el Anexo No. 2 pues éste no influye en la columna No. 16 de la cual se está certificando” (Julio 10 de 2001).

De esta manera el Apoderado Judicial del Municipio de Palmira pretende demostrar el incumplimiento de parte de la Unión Temporal a la vigencia de aplicación del anexo No. 2, circunstancia que impediría conocer la realidad del déficit económico, de existir y, en referencia al contrato de concesión indicado.

Para concluir el Apoderado Judicial comentado realiza una serie de apreciaciones en relación con los Dictámenes Periciales rendidos por los diversos Auxiliares de la

Justicia designados por el Tribunal y cuyos comentarios se estudiarán suficientemente más adelante.

CAPÍTULO VI

LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL MARCO CONTRACTUAL DE LA CONTROVERSIA

A. El Contrato de Concesión No. 063 de 1997

El Tribunal estima inoficioso realizar un recuento pormenorizado del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, firmado entre la Unión temporal y el Municipio, pues la mayoría de sus cláusulas son suficientemente claras para efectuar precisiones al respecto.

Consecuencialmente y según nuestro criterio, debemos centrar la atención en las estipulaciones Tercera, Octava, Novena y Décima, las cuales, textualmente rezan:

“CLAUSULA TERCERA.- OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato de concesión es el suministro de energía eléctrica, la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público, instalación, mantenimiento y administración de la infraestructura y elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público del Municipio de Palmira, así como la repotenciación del alumbrado público existente y el mantenimiento de las nuevas obras que se anexan al sistema de conformidad con los requisitos y condiciones establecidos en el pliego de Licitación pública No. P-001-97, en el adendo No. 4 de fecha 26 de febrero de 1997, en la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO en fecha 3 de marzo de 1997 y en las demás cláusulas y anexos del presente contrato.

“CLÁUSULA OCTAVA.- DURACIÓN DEL CONTRATO. El plazo de la concesión es de treinta (30) años contados a partir de la fecha que mediante acta las partes firmen como iniciación del mismo, previo el perfeccionamiento del presente contrato, siempre y cuando se hayan cumplido los requerimientos exigidos para la suscripción y legalización del mismo. Éste término podrá prorrogarse de común acuerdo entre las partes hasta por un término no inferior a veinte (20) años.

“CLÁUSULA NOVENA.- VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada. Para cada ítem registrado en el anexo No. 1 – flujo

financiero proyectado su valor se ajustará teniendo en cuenta los parámetros definidos en el Anexo No. 2 del presente contrato”.

“CLÁUSULA DÉCIMA. FORMA DE REMUNERACIÓN AL CONCESIONARIO Y MANEJO ECONÓMICO: La remuneración del presente contrato consiste en los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público fijada mediante Acuerdo emanado del Concejo Municipal y que será pagada directamente por los usuarios al CONCESIONARIO. Es obligación del CONCESIONARIO efectuar la facturación y el recaudo mensual de la mencionada tasa. Del valor recaudado se deducirá el valor de la energía consumida por el alumbrado público y el remanente, si existe, será depositado en la Fiduciaria del Banco Comercial Antioqueño, con los derechos y obligaciones previstos en el contrato de fiducia que el CONCESIONARIO ha suscrito en ésta misma fecha y que forma parte del presente contrato”.

“Para el manejo económico del proyecto, además de los recursos provenientes del recaudo de la TAP, el CONCESIONARIO financiará las actividades derivadas del contrato de concesión con recursos propios y del crédito, como se muestra en el flujo financiero (Anexo No. 1 de éste contrato). Para el manejo de los recursos económicos se constituirá la fiducia previamente anunciada con las siguientes:”

“1- BIENES FIDEICOMETIDOS: Los FIDEICOMITENTES transfieren a la FIDUCIARIA para constituir el Patrimonio Autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato de concesión, es decir, el derecho a recibir los recaudos por alumbrado público, y a cobrar cualquiera otra suma de dinero que deba ser pagada por razón del contrato de concesión. Igualmente EL CONCESIONARIO aportará al patrimonio autónomo los recursos propios o recursos de créditos necesarios para desarrollar el proyecto, en la forma y condiciones convenidas entre las sociedades adjudicatarias de la CONCESIÓN que integran la parte FIDEICOMITENTE. 2- DESARROLLO DEL CONTRATO: Para el desarrollo del presente contrato, LA FIDUCIARIA ejecutará las siguientes actividades: a) El recibo de los recursos que deban ingresar al fideicomiso. B) el pago de las erogaciones inherentes a la ejecución del proyecto. c) La administración de tales recursos incluida la de los excedentes de liquidez. d) LA FIDUCIARIA también podrá pignorar los recursos del fideicomiso como garantía de los créditos otorgados, o realizar la expedición de certificados de garantía sobre patrimonio autónomo, para garantizar a los acreedores se otorguen créditos al CONCESIONARIO o al proyecto. e) El control de la ejecución del flujo de ingresos y egresos del proyecto: Para el efecto se tiene en cuenta que de conformidad con el contrato de concesión, EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un

Flujo de Ingresos y Egresos que ha sido aprobados por el CONCEDENTE y que se tendrá como flujo básico para la ejecución del proyecto y se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 de éste contrato. En consecuencia LA FIDUCIARIA determinará anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit ajustado y lo informará al CONCEDENTE para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión así: E.1) Los excedentes de recaudo quedarán a disposición del CONCEDENTE y serán destinados por éste a obras o servicios adicionales, ampliando el contrato de concesión o nuevas inversiones, respetando en todo caso la destinación específica del recaudo de la Tasa de Alumbrado Público. E.2) El déficit del recaudo deberá ser aportado por EL CONCEDENTE en la siguiente vigencia fiscal a aquella en que se produzca. En igual forma, LA FIDUCIARIA controlará que EL CONCESIONARIO cumpla con los aportes previstos en el flujo básico debidamente ajustado y lo requerirá para el pago oportuno de los mismos. En cuanto a los egresos proyectados, LA FIDUCIARIA realizará los pagos controlando que no excedan el valor del flujo básico ajustado acumulado para cada ítem. De esta forma controlará el equilibrio financiero del proyecto. Fórmula de ajuste de los valores del flujo de ingresos y egresos: Los valores de flujo de ingresos y egresos serán ajustados de acuerdo con los parámetros y procedimientos definidos en el Anexo No. 2 de éste Contrato. LA FIDUCIARIA elaborará los estados financieros del fideicomiso determinando la utilidad o pérdida de cada ejercicio fiscal, que someterá a la aprobación del Comité Técnico, para proceder a la distribución de las utilidades pactadas entre las entidades que conforman la parte CONCESIONARIA y CONCEDENTE. El procedimiento general para el desarrollo del contrato de fiducia será el siguiente: 2.1.) INGRESOS. El recibo de sumas de dinero, sean aportes del CONCESIONARIO, producto de recaudos, o recursos de crédito se realizará mediante abono o consignación en la cuenta que LA FIDUCIARIA abrirá para el efecto en el Banco Comercial Antioqueño S.A. ó en otro (s) banco (s) que apruebe EL CONCESIONARIO y que se denominará FIDUCIARIA BCA S.A. CONCESIÓN ALUMBRADO PUBLICO MUNICIPIO DE PALMIRA. La periodicidad de los recaudos tendrá en cuenta lo previsto en el contrato de concesión que regule la transferencia de fondos al fideicomiso. 2.2.) EGRESOS. LA FIDUCIARIA realizará egresos con cargo al FIDEICOMISO contra la presentación de las facturas aprobadas por la interventoría designada en el contrato de concesión y siempre que existan fondos en el FIDEICOMISO. Igualmente LA FIDUCIARIA dará aviso escrito a cada uno de los miembros del comité técnico, dentro de los cinco días siguientes y convocará de inmediato a una reunión extraordinaria de dicho Comité. En caso de insuficiencia parcial de fondos para atender todas las cuentas

por pagar, se cancelarán las cuentas según las fechas de vencimiento o exigibilidad, dando prelación a los créditos vencidos, y se convocará de inmediato al Comité Técnico, con el fin de establecer la manera de solventar el déficit. PARAGRAFO: LA FIDUCIARIA no realizará pagos sobre canje ni en sobregiro, es decir, sólo girará los fondos disponibles. Por tal motivo, la entrega de los dineros necesarios para cubrir un pago, en el evento de realizarse mediante consignación de cheques, deberá efectuarse por lo menos con un (1) día hábil de anticipación al día en que LA FIDUCIARIA deba realizar el giro respectivo”.

“PARÁGRAFO PRIMERO: Si durante el desarrollo del contrato, los recaudos de la TAP fuesen inferiores a los requerimientos económicos previstos en la columna 16 del flujo financiero proyectado, necesarios para mantener el equilibrio contractual, el CONCEDENTE deberá cubrir la diferencia con recursos propios, tal que se logre el nivel mínimo de recaudo para restablecer el equilibrio económico del contrato. Si persiste la falta de ingresos necesarios para más de tres meses consecutivos el CONCESIONARIO suspenderá los servicios con los correspondientes perjuicios a cargo de CONCEDENTE. En el evento en que se presente superávit en los recaudos previstos en la columna 16 del flujo financiero el CONCESIONARIO mantendrá éste excedente en la fiduciaria hasta el 31 de diciembre de cada año. Al finalizar cada periodo fiscal, este excedente se destinará a cubrir los déficit de años anteriores y sino los hubiere se destinará a otras obras necesarias en desarrollo del presente contrato”.

“PARÁGRAFOS SEGUNDO. Anualmente el CONCEDENTE, incluirá en el presupuesto los recursos necesarios para atender las obligaciones contraídas con la concesión mediante este contrato”.

“PARÁGRAFOS TERCERO. EL CONCEDENTE se obliga a pignorar el recaudo de la tasa del alumbrado público a favor del CONCESIONARIO, dentro de los sesenta (60) días siguientes al perfeccionamiento del presente contrato. La pignoración tendrá como término de duración la establecida en la cláusula octava del mismo”.

“PARÁGRAFO CUARTO. El flujo de fondos de la fiducia está compuesto por:”

“1. Ingresos

- a. “Los aportes iniciales de capital de EPSA y PHILIPS
- b. Recursos del crédito obtenido en entidades bancarias.

- c. Los remanentes de la tasa de alumbrado público después de deducir el valor del consumo de la energía eléctrica demandada por el sistema de alumbrado público.
- d. Las transferencias del CONCEDENTE cuando el recaudo de la tasa de alumbrado público sea inferior al nivel mínimo requerido para el período.
- e. Rendimientos de los fondos que se manejan en la Fiducia”

“2. Egresos

- a. Valor de la Energía no cubierta por el recaudo de la TAP
- b. Servicio de la deuda
- c. Valor de la repotenciación del SAP
- d. Impuestos, comisiones y gastos que generen como resultado de las operaciones de la fiducia.
- e. Administración, operación y mantenimiento del sistema de alumbrado público.
- f. Suministro para luminarias, repuestos y demás elementos necesarios para la prestación del servicio
- g. Distribución de Utilidades Netas de las cuales el 10% se entregará al CONCEDENTE para que desarrolle obras de interés comunitario.
- h. Seguros, impuestos y contingencias.
- i. Excedentes del Recaudo de la TAP.
- j. Cancelación al CONCEDENTE de la partida para obras de Alumbrado Público y de Electrificación en tres giros iguales de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00) en los meses número diez (10), once (11) y doce (12) de la CONCESION.
- k. Los subcontratos de ingeniería y mano de obra necesarios para la reponteciación inicial de acuerdo a lo previsto en el formulario 6”.

B. EL Contrato de Fiducia, Administración y Garantía entre la UNION TEMPORAL y la FIDUCIARIA BCA S.A. y el documento de cesión a favor de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A.

El Tribunal en relación con este segundo contrato, que es un CONTRATO DE DERECHO PRIVADO regido por las normas del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero, se permite resaltar las estipulaciones de las Cláusulas TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEPTIMA y UNDÉCIMA, las cuáles son del siguiente tenor:

"CLÁUSULA TERCERA- NATURALEZA DEL CONTRATO: la presente FIDUCIA MERCANTIL es un contrato de derecho privado que se rige por las normas del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero, por lo tanto los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio autónomo independiente y separados de los patrimonios de las partes en este contrato, el cual está exclusivamente destinado a los fines de la presente fiducia. En consecuencia, los bienes de propiedad del patrimonio autónomo garantizan exclusivamente las obligaciones contraídas para dar cumplimiento de la finalidad perseguida, de acuerdo con los términos del presente contrato. Esta fiducia es de carácter irrevocable, de manera que el FIDEICOMITENTE no podrá modificar el destino de los recursos fideicometidos".

"CLÁUSULA CUARTA- OBJETO DE LA FIDUCIA: El presente contrato tiene como finalidad la recepción y la administración de los recursos económicos destinados al desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión No. 063 del 21 de abril de 1997 suscrito entre el Municipio de Palmira y la Unión Temporal conformada por INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A. y EPSA E.S.P.".

"Para efectos de lo anterior y sin perjuicio de las restantes facultades, derechos y obligaciones establecidas en este contrato, la FIDUCIARIA manejará la cuenta Fideicomitada, en la cual se depositarán las sumas designadas recibidas por ella y de la cual se efectuarán los pagos y transferencias que correspondan, todo conforme a los términos y bajo las condiciones descritas en este contrato".

CLÁUSULA QUINTA – CONFORMACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO: EL CONCESIONARIO que en adelante será el FIDEICOMITENTE transfiere a la Fiduciaria para constituir el Patrimonio Autónomo, los derechos de tipo patrimonial derivado del contrato de CONCESION, es decir el derecho a recibir los recaudos de la Tasa de alumbrado público, y a cobrar cualquier otra suma de dinero que deba ser pagada por razón del contrato de CONCESION. Igualmente el FIDEICOMITENTE aportará al patrimonio autónomo los recursos propios recursos de créditos necesarios para desarrollar el proyecto, en la forma y condiciones convenidas entre las sociedades adjudicatorias de la CONCESION".

"En consecuencia, los valores transferidos a la FIDUCIARIA, en desarrollo de ejecución del presente contrato, así como los dineros generados por los excedentes de liquidez, se mantendrán separados del resto de los activos de la Fiduciaria al

igual que de los activos que ésta reciba en desarrollo de otros negocios fiduciarios. El patrimonio autónomo que aquí se conforma, el cual estará especial y exclusivamente afecto a las finalidades de este contrato, será denominado por la Fiduciaria como "Fideicomiso Unión Temporal Epsa – Philips".

"CLÁUSULA SÉPTIMA- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: además de las consagradas en el artículo 1234 del Código de Comercio, la FIDUCIARIA se obliga a: 1.- Establecer y mantener la cuenta FIDEICOMETIDA. 2.- Recibir los ingresos del FIDEICOMISO por créditos, aportes y los recaudos que transfiera la EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. EPSA E.S.P. 3.- Realizar con los recursos del fideicomiso los desembolsos y pagos necesarios para adelantar la obra, mantenerla y operarla, así como para atender el servicio de la deuda financiera de conformidad con el contrato de CONCESION. 4.- Cancelar a EPSA E.S.P. el valor de la energía eléctrica suministrada al sistema de alumbrado público no cubierto por el recaudo de la tasa de alumbrado público. 5.- Dar aviso inmediato en caso de insuficiencia de fondos y de imposibilidad de cumplir con los pagos. 6.- Permitir al FIDEICOMITENTE y al INTERVENTOR la inspección de todos los libros, soportes y comprobantes relacionados con la ejecución de la presente fiducia. Para el ejercicio de este derecho de inspección se fija un plazo de diez días hábiles posteriores a cada una de las reuniones ordinarias del Comité Técnico, sin perjuicio de la solicitud de informaciones especiales. 7.- Llevar la contabilidad separada de los recursos fideicometidos. 8.- Entregar al Fideicomitente, dentro de los diez (10) días siguientes al fin de cada mes calendario, un informe escrito detallado de cada uno de los depósitos o retiros realizados de la cuenta Fideicometida y cualquier otra actividad con respecto a la cuenta Fideicometida dentro del mismo mes. 9.- Elaborar los estados financieros debidamente soportados con las notas correspondientes y someterlos mensualmente a la aprobación del Comité Técnico, previo envío de los mismos para su revisión. Si los estados financieros no son proyectados en el término de 15 días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, se entenderán aprobadas las cuentas y la gestión Fiduciaria para el periodo correspondiente. Teniendo en cuenta que la gestión contable de la Fiduciaria se centraliza en Santafé de Bogotá, para cualquier asunto relacionado con la rendición de cuentas, se establece como centro principal de la administración de éste negocio fiduciario, la mencionada ciudad de Santafé de Bogotá, de manera que la verificación de comprobantes o cualquier objeción o reclamación relacionada con la misma deberá adelantarse en esta ciudad, sin perjuicio de que la Fiduciaria puede remitir a la ciudad de Cali o al Municipio de Palmira alguno o todos los comprobantes contables que deban ser verificados. 10.- Asistir, con voz pero sin

voto, a las reuniones del Comité Técnico. 11.- Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada con los bienes dados en fiducia, e interponer los recursos y acciones correspondientes con arreglo a las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE y/o el Comité Técnico. En ausencia de tales instrucciones la FIDUCIARIA quedará en libertad de definir los recursos y argumentos de la defensa, con las características de una obligación de medios. 12.- Suscribir los pagarés de contragarantía acordados con los acreedores por los certificados de garantía, para garantizar los créditos otorgados al CONCESIONARIO para el desarrollo de la concesión. 13.- Administrar los recursos y realizar las inversiones de conformidad con la ley con lo previsto en este contrato. 14.- Adoptar las medidas necesarias para la protección y custodia de los bienes fideicometidos. 15.- Determinar anualmente el cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit o excedente del recaudo por alumbrado con relación al flujo básico, ajustado y lo informe al MUNICIPIO y al Comité Técnico para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión. 16.- Citar a las reuniones de Comité Técnico. 17.- Devolver al FIDEICOMITENTE los bienes fideicometidos, o el saldo de los mismos, al término de la FIDUCIA, mediante inventario acompañado de un resumen sobre su gestión”.

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA – COMITÉ TÉCNICO DE LA FIDUCIA: EL FIDEICOMISO tendrá un Comité Técnico integrado por seis (6) miembros, cada uno con su respectivo suplente personal, así:”

- “Un representante del Banco Comercial Antioqueño con voto en los aspectos directamente relacionados con el crédito y sólo con voz en los demás”.
- “Cuatro representantes del FIDEICOMITENTE (dos por cada uno de los miembros de la Unión Temporal)”.
- “Un representante de la Fiduciaria con voz y sin voto”.

“Cada miembro del Comité informará por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes al perfeccionamiento de éste contrato, las personas designadas como principal y suplente para integrar dicho Comité. El Quórum para deliberar y para decidir será de tres (3) miembros”.

“Cada miembro tendrá derecho a un voto. Los suplentes sólo podrán votar en ausencia del principal. El Comité será presidido por la persona que sea designada en la respectiva reunión. La Fiduciaria asistirá al Comité con voz pero sin voto y prestará la función de secretaria del Comité”.

“Las reuniones del Comité se convocarán y realizarán con la periodicidad que lo exijan las necesidades. En principio el Comité será convocado para reuniones ordinarias como mínimo una vez al mes, y para reuniones extraordinarias a solicitud de cualquiera de sus miembros o de la FIDUCIARIA. EL Comité será convocado por la FIDUCIARIA y se reunirá en la ciudad de Cali, en el lugar de ejecución del contrato de CONCESION. La citación al Comité debe hacerse por escrito con cinco (5) días hábiles de anterioridad. Están asignadas al Comité las siguientes funciones: 1.- Definir y aprobar su propio reglamento. 2.- Ejercer el control económico y financiero del FIDEICOMISO. 3.- Impartir a la FIDUCIARIA instrucciones sobre la administración del FIDEICOMISO en los aspectos no previstos de este contrato y fijar los procedimientos necesarios para el adecuado funcionamiento del FIDEICOMISO, respetando en todo caso las reglas del CONTRATO DE CONCESION.- 4.- Conocer cada uno de los informes que presente la FIDUCIARIA en desarrollo del FIDEICOMISO y hacer las observaciones que estime conveniente. 5.- conocer y pronunciarse sobre las rendiciones de cuentas de la FIDUCIARIA. 6.- Señalar los títulos o documentos en que deban invertirse los excedentes de liquidez que no vayan al Fondo Común Ordinario de la FIDUCIARIA, con determinación del procedimiento y oportunidad correspondiente. 7.- Fijar los periodos de los desembolsos en caso de insuficiencia de fondos. 8.- Disponer las medidas que deban adoptarse en caso de insuficiencia parcial de fondos o incumplimiento de pagos. 9.- Aprobar las modificaciones al flujo financiero (fondos (anexo No. 1: Flujo Básico Inicial y Modelo Económico). 10- Estudiar y aprobar las operaciones financieras con cargo al FIDEICOMISO que no hayan sido celebrados previamente. 11.- Aprobar la titularización de bienes o derechos relacionados con el fideicomiso y la adhesión de terceros al presente contrato. 12.- Resolver cualquier duda sobre el contrato de fiducia. 13.- Las demás que común acuerdo determinen las partes, en cumplimiento del objeto del presente contrato”.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

Son objeto de estudio en este Capítulo únicamente aquellas pruebas que, obrando en desarrollo del Proceso, inciden directamente sobre la controversia planteada, esto es, que se excluye del análisis las que sólo se refieren de manera tangencial a las mismas o a circunstancias irrelevantes o que carezcan de valor probatorio frente a la ley.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que la UNION TEMPORAL EPSA – PHILIPS ha centrado sus pretensiones en el hecho de que, según sus apreciaciones, el equilibrio económico dentro del contrato de concesión celebrado con el Municipio de Palmira para la explotación del servicio de alumbrado público en la misma ciudad, se rompió como consecuencia de haberse presentado un déficit o faltante proveniente de la diferencia entre la tasa de alumbrado público realmente recaudada y el flujo económico proyectado en el contrato, debidamente ajustado o actualizado a precios corrientes, de conformidad con las estipulaciones del mismo convenio y sus anexos, el estudio de las pruebas necesariamente habrá de comenzar por determinar si, efectivamente, se rompió o no la “ecuación financiera” o “equilibrio financiero” del contrato, principio prevalente de la contratación estatal, y posteriormente definir, en el evento de establecerse el desequilibrio, cómo y por qué se produjo tal acaecimiento y cuál de los contratantes dio lugar al mismo.

En consecuencia, se tiene:

Es obvio que la determinación de un faltante debe prevenir de un registro contable. El contrato en comento que “legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, si no por su consentimiento mutuo o por causas legales” según lo consagra el artículo 1602 del Código Civil, definió al principio de su CLÁUSULA DECIMA que la remuneración para el CONCESIONARIO, esto es, la UNION TEMPORAL: “consiste en los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público fijada mediante Acuerdo emanado del Concejo municipal y que será pagada directamente por los usuarios al CONCESIONARIO”. Y a renglón seguido la misma cláusula impone de manera clara y tajante una obligación al CONCESIONARIO y que éste debe cumplir MENSUALMENTE, al decir: “Es obligación del CONCESIONARIO efectuar la facturación y el recaudo mensual de la mencionada tasa. Del valor recaudado se deducirá el valor de la energía consumida por el alumbrado público y el remanente, si existe, será depositado en la Fiduciaria del Banco Comercial Antioqueño, con los derechos y obligaciones previstas en el contrato de fiducia que el CONCESIONARIO ha suscrito en esta misma fecha y que forma parte el presente contrato”. “Para el manejo económico del proyecto, además de los recursos provenientes del recaudo de la TAP, el CONCESIONARIO financiará las actividades derivadas del contrato de concesión con recursos propios y del crédito como se muestra en el flujo financiero (anexo 1 de este contrato). Para el manejo de los recursos económicos se constituirá la fiducia previamente anunciada con las siguientes condiciones”:

“2.- DESARROLLO DEL CONTRATO: Para el desarrollo del presente contrato, LA FIDUCIARIA ejecutará las siguientes actividades: a) El recibo de los recursos que deban ingresar al fideicomiso. B) El pago de las erogaciones inherentes a la ejecución del proyecto.....

c) El control de la ejecución del flujo de ingresos y egresos del proyecto. Para el efecto se tiene en cuenta que de conformidad con el contrato de concesión, EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un flujo de Ingresos y Egresos que ha sido aprobados por el CONCEDENTE y que se tendrá como flujo básico para la ejecución del proyecto y se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el anexo 2 de este contrato. En consecuencia LA FIDUCIARIA determinará anualmente el cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit ajustado y lo informará al CONCEDENTE para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión así: E.1) Los excedentes de recaudo quedarían a disposición del CONCEDENTE y serían destinados por éste a obras o servicios adicionales, ampliando el contrato de concesión o a nuevas inversiones, respetando en todo caso la destinación específica del recaudo de la Tasa de Alumbrado Público .-E.2) El déficit del recaudo deberá ser aportado por EL CONCEDENTE en la siguiente vigencia fiscal aquella en que se produzca. En igual forma, LA FIDUCIARIA controlará que EL CONCESIONARIO cumpla con los aportes previstos en el flujo básico debidamente ajustado y lo requerirá para el pago oportuno de los mismos. En cuanto a los egresos proyectados, LA FIDUCIARIA realizará los pagos controlando que no excedan el valor del flujo básico ajustado acumulado para cada ítem. De esta forma controlará el equilibrio financiero del proyecto **“Fórmula de ajuste de los valores del flujo de ingresos y egresos.** Los valores del flujo de ingresos y egresos serán ajustados de acuerdo con los parámetros y procedimientos definidos en el Anexo 2 de este contrato. LA FIDUCIARIA elaborará los estados financieros del fideicomiso determinando la utilidad o pérdida de cada ejercicio fiscal, que someterá a la aprobación del Comité Técnico, para proceder a la distribución de las utilidades pactadas entre las entidades que conforman la parte CONCESINARIA y CONCEDENTE”.

De otro lado, los ANEXOS Nos. 1 y 2 que son piezas claves para la interpretación y ejecución del contrato de concesión a que se viene haciendo referencia y el cual forma parte, contiene en suborden el FLUJO FINANCIERO PROYECTADO O FLUJO BÁSICO INICIAL y el modo o manera de ajustar dicho FLUJO.

El valor de los ITEMS registrados en el ANEXO 1, según mandato claro y perentorio de la CLÁUSULA NOVENA del contrato No. 063 de 1997 “se ajustará teniendo en cuenta los parámetros definidos en el anexo 2 del presente contrato”.

El ANEXO 1 está conformado por 26 columnas de las cuales las primeras 15 contemplan los distintos conceptos de egresos del contrato, totalizados precisamente en esta última.

Las siguientes se ocupan de los varios conceptos de ingreso del contrato, teniendo particular importancia la columna 16 por registrar el recaudo proyectado entre la tasa de alumbrado público.

EL ANEXO 2, conocido como EL MODELO ECONÓMICO Y SUS BASES DE PROYECCIÓN contiene tres conceptos a saber: 1) PARÁMETROS DE INDEXACIÓN O DE PROYECCIÓN. 2) AJUSTE DE PRECIOS. – 3) TASAS MÍNIMAS DE ALUMBRADO PÚBLICO REQUERIDAS PARA 1997, 1998 y 1999.

Y por último, el CONTRATO DE FIDUCIA, ADMINISTRACIÓN Y GARANTÍA suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL EPSA E.S.P. E INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A. y la FIDUCIARIA BCA S.A. con fecha 3 de julio de 1997, cedido posteriormente por esta última a favor de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., forma parte del Contrato de Concesión No. 063 de 1997 por disposición expresa de la CLAUSULA DECIMA de este último, como puede leerse en la transcripción parcial que acaba de hacerse.

En la CLÁUSULA SEPTIMA, numeral 15 del Contrato de Fiducia, se consagra como obligación a cargo de LA FIDUCIARIA la de “Determinar anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit o excedente de recaudo por alumbrado público con relación al flujo básico ajustado y lo informe al MUNICIPIO y al Comité Técnico para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión”

Por manera y suerte que es de este contrato de donde emerge con entera claridad y precisión la obligación para LA CONCESIONARIA de prestar el servicio de alumbrado público en la ciudad de Palmira y la de efectuar la facturación y recaudó mensual de la tasa de alumbrado público y, luego de deducir de los recaudos el valor de la energía consumida por el servicio, depositar el sobrante si lo hubiere, en LA FIDUCIARIA, obviamente con una periodicidad MENSUAL. Enseguida LA FUDUCIARIA asume las obligaciones de determinar ANUALMENTE, “al cierre de

cada ejercicio fiscal, el déficit ajustado” y la de comunicarlo, también ANUALMENTE, al CONCEDENTE para que, a su turno, este último proceda de acuerdo con el contrato de concesión a cumplir con su obligación de cubrirlo “en la siguiente vigencia fiscal a aquella en que se produzca”.

Las anteriores son obligaciones que las partes han aceptado y el momento alguno han estado en discusión. Las diferencias apuntan entonces a establecer la ocurrencia del déficit y más concretamente sobre la forma de determinarlo. Para el efecto es preciso que la interpretación de la normatividad consagrada en las cláusulas NOVENA y DÉCIMA del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, en concordancia con las disposiciones de las cláusulas PRIMERA, LITERALES E) y F) y SÉPTIMA, numeral 5 del Contrato de Fiducia, se haga en forma integral y armónica y no en forma parcial. Conscientes de la larga duración del contrato y que, por lo mismo, sus prescripciones pueden verse afectadas en cualquier momento por la ocurrencia de imprevistas y graves alteraciones de la normalidad económica, pactaron los contratantes el sometimiento a un tipo o modalidad permeable a tales variantes y fue así como efectuaron las proyecciones del caso, sujetas a modificaciones o cambios. Ese y no otro es el alcance del ANEXO 1, “FLUJO FINANCIERO PROYECTADO” y del ANEXO 2 “EL MODELO ECONOMICO Y SUS BASES DE PROYECCIÓN”.

Sentadas estas premisas, las partes pactaron a su vez, en la cláusula NOVENA del contrato de concesión que “El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada. Para cada ítem registrado en el anexo No. 1 – flujo financiero proyectado-su valor se ajustará teniendo en cuenta los parámetros definidos en el anexo No. 2 del presente contrato”. Nótese el carácter general e imperativo de la norma: “para cada ítem registrado en el anexo No. 1” y “su valor se ajustará teniendo en cuenta los parámetros definidos en el anexo No. 2 del presente contrato”. No se hace excepción alguna.

Armónica con la norma anterior, la cláusula DÉCIMA del contrato de concesión que versa sobre la “FORMA DE REMUNERACION AL CONCESIONARIO Y MANEJO ECONOMICO”, se ocupa en su numeral 2 “DESARROLLO DEL CONTRATO”, de las

actividades que ejecutará LA FIDUCIARIA y en el literal e) destinado al **“control de la ejecución de flujo de ingresos y egresos del proyecto”** dice que “Para el efecto se tiene en cuenta que de conformidad con el contrato de concesión, EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un flujo de Ingresos y Egresos CONCEDENTE y que se tendrá como **flujo básico para la ejecución del proyecto y se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 de este contrato”**. (El resaltado es del Tribunal).

Sígase notando la forma general e imperativa de la norma: el “flujo básico para la ejecución del proyecto” que es tanto como decir: cada uno de los ítem del anexo 1 “se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo 2 de este contrato”, o sea, que no se hace excepción para ninguno de los ITEM del ANEXO No. 1 y, además, que éstos se ajustarán y actualizarán conforme los parámetros del Anexo No.2. En otras palabras y abundando en claridad y precisión, los contratantes establecieron en la misma cláusula DECIMA, numeral 2, literal e. 2) del contrato de concesión, “una Fórmula de ajuste de los valores de flujo de ingresos y egresos” (léase anexo No. 1), consistente en que los mismos serán ajustados de acuerdo con los parámetros y procedimientos definidos en el anexo No. 2 de este contrato”.

No queriendo dejar dudas al respecto, el CONCESIONARIO, al suscribir el Contrato de Fiducia con la FIDUCIARIA BCA S.A., cedido luego por esta última a favor de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y que, en todo caso forma parte del Contrato de Concesión No. 063 de 1997, pactó lo siguiente en el literal e) de la cláusula primera: “EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un Flujo de Ingresos y Egresos que ha sido aprobado por el MUNICIPIO y que se tendrá como flujo básico para la ejecución del proyecto y **que se irá ejecutando debidamente ajustado a precios corrientes de acuerdo con la fórmula de ajuste que se tuvo en cuenta en la propuesta y que se establece tanto en el contrato de concesión como en la presente fiducia** (Anexo No. 1 Flujo Básico Inicial y Modelo Económico)”.

Plenamente congruente con todo lo anterior, en la cláusula SÉPTIMA, numeral 15, del Contrato de Fiducia, se dijo que LA FIDUCIARIA se obliga a **“Determinar anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit o excedente del recaudo por alumbrado público con relación al flujo básico ajustado** y lo

informé al MUNICIPIO y al Comité Técnico para que proceda de acuerdo con el contrato de concesión”.

Cabría preguntar entonces si EL CONCESIONARIO y LA FIDUCIARIA cumplieron con lo dispuesto en las normas contractuales que se analizan, esto es, si para la determinación anual de la diferencia entre el flujo de ingresos y egresos del proyecto (ANEXO No. 1), aprobados previamente por el CONCEDENTE y aceptado como flujo básico del mismo, se procedió a su ejecución actualizándolo y ajustándolo a precios corrientes, según los parámetros y procedimientos establecidos en el ANEXO No. 2.

El Tribunal sostiene que no se observaron tales exigencias y funda su criterio en varias de las respuestas otorgadas el 25 de mayo último por la Doctora ADRIANA MARTINEZ ZURBUCHEN, representante legal de la “EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A.” “EPSA S.A.” integrante de la UNION TEMPORAL, cuando al responder a preguntas del Apoderado Judicial del MUNICIPIO DE PALMIRA dentro de la diligencia de Interrogatorio de Parte y concretamente si “presentó la Unión Temporal EPSA PHILIPS al Municipio de Palmira al cierre del ejercicio correspondiente al año de 1997 el flujo de ingresos y egresos debidamente ajustado y actualizado a precios corrientes, de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el anexo No. 2 del contrato de concesión para alumbrado público No. 063 de 1997, respondió: “De conformidad con la información que me presentó el Departamento de Alumbrado Público de EPSA, éste no se presentó como dice el anexo 2 sino que se presentó como dice el anexo 1 que es el inicial proyectado”. Y a nuevas preguntas del mismo tenor formuladas por el Apoderado Judicial del Municipio concedente, pero concretadas a los años 1998, 1999 y 2000, la respuesta de la Doctora Martínez Zurbuchen siempre fue “La pregunta es no y caben las aclaraciones hechas para la primera pregunta”.

También las respuestas dadas el 25 de mayo pasado por la Doctora LEONOR DE JESUS PINZON OCHOA, representante legal de la otra Empresa integrantes de la Unión Temporal, “INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A., dentro de la diligencia de Interrogatorio de Parte propuesta por el Apoderado Judicial del CONCEDENTE, corroboran la apreciación del Tribunal . Efectivamente, se le pregunto: ¿Presentó la Unión Temporal EPSA PHILIPS al Municipio de Palmira al cierre del ejercicio fiscal correspondiente al año de 1997 el flujo de ingresos y egresos debidamente ajustado y actualizado a precios corrientes, de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el anexo No. 2 del contrato de concesión para el alumbrado público

No. 063 de 1997?. La declarante enfáticamente respondió: "No, la Unión Temporal no presentó estos informes tal como usted los está preguntando". A nuevos interrogantes de igual alcance y contenido del anterior, planteados por el Apoderado Judicial del Municipio de Palmira, pero concretados a cada uno de los años 1998, 1999 y 2000, la interrogada respondió: "Esta respuesta es igual a la pregunta No. 1 que ya me había formulado, no se presentó".

Las respuestas a que se alude en los apartes anteriores, provenientes de las representantes legales de las Empresas que conforman la UNIÓN TEMPORAL CONCESIONARIA, tienen el carácter de "confesión judicial provocada", en los términos de los artículos 194 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Otras pruebas que obran dentro del Proceso respaldan también la apreciación del Tribunal hacemos referencia testimonio del Doctor JUAN MANUEL PUERTO ANZOLA, representante legal de la Fiduciaria del Valle S.A., en declaración recibida El 8 de junio de 2000. Este testigo al ser preguntado por el Apoderado Judicial del Municipio de Palmira, "sí cuando usted certifica el déficit entre el valor de la tasa de alumbrado público de A.P. efectivamente recaudada y el valor que por el mismo concepto se ha previsto recaudar toma usted los datos respecto de los que se ha debido recaudar que aparece en el Anexo No. 1 del contrato o los que deberían resultar de aplicar el Anexo No. 2 del contrato?, respondió: "Es en el Anexo número uno, que se llama flujo financiero proyectado del impuesto de alumbrado público".

Dentro de la misma diligencia el representante legal de la FIDUCIARIA respondió así a otros interrogantes del Apoderado Judicial del Concedente. Se le preguntó: "Quiere decir que cuando ustedes determinan el déficit toma como punto de referencia de lo que se ha debido recaudar la columna 16 del anexo No. 1 del contrato?". Respondió: "Eso es correcto". Se le interrogó: "en alguna oportunidad cuando presentan ustedes certificaciones o constancias pues de la labor que realizan han tenido en cuenta el anexo número 2 del contrato para determinar los valores de déficit?". La respuesta fue: "Hasta donde tengo entendido siempre se utiliza el anexo numero 1, columna 16". Se le insistió: "han utilizado el anexo número 2 en alguna oportunidad?", a lo cual respondió: "No conozco el anexo número 2, por lo tanto no le podría responder si se ha utilizado el anexo número 2, el que conozco es el anexo número 1".

Casi al final del interrogatorio, el Doctor JUAN MANUEL PUERTO ANZOLA, al ser requerido por el Tribunal para que explicara el porqué las certificaciones de LA

FIDUCIARIA se producían con fundamento en el anexo 1 del contrato y no con fundamento en el anexo 2, respondió: "La certificación se hace sobre el anexo 1, ese es el anexo donde aparece el flujo financiero proyectado que nosotros utilizamos la columna 16, para certificar el valor estimado o proyectado y ese es el que comparamos con el valor efectivamente recaudado para sacar el déficit superávit sí lo hubiese, no utilizamos el anexo 2, solamente el anexo 1 donde está lo que nosotros necesitamos para poder certificar".

Otro testimonio que pudiera arrojar luz sobre el punto que se analiza es el del señor Gerardo Martínez Delgado, dado que fue funcionario de EPSA E.S.P. por la época de suscripción del Contrato de Concesión No. 063 de 1997 y hoy se desempeña como Interventor del mismo Contrato, designado para el efecto por el Municipio de Palmira. Sin embargo, el Tribunal lo desestima en su integridad atendiendo la tacha que le formuló en el mismo apto de su recepción, el día 8 de junio 2001, el Apoderado Judicial de la CONCESIONARIA, con fundamento en los preceptos consagrados en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil. La circunstancia de haberse terminado unilateralmente por parte de EPSA E.S.P., el 19 de noviembre de 1999, el Contrato de Trabajo con el deponente, conforme a prueba aportada por el Apoderado aludido, en concepto de Tribunal hace que su testimonio se torne sospechoso, dados los sentimientos que pueda abrigar para con quien le retiró su confianza.

Que no se acataron plenamente, como estima el Tribunal, las directrices trazadas las cláusulas NOVENA y DECIMA del contrato de concesión, y PRIMERA literal e) y SEPTIMA, numeral 15 del Contrato de Fiducia, para la determinación anual de la diferencia entre el flujo de ingresos y egresos del proyecto (anexo 1), puesto que no se procedió a su ejecución actualizándolo y ajustándolo a precios corrientes, conforme a los parámetros fijados en el anexo 2, lo confirman no sólo las probanzas antes analizadas sino también la experticia rendirá el 2 de agosto de 2001 por los Auxiliares de la Justicia señores JOSE FIDEL SANDOVAL SANDOVAL y JOSE BEDER PALADINES designados oficiosamente por el Tribunal como Peritos contables. Al emitir su dictamen lo iniciaron con esta afirmación rotunda: "se indagó plenamente en cada una de las Entidades y con plena certeza se puede asegurar que no se ha realizado el estudio y mucho menos existen los documentos que sirvan de soporte para determinar el déficit actualizado y ajustado flujo de (SIC) del flujo de ingresos y egresos".

“Se pudo observar una certificación de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. al 10 de abril 2001 y suscrita por JUAN MANUEL PUERTO ANZOLA, representante legal de la Fiduciaria donde se determina el periodo valor de la TAP recaudado, el valor proyectado según el contrato y las diferencias entre los dos últimos”.

“No, obstante, en esta certificación nada se dice sobre el déficit entre ingresos y egresos del proyecto y sólo se muestra el denominado DEFICIT DE TAP”

Y al responder a la solicitud de aclaración y ampliación de su dictamen por parte del Apoderado Judicial de la Unión Temporal, estos mismos Peritos observaron lo siguiente, en informe del 14 septiembre último:

“Para calcular el déficit entre la tasa de alumbrado público recaudada y el recaudo proyectado no hay que hacer estudio alguno, sólo se requiere comparar lo proyectado con lo recaudado y la diferencia será un déficit o un superávit.

En cuanto a las otras experticias, el Tribunal se permite observar:

En lo que respecta al informe rendido solicitud del Apoderado Judicial de la Unión Temporal y a cargo del Economista Jorge Diógenes Mejía Maldonado y la Contadora Miryam Arcila de Casas, es poca credibilidad y certeza que le dispensa el Tribunal, por las siguientes razones:

1. En momento alguno de sus peritos consideraron la aplicación del anexo 2 a la columna 16 del Anexo 1, circunstancia fundamental que permitiría conocer o no la realidad de la existencia del déficit reclamado. Al no aplicarse esta premisa, los fundamentos de esta es experticia resultan incompletos e inconsistentes, no permitiendo consecuentemente derivar beneficios sobre la diferencia jurídica anotada.
2. Por no haber acudido tampoco y en momento alguno a las competentes dependencias del Municipio Palmira, para obtener datos ciertos y concretos sobre los hechos formulados, y en cambio sustentar sus argumentaciones en las afirmaciones y cuestionamientos del Apoderado Judicial de la Unión Temporal.

Y en lo que concierne al dictamen emitido a solicitud del Apoderado Judicial del Municipio Palmira, por los Ingenieros Electricistas PABLO EMILIO ESTUPIÑAN VERA y OCTAVIO NOVOA RESTREPO, el Tribunal no se detendrá en pormenores del mismo, en atención a que el Apoderado Judicial de la Unión Temporal lo tachó oportunamente argumentando parcialidad en los conceptos y especialmente por la intervención directa en el diligenciamiento de éste por parte el Doctor Gerardo Martínez Delgado persona que conforme se explicó con anterioridad, tuvo estrechos vínculos contractuales con EPSA E.S.P. y a la fecha labora para el Municipio Palmira ejerciendo las funciones de Interventor del Contrato de Concesión No. 063 de 1997. Estas someras consideraciones, debidamente comprobadas, hacen imperativo el rechazo de la indicada experticia, atendiendo en esta forma se reitere las observaciones jurídicas planteadas por el Apoderado Judicial de la Unión Temporal.

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Cree entonces el Tribunal que de las pruebas solicitadas por las partes interesadas y decretadas oficiosamente por el mismo, las transcritas o comentadas, son las más importantes y apoyadas en ellas, debe dictarse el correspondiente Laudo Arbitral.

Ampliar un análisis sobre otros documentos o declaraciones que figuran en el Proceso, se estima innecesario e inconducente.

En este orden de ideas, se tiene: 1) El Término; 2) Las Normas Contractuales aplicables al diferendo; 3) Las Excepciones.

1) EL TÉRMINO

- a) Por constancia Secretarial fechada el 12 de octubre 2001, una vez contabilizados y descontados los días en que se suspendió el proceso, se dijo expresamente consignado que la fecha en que habría de vencer el término del presente proceso arbitral era el día seis (6) de noviembre de 2001 (Constancia Secretarial del 12 de octubre 2001, Acta No. 16 del 17 de octubre 2001, pag. 2).

- b) Fundamentado el Tribunal en el Artículo 70 de la Ley 80 de 28 octubre 1993, a través de auto No. 21 del 17 octubre 2001 resolvió prorrogar el término de duración del presente proceso arbitral por un periodo de tres (3) mes más, esto es, hasta el día seis (6) de febrero de 2002 (Acta No. 16 de 17 de octubre de 2001, pag-9).

2) LAS NORMAS CONTRACTUALES APLICABLES AL DIFERENDO.

A) Del Contrato de Concesión y sus Anexos.

CLAUSULA NOVENA (Contrato de Concesión No. 063): Se ha explicado en detalle que esta estipulación consagra, fuera de un valor indeterminado para el contrato, la obligación de precisar el flujo financiero pertinente, atendiendo los lineamientos definidos en el Anexo No. 2. Así las cosas, no le queda otra opción al Tribunal sino decidir si las partes interesadas, para el caso, la Unión Temporal y la Fiduciaria, acataron o nó este mandato.

Las declaraciones de parte, el testimonio del representante legal de la Fiduciaria y el dictamen pericial rendido por los señores José Fidel Sandoval Sandoval y José Beder Paladines, que se dejaron analizados atrás, nos dicen de modo claro y perentorio que no fueron ajustados los ítems registrados en el Anexo 1 conforme a los parámetros señalados en el Anexo 2, toda vez que la columna 16 del Anexo 1 no fue tomada en cuenta para el reajuste correspondiente.

CLAUSULA DECIMA (Contrato de Concesión 063): Esta estipulación, fundamental para el desarrollo práctico de Contrato de Concesión indicado, merece algunas consideraciones especiales y, las cuales, se resaltan así, en sus aspectos pertinentes:

Para el efecto expone esta cláusula:

“La remuneración del presente contrato consiste en los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público fijada mediante acuerdo emanado del Concejo Municipal y que será pagada directamente por los usuarios al CONCESIONARIO. Es obligación del CONCESIONARIO efectuar la facturación y el recaudo mensual de la mencionada tasa. Del valor recaudado se deducirá el valor de la energía consumida por el alumbrado público y el remanente, si existe, será depositado en la Fiduciaria del Banco Comercial Antioqueño, con los

derechos y obligaciones previstos en el Contrato de Fiducia que el CONCESIONARIO ha suscrito en esta misma fecha y que forma parte del presente contrato”.

Es incuestionable entonces afirmar que el CONCESIONARIO, para el caso, “EPSA S.A.”, no realizó las diligencias anotadas, es decir, facturar e informar **mensualmente** (Subraya el Tribunal) los valores recaudados por causa del alumbrado público, colocándolos luego en conocimiento de la Fiduciaria. Para ello, se debía efectuar previamente los ajustes monetarios respectivos, atendiendo los parámetros señalados en el Modelo Económico o Anexo 2, para el ajuste de los valores precisados en la columna 16 del contrato (Anexo No. 1)

Esta exigencia contractual se insiste, no fue cumplida por la “Epsa S.A.” y en referencia a la Fiduciaria.

B) Del Contrato de Fiducia.

CLAUSULA PRIMERA, LITERALES E) y F) (Contrato de Fiducia). Determina el literal E) que el Concesionario presentó en su propuesta un flujo de Ingresos y Egresos que aprobado con anterioridad por el Municipio de Palmira, debería tenerse como flujo básico para la ejecución del proyecto, desarrollándose después debidamente actualizado y ajustado a precios corrientes y conforme a la fórmula de ajuste tenida en cuenta en la aludida propuesta considerada tanto en el Contrato de Concesión como en el convenio de Fiducia (Anexo No. 1- Flujo Básico Inicial y Modelo Económico).

Este requisito, concordante con la estipulación Décima del Contrato de Concesión número 063 DE 1997, no fue acatada por la “Epsa S.A.”, resultando entonces un incumplimiento, en momento alguno imputable al Municipio de Palmira, sino a esa misma Concesionaria.

Si esta exigencia no fue atendida, le resultaba imposible el Municipio de Palmira conocer la ocurrencia de “los faltantes del recaudo de la tasa de alumbrado público respecto al estimado en el flujo de ingresos y egresos (ANEXO No. 1 flujo Básico Inicial y Modelo Económico)” (Literal F) Cláusula Primera del Contrato de Fiducia.

Por lo mismo, el Municipio, no podía cumplir la obligación correlativa y dependiente de la obligación incumplida por la Concesionaria.

Cuando la cláusula DECIMA del Contrato de Concesión establece en una de sus apartes la FÓRMULA DE AJUSTE de los valores del flujo de ingresos y egresos, ordena que estos “serán ajustados de acuerdo con los parámetros y procedimientos definidos en el Anexo No. 2 de este contrato”, vale la pena preguntar ¿Por quién)?. La respuesta es obvia: por la EPSA E.S.P. que es la CONCESIONARIA y a la cual la misma cláusula DECIMA le asigna el encargo de facturar y recaudar MENSUALMENTE la tasa de alumbrado público, de la que descontará luego el valor de la energía consumida por el mismo servicio, para entonces sí traspasarle a la FIDUCIARIA los excedentes, si los hubiere. Con fundamento en esta información financiera que mes por mes debe producir LA CONCESIONARIA con destino a la FIDUCIARIA es que esta última podrá cumplir con la obligación que le imponen el numeral 15, cláusula SEPTIMA del Contrato de Fiducia que estipula”: “Determinar **anualmente al cierre de cada ejercicio fiscal, el déficit o excedente del recaudo por alumbrado público** con relación al **flujo básico, ajustado** y lo informe al MUNICIPIO y al Comité para que proceda de acuerdo con el contrato de CONCESION” y desde luego, si los informes mensuales de LA CONCESIONARIA a LA FIDUCIARIA se remitían a esta sin los reajustes previstos en el Anexo No 2, el informe anual de LA FIDUCIARIA no corresponde a la ejecución de buena fe del Contrato, ni puede ser aceptado por el Tribunal como demostración del déficit. Lo cierto es que en el proceso no se demostró el déficit económico reclamado y resultó imposible para el Tribunal determinar si el mismo se produjo o no.

3. LAS EXCEPCIONES

El Municipio de Palmira, por intermedio de su apoderado, al responder la demanda de los convocantes, propuso varias excepciones de mérito o de fondo, entre las cuales este Tribunal se permite destacar la excepción Quinta, que desde luego, se hizo con fundamento en el Artículo 1609 del Código Civil, con arreglo al cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Al efecto, la excepción se formuló así:

“El Municipio de Palmira no ha incumplido con sus obligaciones contractuales y por consiguiente no puede ser obligado al pago de perjuicios ni de lucro cesante ni de daño emergente ni de multa.---La Unión Temporal EPSA –PHILIPS y la sociedad

FIDUCIARIA han incumplido el contrato por cuanto no han presentado al Municipio de Palmira el texto de los ajustes y actualización del flujo de ingresos y egresos, con base en los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 del Contrato.--- Quien no ha cumplido, conforme a las reglas generales del derecho, no puede pretender cumplimiento de la otra parte”.

En el traslado de las excepciones que se dio al demandante, el apoderado de las convocantes se refirió a este medio defensivo en la siguiente forma:

“Señala el apoderado de la entidad demandada que el Municipio de Palmira no ha incumplido con sus obligaciones contractuales, que la Unión Temporal EPSA PHILIPS y la sociedad FIDUCIARIA han incumplido el contrato toda vez que no han presentado el texto de los ajustes y actualizaciones del flujo de ingresos y egresos. Que quien no ha cumplido, conforme a las reglas generales del derecho, no puede pretender cumplimiento de la otra parte.---Al respecto es pertinente señalar que mediante las pruebas aportadas y solicitadas se podrá establecer en el curso del proceso el incumplimiento en que ha incurrido el Municipio de Palmira durante el desarrollo del Contrato de Concesión No. 063 de 1997.--- Igualmente, las mismas pruebas permitirán desvirtuar cualquier incumplimiento por parte del CONCESIONARIO”.

Desde el año de 1938, en septiembre 23 de este año, la Corte Suprema de Justicia explicó el alcance y las consecuencias que tenía la excepción de contrato no cumplido, encontrando sus fundamentos en notorios principios de justicia y en una consecuencia de la buena fe con la cual deben cumplirse todos los contratos. En esa sentencia explicó la Corte que la *exceptio non adimpleti contractus* se encamina propiamente a un retardo temporal de la pretensión del actor, sin que la parte demandada pretenda con ella la resolución del contrato, pues lo que busca, por el contrario, es el mantenimiento del contrato para lo cual reclama únicamente la ejecución recíproca y completa de buena fe. Esto entraña consecuencias claras respecto de la decisión judicial que conlleva cualquier pronunciamiento favorable del sentenciador sobre esa excepción. La parte pertinente de ésta sentencia que figura en la Gaceta Judicial 1941 Tomo XLVII, páginas 243 y 244, que se permite destacar el Tribunal, reza textualmente:

“La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) y la excepción de contrato no cumplido pertinentemente (*exceptio non rite adimpleti contractus*), que se fundamenta en notorios principios de justicia y en una las

consecuencias de la buena fe con que deben ejecutar se los pactos, son distintas del derecho legal al resolver un contrato.--- Ambas excepciones se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato, sino al contrario, su mantenimiento para su ejecución recíproca y completa. De ahí que el efecto de ambas excepciones, desde luego que el excepcionante no queda por ello exonerado de su deuda, no es el de desestimar la demanda sino el de condenar al demandado a prestar lo de su cargo simultáneamente a la contraprestación del demandante. La sentencia, pues, debe pronunciar que el reo ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación del actor.—En los juicios ejecutivos la estimación de las excepciones dichas en la sentencia tiene el efecto, cuando por la naturaleza de aquéllas no sea dable aplicar la regla anterior, de suspender el procedimiento pero no el de agotar la acción, en el sentido de que el ejecutante no pueda ejercitar de nuevo por haber sido consumada, como acontece en los casos en que prosperan excepciones perentorias”.

Encuentra el Tribunal que en el curso de la investigación se pudo constatar que el contrato estatal 063 de 1997 de fecha 21 de abril, celebrado entre el MUNICIPIO DE PALMIRA y las Concesionarias EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. EPSA E.S.P. e INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A., es un contrato de naturaleza bilateral que genera obligaciones para cada una de las partes signatarias, al cual puede serle aplicada la excepción de contrato no cumplido. Por otra parte, es un convenio firmado con una extensa duración de 30 años contados a partir de la fecha que señala el Acta debidamente firmada por las partes contratantes como fecha de iniciación del mismo, previó el perfeccionamiento del convenio y siempre que estén cumplidos los requisitos exigidos para suscripción y legalización (Cláusula Octava). Dentro de esa proyección a largo tiempo, por incluso un término mayor aún al previsto por la ley para la prescripción extraordinaria, las partes entendieron que las circunstancias y factores económicos que pudieran surgir en ese tiempo podían ser variables, y en ese sentido el Anexo No. 1 en donde se proyectaba el flujo financiero, tenía que ajustarse sucesivamente “teniendo en cuenta los parámetros definidos en el Anexo No. 2 del presente Contrato” (Cláusula Novena).

Ahora bien, tanto el Anexo No. 1 en donde se hizo la proyección del flujo financiero como el Anexo No. 2 forman partes integrantes y esenciales del contrato según las previsiones de la Cláusula Décimo Primera. Consecuencialmente, no puede recibirse, como amparado por la buena fe un cumplimiento del contrato con una

posición rígida e inmodificable del Anexo No. 1, omitiendo de manera absoluta y total las previsiones y los reajustes contemplados en el Anexo No. 2. Esa actualización constante de la realidad económica en la ejecución del contrato tiene que acompañar las obligaciones de la concesionaria al efectuar la facturación y el recaudo mensual de las tasas de alumbrado público, y tales actualización y ajuste de precios deben ceñirse a los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 del Contrato. Incluso en el texto mismo del literal e) del punto dos (2) de la Cláusula Décima del Contrato así lo entendieron expresamente las partes: "EL CONCESIONARIO ha presentado en su propuesta un flujo de ingresos y egresos que ha sido aprobados por EL CONCEDENTE y que se tendrá como flujo básico para la ejecución del proyecto y se irá ejecutando debidamente actualizado o ajustado a precios corrientes de acuerdo con los parámetros y procedimientos establecidos en el Anexo No. 2 de este contrato". No es entonces la aplicación rígida y exclusiva del Anexo No. 1 la que está conforme a la ejecución de buena fe del contrato.

Sólo con base en esos informes actualizados que las Concesionarias pasen mensualmente a la Fiduciaria, puede ésta totalizar anualmente al cierre del ejercicio fiscal el déficit o superávit debidamente ajustado en el ejercicio del contrato.

Y esta obligación de las Concesionarias es una obligación de ejecución precedente a la obligación que corresponde al Municipio como Concedente para hacer los aportes y cubrir el déficit "en la siguiente vigencia fiscal a aquella en que se produzca". Más aún, en la situación excepcional que el contrato prevee en el parágrafo Primero de la Cláusula Décima con el fin de mantener el equilibrio contractual dentro del desarrollo del contrato, en donde el Concedente, es decir el Municipio, "deberá cubrir la diferencia con recursos propios", si la falta de ingresos necesarios persiste "por más de tres meses consecutivos, la mecánica convencional o contractual prevista para restablecer el equilibrio económico presupone en primer término, a cargo de las concesionarias, que el flujo financiero proyectado sea debidamente reajustado por estas. En dicha mecánica contractual, el cumplimiento de la obligación de las Concesionarias debe hacerse antes de exigir al Concedente que cumpla la obligación de cubrir las diferencias consecutivas trimestrales aludidas.

Es de anotar que el Anexo No. 2 sólo vino a conocerse legalmente en el curso de la investigación, en el momento en que las representantes legales de las dos firmas concesionarias absolvieran los interrogatorios de parte. Ni las demandantes ni el demandado acompañar ese documento, que sólo viene a ser presentado por la Doctora Martínez Zurbuchen en su segunda diligencia de interrogatorio.

El Tribunal encuentra debidamente acreditada la excepción con la prueba de confesión dada tanto por la representante legal de EPSA como por la representante legal de PHILIPS y por el testimonio del representante legal de la FIDUCIARIA que reconoce haberse tenido exclusivamente en cuenta el Anexo 1 en la determinación de los déficits. Concurren en esta forma los requisitos de tratarse de un contrato bilateral, (i) en el cual el contratante a quien se demanda la ejecución que es el Municipio no estaba obligado por el contrato a satisfacer anticipadamente la obligación cubrir un déficit cuyo monto se desconocía en su exactitud (ii) y finalmente (iii) que para dar cabida a la excepción de inejecución también se encuentra el requisito de la buena fe.

Entonces, aparecen configuradas todas las condiciones que la Corte Suprema de Justicia destacó para la viabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en su sentencia del 15 de diciembre de 1973 y que este Tribunal se permite transcribir en su parte pertinente:

"467. el artículo 1609 del C.C. consagra expresamente la excepción de contrato no cumplió. Ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, si no ha cumplido por su parte o está pronta a cumplir las obligaciones que éste le impone. Si lo hace sin haber llenado este requisito, la parte demandada que no se encuentra por lo mismo en mora, puede oponer la excepción de incumplimiento. En los textos romanos no se halla enunciada la regla según la cual, en todos los negocios jurídicos que da lugar a relaciones recíprocas, ninguna parte puede reclamar de la otra ejecución de sus compromisos si a su vez no ha ejecutado los suyos, o no ofrece ejecutarlos, lo que hace presumir que la *exceptio non adimpleti contractus*, como regla no fue conocida por los jurisconsultos romanos.--- En el derecho Francés, que ha repudiado toda distinción entre los contratos de derecho estricto y los de buena fe, y entre los contratos nominados e innominados, no podría dejar de admitirse el principio de la ejecución simultánea y su sanción.--- Domat se expresa en estos términos: En todas las convenciones siendo el compromiso del uno fundamento del compromiso del otro, el primer efecto de la convención es que cada uno de los contratantes pueda obligar al otro a ejecutar su compromiso, ejecutando el suyo por su parte, según que uno y otro se hallen obligados por la convención, sea que la ejecución deba hacerse de una y otra parte al mismo tiempo, o que la ejecución deba proceder de la parte del 1 o la parte del otro. (Lois civiles, Libro 1º., pag. 629).—El código chileno en su art. 1552, igual al 1609 de nuestro, sancionó el

principio de que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, inspirándose en las reglas especiales de Las Partidas, que consignaban por la compraventa y las promisiones en general, en las cuales se hallaba en realidad consultado el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y relacionado sus preceptos con la constitución en mora, indispensable para hacer responsable al deudor que no ejecutó oportunamente la prestación a que se obligó y responsabilizándolo de los perjuicios causados.--

El principio básico sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus, es la equidad por consiguiente, para que tengan cabida la excepción de inejecución, se requiere en **primer lugar**, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En **segundo lugar**, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la extensión de inejecución, porque una de las partes no puede prevalerse de la regla de igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le imponen el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra.---

El tercer requisito para poder hacer valer la excepción de inejecución, es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto ésta negativa justificada por los demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos. (Resalta el Tribunal). (Ver sentencia de 15 de diciembre de 1973, T. CXLVII, pag. 163, 1ª. Y2a.)"

CAPÍTULO IX

LA DECISIÓN

Con base en las consideraciones anteriores, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por participación

accidental en la función jurisdiccional en virtud de la cláusula arbitral a la cual debe su origen y por la autoridad conjunta del acuerdo de las partes, e igualmente refrendado por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de incumplimiento del contrato propuesta por el apoderado del Municipio. En consecuencia, el Contrato Estatal 063 del 21 de abril de 1997, celebrado entre el MUNICIPIO DE PALMIRA como Concedente y la UNIÓN TEMPORAL integrada por EPSA E.S.P. e INDUSTRIA PHILISPS DE COLOMBIA S.A. mantiene toda su vigencia para fines de su ejecución recíproca y completa, sin que el excepcionante quede por ello exonerado de su deuda. En tal virtud, el MUNICIPIO DE PALMIRA debe cumplir su prestación de consignarán el presupuesto anual los déficits que resulten en las anualidades en enero a diciembre de 1998, de enero a diciembre de 1999, de enero a diciembre del 2000 y de enero a diciembre de 2001, así como en los años subsiguientes a este último después de que las concesionarias convocantes y la Fiduciaria cumplan la obligación de presentar, aquellas mensualmente y está anualmente, en la forma pactada, el flujo proyectado de dichos años debidamente reajustados conforme está previsto en el Anexo No. 2 del Contrato.

SEGUNDO: CONDENASE EN COSTAS a las sociedades anónimas convocantes denominadas "EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. EPSA E.S.P." e "INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A.", discriminadas así:

- 1) Agencias en Derecho por la suma de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00) moneda legal.
- 2) Por concepto de costas del presente proceso arbitral el sesenta por ciento (60%) del total de los gastos en que se incurrió, exceptuándose las erogaciones voluntariamente asumidas por la convocante.

TERCERO: Por quedar pendientes obligaciones económicas a cargo del MUNICIPIO DE PALMIRA, que es entidad territorial del orden **constitucional, en relación a** los déficit que resulten en las anualidades civiles de 1998, 1999, 2000 y 2001, y en cumplimiento del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, envíese copia auténtica de este Laudo al señor Procurador, cabeza del Ministerio Público, para lo de su cargo.

CUARTO: Ordénese la expedición y entrega de copias auténticas del presente Laudo a las partes, Convocantes y Convocada.

QUINTO: Por Secretaria expídanse las copias auténticas ordenadas en los numerales 3º. Y 4º.

SEXTO: por Secretaria y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje **la** Cámara de Comercio de Cali, expídase y entréguese copia autentica del presente Laudo.

SÉPTIMA: por el Presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos, protocolícese en el expediente una vez ejecutoriado este Laudo Arbitral en una Notaria del Circuito de Cali.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS ÁRBITROS

CÉSAR AYERBE CHÁUX
Presidente

MANUEL BARRAGAN LOZADA
Arbitro

OCTAVIO MONTALVO ESCOBAR
Presidente

MARÍA ESPERANZA MAYOR GORDILLO
Secretaria

La presente es fiel copia auténtica del original del Laudo proferido dentro del proceso arbitral de UNIÓN TEMPORAL EPS E.S.P. E INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A. contra EL MUNICIPIO DE PALMIRA., leído y notificado en audiencia realizada el 28 de Diciembre de 2001. Consta de sesenta (60) folios, y se expide con destino a la Cámara de Comercio de Cali.

Santiago de Cali, veintiocho (28) de Diciembre de dos mil uno (2001).

MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO

Secretaria