

**Centro de Arbitraje y Conciliación
de la Cámara de Comercio de
Bogotá**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CENTRALES ELECTRICAS DEL
CAUCA S.A. EMPRESA DE
SERVICIOS PUBLICOS-CEDELCA
S.A. ESP**

VS.

**UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA
INDUSTRIA ENERGÉTICA
NACIONAL-UTEN y VATIA S.A. E.S.P.**

- 15536-

Laudo Arbitral

Bogotá D.C., 2 de septiembre de 2019

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICAS- CEDELCA S.A.**, como Parte Convocante, y la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN y VATIA S.A. E.S.P.**, como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO **ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO**

I.- Identificación de las partes del proceso

1. La Parte **CONVOCANTE** es **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. – CEDELCA S.A.**, sociedad del tipo de las anónimas, constituida mediante Escritura Pública No. 744 del 31 de marzo de 1955 en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, identificada con NIT 891.500.025-2, con domicilio principal en la ciudad de Popayán.
2. La Parte **CONVOCADA** es la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL – UTEN**, Organización Sindical de Primer Grado, constituida de acuerdo con las leyes colombianas, identificada con el NIT 900.232.484-1, con Personería Jurídica 002375 del 28 de julio de 2008, según consta en la Respectiva Certificación expedida por el Ministerio del Trabajo el día 26 de octubre de 2017, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá.
3. Igualmente integra la Parte **CONVOCADA** la sociedad **VATIA S.A. – E.S.P.**, que es una sociedad comercial del tipo de las anónimas, constituida y organizada de acuerdo con las leyes colombianas, con domicilio principal en la ciudad de Cali – Valle, identificada con NIT 817.001.892-1.

II.- El Pacto Arbitral

4. En la cláusula 28 del Contrato de Operación de las Pequeñas Centrales de CEDELCA de fecha 27 de agosto de 2008, a la letra expresa lo siguiente:

"Solución de controversias. Cualquier controversia, desacuerdo o disputa que surja entre CEDELCA y el OPERADOR en relación con la interpretación, ejecución, terminación o liquidación de la relación que surja con ocasión del presente Contrato de Operación será resuelto de la siguiente manera:

"28.1. Inicialmente a través del mecanismo de arreglo directo entre las Partes, que tendrá una duración máxima de quince (15) días calendario a partir de la notificación por escrito de la existencia de la controversia, desacuerdo o disputa. CEDELCA y el OPERADOR podrán de mutuo acuerdo prorrogar por una sola vez ese plazo de quince (15) días hasta por un término igual y, por ende, si tal prórroga ocurre, esta etapa se agotará al vencimiento del plazo prorrogado. Esta prórroga debe constar en un documento escrito suscrito por CEDELCA y el OPERADOR. CEDELCA y el OPERADOR acuerdan que no podrán acudir a los mecanismos de la amigable composición o del arbitramento mientras no se haya agotado la etapa de arreglo directo.

"28.2. Agotada la etapa de arreglo directo, CEDELCA y el OPERADOR podrán someter la controversia, desacuerdo o disputa a un amigable componedor en los casos que sean aplicables. Si se tratare de una controversia, disputa o desacuerdo de tipo técnico y/o comercial, el amigable componedor deberá ser un experto en las áreas de la ingeniería, economía o finanzas, según corresponda. Si se tratare de una controversia, desacuerdo o disputa de tipo jurídico deberá resolverse por el Tribunal de Arbitramento. Si se tratare de una controversia, desacuerdo o disputa que involucre aspectos técnicos y/o jurídicos, comerciales y/o jurídicos, en amigable componedor deberá ser un abogado y se deberá acudir a expertos técnicos (peritos) para resolver los asuntos técnicos y/o comerciales. El amigable componedor será designado de común acuerdo por CEDELCA y el OPERADOR.

"La amigable composición se hará de acuerdo con la Ley colombiana aplicable. Durante el proceso de amigable composición no será necesario que la evidencia documentaria presente certificados de legalización, a menos que el amigable componedor dude de la veracidad de algún documento. Los medios de prueba dentro del proceso serán los establecidos en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) y se practicarán y apreciarán en el término que el amigable componedor determine para el efecto. No obstante lo anterior,

el amigable componedor aquel deberá observar la normatividad correspondiente en los artículos 182 y siguientes del C.P.C.

"El procedimiento de la amigable composición se llevará a cabo de la siguiente manera:

"a. Una vez agotado el arreglo directo, la parte interesada en someter la controversia, desacuerdo o disputa a amigable composición notificará a la otra parte (la "Parte Citada") sobre su intención de convocar al amigable componedor.

"b. Dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la notificación de la Parte Citada, CEDELCA y el OPERADOR deberán designar el amigable componedor en los términos señalados en el numeral 25.2 anterior, y notificarlo de su designación.

"c. Si el amigable componedor designado no aceptare su nombramiento, se reiniciará el proceso de designación y se volverá a contar el plazo señalado en el literal b) anterior.

"d. Una vez designado el amigable componedor y éste haya aceptado su nombramiento, se iniciará el proceso de amigable composición en la fecha de aceptación de la designación. El procedimiento será principalmente verbal (sin perjuicio de que se lleven actas del procedimiento). Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la iniciación de la amigable composición, se llevará a cabo una primera audiencia de instalación de la amigable composición, donde se determinarán los honorarios del amigable componedor y se citará a CEDELCA y al OPERADOR a la respectiva audiencia de descargos.

"e. Si CEDELCA y/o el OPERADOR quisieran aportar pruebas, así lo notificarán en la primera comparecencia individual, y el amigable componedor determinará el plazo para aportarlas y controvertirlas.

"f. Dentro del mes calendario siguiente a la fecha de la primera comparecencia de CEDELCA y el OPERADOR o de aquella en que se hayan radicado los escritos de estos controvertiendo las pruebas, el amigable componedor tomará una decisión sobre la controversia, desacuerdo o disputa.

"g. Los gastos incurridos por CEDELCA y el OPERADOR en desarrollo del proceso de la amigable composición serán asumidos por cada uno de ellos. Los honorarios y los gastos del

amigable componedor serán asumidos por la parte vencida. Si no hubiere parte vencida según la decisión del amigable componedor, los honorarios serán asumidos por partes iguales.

"Parágrafo: *El procedimiento de amigable componedor no será aplicable para los casos de terminación anticipada del contrato de que trata la Cláusula Decima (sic) cuarta en el numeral 14.3 del presente contrato.*

"28.3. Una vez agotado el trámite de la amigable composición, la controversia, en los casos que sean aplicables, desacuerdo o disputa se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento. El tribunal de arbitramento será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. La selección de los árbitros se hará de mutuo acuerdo de las Partes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación escrita del desacuerdo de una de las Partes a la otra. Las partes escogerán entre los árbitros inscritos en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. En caso de no acuerdo se hará mediante sorteo de la misma lista, el cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al no acuerdo de las partes. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1.998, el Decreto 1818 de 1998, las demás normas concordantes con éstas y aquellas que las modifiquen o reemplacen, de acuerdo con las siguientes reglas:

- *"En caso de Terminación del contrato por cualquier causa o circunstancia, para conformar el Tribunal se requiere que previamente el OPERADOR haga entrega y devolución de las PCH'S a CEDELCA.*
- *"La organización interna del tribunal se sujetará a lo dispuesto para tal efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.*
- *"El tribunal funcionará en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.*
- *"Los gastos, costos y honorarios que se causen con ocasión del arbitramento, serán por cuenta de la Parte que resulte vencida."*

III.- Síntesis de las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del
proceso.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

5. Por conducto de apoderado judicial, **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. – CEDELCA S.A.**, presentó el día 21 de diciembre de 2017 demanda arbitral en contra de la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN y VATIA S.A. E.S.P.**
6. Agotado el trámite de la designación de árbitros, fueron nombrados de común acuerdo por las partes en reunión de nombramiento de árbitros del día 23 de enero de 2018, se designaron como árbitros principales los doctores **ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, MARTHA CEDIEL DE PEÑA y HENRY SANABRIA SANTOS** y como suplentes personales en su respectivo orden los doctores **GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, SAMUEL CHALELA ORTIZ y CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.** Después de haberse surtido el trámite correspondiente de notificación a los árbitros designados, el Tribunal quedó integrado por los doctores **MARTHA CEDIEL DE PEÑA, HENRY SANABRIA SANTOS y GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ.** El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 15 de marzo de 2018 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar a su Presidente, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designó Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley. De igual manera fue admitida la demanda arbitral y se notificó personalmente a los Convocados tal como consta en los informes respectivos. Contra el auto admisorio los apoderados de las Convocadas interpusieron recurso de reposición.
7. Una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, el secretario del Tribunal tomó posesión ante la Presidente del Tribunal el día 18 de abril de 2018 y procedió a surtir la notificación personal del Ministerio Público y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** El mismo día que tomó posesión el secretario corrió traslado de los recursos de reposición interpuestos contra el auto admisorio, los cuales fueron denegados mediante Auto No. 3 de 9 de mayo de 2019.
8. El día 23 de julio de 2018 en tiempo, la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN,** contestó la demanda, propuso excepciones de mérito, acompañó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras y en la misma fecha la sociedad **VATIA S.A. E.S.P.**

contestó la demanda arbitral y formuló excepciones de mérito, acompañó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras, así mismo formuló demanda de reconvención y solicitó que se le confiera un término de sesenta (60) días hábiles con el fin de aportar una experticia en los términos del artículo 227 del Código General del Proceso.

- 9.** Mediante Auto No. 4 (Acta No. 4) de 25 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral tuvo por contestadas en tiempo la demanda, admitió la demanda de reconvención presentada por VATIA S.A. E.S.P, y ordenó realizar la notificación del auto admisorio a la demandada en reconvención, así mismo se concedió el término para aportar la experticia, posteriormente en razón a la solicitud formulada de ampliación para la presentación de dicha prueba, mediante Auto No. 5 de 27 de agosto de 2018.
- 10.** El día 28 de agosto de 2018, el apoderado de la parte Convocante (demandada en reconvención), presentó escrito de contestación de la demanda de reconvención, mediante el cual formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, acompañó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras y mediante Auto No. 5 de 29 de agosto de 2018 se tuvo por contestada en tiempo la demanda de reconvención y se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito contenidas en las contestaciones de la demanda, así como de la objeción al juramento estimatorio contenida en la contestación de la demanda de reconvención, también se fijó como fecha para audiencia de conciliación el día 27 de septiembre de 2018.
- 11.** El día 26 de septiembre de 2018, la parte Convocada radicó en la secretaría del Tribunal, un escrito de reforma de la demanda de reconvención. Esta fue admitida mediante Auto No. 7 del 27 de septiembre de 2018.
- 12.** El día 29 de octubre de 2018, el apoderado de la parte Convocante presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvención, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.
- 13.** Mediante Auto No. 8 de 6 de noviembre de 2018 (Acta 7), el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda, corrió traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención. En el mismo auto fijó fecha para audiencia de conciliación para el día 16 de noviembre de 2018.
- 14.** El día 14 de noviembre el apoderado de VATIA presentó un memorial mediante el cual describió traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio, además solicitó pruebas.
- 15.** El día 16 de noviembre de 2018, luego de que se señalara fecha y hora para el efecto, se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la que las partes manifestaron que no fue

posible lograr un acuerdo entre ellas, razón por la cual, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso, cuyo pago fue realizado oportunamente por ambas partes.

IV.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria, reintegración del Tribunal y alegaciones finales

- 16.** El 24 de enero de 2019 se surtió la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos procesales, mediante Auto 12 (Acta No. 10) de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento y resolvió sobre las solicitudes de pruebas mediante Auto 13 (Acta No. 10).
- 17.** La doctora **MARTHA CEDIEL DE PEÑA** presentó renuncia como árbitro (Presidente), el día 31 de enero de 2019, dentro del Tribunal de la referencia. Razón por la cual, a partir de dicha fecha el proceso se suspendió en los términos del artículo 11 de la ley 1563 de 2012.
- 18.** En virtud de la renuncia presentada se surtió el trámite correspondiente de notificación al doctor **SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTIZ**, a quien de acuerdo con la designación realizada correspondía reemplazar a la doctora **CEDIEL DE PEÑA**. Las partes guardaron silencio una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
- 19.** El día 3 de abril de 2019 y por haberse surtido en debida forma el trámite de designación, aceptación y cumplimiento del deber de información, el Tribunal se declaró reintegrado mediante Auto No. 15 y designó como Presidente del Tribunal al doctor **HENRY SANABRIA SANTOS**.

V.- Pruebas decretadas, practicadas y aportadas en el proceso

- 20. Documentales.:** En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes en el desarrollo del proceso.
- 21. Declaraciones de terceros:** Fueron practicados a solicitud de las partes los testimonios de PEDRO ELIAS ROJAS (Acta No. 12), ALEX IVÁN ORTIZ BUENO, JAIME ALBERTO MAZABUEL CALVACHE (Acta No. 13), LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE, JAIME MAZABUEL (Acta No. 14), AURELIO IRAGORRI HORMAZA (Acta No. 16), y ANGELA PATRICIA ROJAS (Acta No. 17). Respecto de la declaración del testigo LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE, la parte Convocante formuló tacha de imparcialidad en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso.

- 22.** El apoderado de la parte Convocante, presentó el desistimiento del testimonio de CARLOS VILLAMIL CHAUX y la apoderada de VATIA S.A. E.S.P. desistió de los testimonios de DANIEL CRISTANCHO, ANDREA CAMPO, PEDRO ELIAS ROJAS (testigo que también fue solicitado por la parte Convocante), ALEX IVÁN ORTIZ, LIBARDO MARTÍNEZ, GERARDO PACHENÉ, DIEGO FERNANDO CRUZ , HECTOR JAVIER ARANA y HERNANDO CUERVO. Los anteriores desistimientos fueron aceptados mediante auto por el Tribunal.
- 23. Exhibición de Documentos:** El Tribunal dio inicio a la diligencia de exhibición de documentos a cargo de la parte Convocada, en diligencia de fecha 30 de abril de 2019, posteriormente se realizaron diligencias adicionales y el Tribunal la cerró mediante Auto No. 29 de fecha 3 de julio de 2019 (Acta 18).
- 24. Informe bajo juramento rendido por el representante legal de CEDELCA:** El día 25 de abril de 2019, el apoderado de la parte Convocante, presentó por correo electrónico un escrito denominado informe rendido por el representante legal de CEDELCA y otro mediante el cual se da respuesta al cuestionario presentado por VATIA S.A. E.S.P., del mismo se corrió traslado mediante Auto No. 18 de 30 de abril de 2019. Surtido el trámite correspondiente fue rendido por el representante legal, del cual se corrió traslado y se ordenó mediante Auto No. 25 complementarlo, ante lo cual el día 30 de mayo de 2019 la parte Convocante presentó un memorial mediante el cual se dio cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal y del cual se corrió traslado a las partes, guardando estas silencio.
- 25. Oficios:** Fueron librados los correspondientes oficios al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, cuya respuesta se radicó en el Tribuna el día 11 de junio de 2019 y del mismo se corrió traslado a las partes quienes guardaron silencio al respecto, también al JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE POPAYAN, de quien se recibió respuesta el día 7 de mayo de 2019 junto con las copias del expediente requerido y el cual fue puesto en conocimiento de las partes, guardando silencio dentro del término de traslado.
- 26. Interrogatorios de parte y declaración de la propia parte.** El día 16 de mayo de 2019 (Acta No. 14), fue practicada la diligencia de interrogatorio de parte y la declaración de la propia parte a cargo del representante legal de VATIA S.A. E.S.P. Respecto del interrogatorio de parte del representante legal de UTEN y de la declaración de la propia parte se aceptaron los desistimientos formulados respectivamente por CEDELCA y por la apoderada de UTEN.

- 27. Dictámenes Periciales:** VATIA S.A. E.S.P., presentó un dictamen pericial rendido por SUMATORIA S.A.S., el cual se decretó como prueba y su contradicción se realizó mediante la presentación de un dictamen pericial rendido por el Ingeniero CAMILO QUINTERO MONTAÑO y mediante audiencia que se practicó el día 16 de mayo de 2019 (Acta No. 14). En la fecha anterior se practicó el interrogatorio ordenado por el Tribunal del Ingeniero QUINTERO MONTAÑO.
- 28.** El Tribunal mediante Auto No. 30 (Acta No. 19) de 3 de julio de 2019 y por haberse practicado la totalidad de las pruebas dentro del presente trámite arbitral, decretó el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para audiencia de alegatos de conclusión para el día 5 de agosto de 2019.

VI.- Término de duración del proceso.

- 29.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término transcurrido del proceso debe ser contado desde la primera Audiencia de Trámite.
- 30.** El proceso estuvo suspendido entre los días 31 de enero de 2019 y el 2 de abril de 2019, ambas fechas inclusive, tal como lo establece el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, en atención a la renuncia de uno de los árbitros, tal como se indicó anteriormente. El Tribunal se reintegró en audiencia de fecha 3 de abril de 2019.
- 31.** Por solicitud conjunta de las partes, el proceso arbitral se suspendió mediante Auto No. 17, entre los días 4 de abril y 29 de abril de 2019, y mediante Auto No. 29, entre los días 4 de julio de 2019 al 4 de agosto de 2019, ambas fechas inclusive, es decir, por el término de treinta y ocho (38) días hábiles.
- 32.** Teniendo en cuenta lo anterior, han transcurrido tres meses (90 días) y once (11) días del término del Tribunal.
- 33.** Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso (6 meses) deben agregarse los días que estuvo suspendido en virtud de la renuncia de uno de los árbitros, así como los treinta y ocho (38) días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido,
- 34.** En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 20 de noviembre de 2019, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSI

I.- Las pretensiones de la demanda

- 35.** Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda, en los siguientes términos:

"PRINCIPALES

Primera.- *Que se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, modificadorio que fue suscrito por CEDELCA S.A. – E. S. P., en cabeza de la Agente Especial que según los términos del artículo 8 de la Ley 689 de 2001 y en concordancia con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ejercía su representación para el momento de los hechos, señora María Teresa Cabarico Almario, de una parte y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, por otra parte, es NULO por desconocimiento de una norma de imperativo cumplimiento, que es la contenida en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que establece el deber de los administradores de "Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias", deber que fue incumplido por la Agente Especial que representaba a CEDELCA S.A. – E.S.P., entre otras razones: **a)** por desconocer el numeral 12 del artículo 51 de los Estatutos Sociales de la convocante; **b)** por no haber obtenido la autorización del Comité de Seguimiento previsto en el Convenio de Desempeño que al provenir del Documento CONPES 3492 hace las veces de una disposición con fuerza material de ley.*

Segunda.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, se declare que dicho acuerdo de voluntades CARECE DE VALOR y NO ESTÁ LLAMADO A PRODUCIR NINGÚN EFECTO entre las partes que lo suscribieron, CEDELCA S.A. – E.S.P. en cabeza de la señora María Teresa Cabarico Almario de un lado, y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, de otra parte.*

Tercera.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera y segunda anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, suscrito inicialmente, de una parte, por CEDELCA S.A. – E.S.P., y, de otra*

parte, por UTEN, termina el día 17 de octubre de 2018, en los términos de la cláusula décima tercera del mismo.

Cuarta.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, segunda y tercera anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que las cosas entre las partes deben volver al estado anterior previo al que existía antes de consumarse el acto ilícito o ilegal a la terminación del Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, las partes deben observar cabal y cumplidamente todas las obligaciones derivadas del mismo y las reglas propias de su terminación, en especial la contenida en la cláusula décima octava del mismo.*

Quinta.- *Que se condene a UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.) a pagar a CEDELCA S.A. – E.SP., las costas y gastos del proceso.*

PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de no accederse a las pretensiones principales de la presente demanda, solicito que se acceda a las siguientes o similares pretensiones:

Primera.- *Que se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, modificadorio que fue suscrito por CEDELCA S.A. – E. S. P., en cabeza de la Agente Especial que según los términos del artículo 8 de la Ley 689 de 2001 y en concordancia con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ejercía su representación para el momento de los hechos, señora María Teresa Cabarico Almario, de una parte y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, por otra parte, es NULO por objeto ilícito derivado de la falta de competencia (capacidad) de la señora María Teresa Cabarico Almario, en los términos del artículo 899 del Código de Comercio y/o 1519 y/o 1741 del Código Civil, toda vez que la modificación del Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008 sólo podía hacerse con la autorización o visto bueno del Comité de Seguimiento, conducta que resulta contraria a lo establecido en los artículos 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 2 de la Ley 142 de 1994, normas que comprometen el derecho público de la Nación.*

Segunda.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27*

de agosto de 2008, se declare que dicho acuerdo de voluntades CARECE DE VALOR y NO ESTÁ LLAMADO A PRODUCIR NINGÚN EFECTO entre las partes que lo suscribieron, CEDELCA S.A. – E.S.P. en cabeza de la señora María Teresa Cabarico Almario de un lado, y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, de otra parte.

Tercera.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera y segunda anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, suscrito inicialmente, de una parte, por CEDELCA S.A. – E.S.P., y, de otra parte, por UTEN, termina el día 17 de octubre de 2018, en los términos de la cláusula décima tercera del mismo.*

Cuarta.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, segunda y tercera anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que las cosas entre las partes deben volver al estado anterior previo al que existía antes de consumarse el acto ilícito o ilegal a la terminación del Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, las partes deben observar cabal y cumplidamente todas las obligaciones derivadas del mismo y las reglas propias de su terminación, en especial la contenida en la cláusula décima octava del mismo.*

Quinta.- *Que se condene a UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.) a pagar a CEDELCA S.A. – E.S.P., las costas y gastos del proceso.*

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de no accederse a las pretensiones principales de la presente demanda ni a las primeras subsidiarias, solicito que se acceda a las siguientes o similares pretensiones:

Primera.- *Que se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, modificadorio que fue suscrito por CEDELCA S.A. – E. S. P., en cabeza de la Agente Especial que según los términos del artículo 8 de la Ley 689 de 2001 y en concordancia con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ejercía su representación para el momento de los hechos, señora María Teresa Cabarico Almario, de una parte y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, por otra parte, es NULO por causa ilícita originada en la desviación de poder con que el mismo se celebró, en los términos previstos en el numeral 3 del*

artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 45 de esa misma disposición.

Segunda.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, se declare que dicho acuerdo de voluntades CARECE DE VALOR y NO ESTÁ LLAMADO A PRODUCIR NINGÚN EFECTO entre las partes que lo suscribieron, CEDELCA S.A. – E.S.P. en cabeza de la señora María Teresa Cabarico Almario de un lado, y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, de otra parte.*

Tercera.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera y segunda anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, suscrito inicialmente, de una parte, por CEDELCA S.A. – E.S.P., y, de otra parte, por UTEN, termina el día 17 de octubre de 2018, en los términos de la cláusula décima tercera del mismo.*

Cuarta.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, segunda y tercera anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que las cosas entre las partes deben volver al estado anterior previo al que existía antes de consumarse el acto ilícito o ilegal a la terminación del Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, las partes deben observar cabal y cumplidamente todas las obligaciones derivadas del mismo y las reglas propias de su terminación, en especial la contenida en la cláusula décima octava del mismo.*

Quinta.- *Que se condene a UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.) a pagar a CEDELCA S.A. – E.S.P., las costas y gastos del proceso.*

TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de no accederse a las pretensiones principales de la presente demanda ni a las primeras o segundas subsidiarias, solicito que se acceda a las siguientes o similares pretensiones:

Primera.- *Que se declare, en los términos de los artículos 833 y 841 del Código de Comercio, que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, modificadorio que fue suscrito por CEDELCA S.A. – E. S. P., en cabeza de la Agente Especial que según los términos del artículo 8 de la Ley 689 de 2001 y en concordancia*

con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ejercía su representación para el momento de los hechos, señora María Teresa Cabarico Almario, de una parte y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, por otra parte, es INOPONIBLE a CEDELCA S.A. – E.S.P. por haber sido celebrado por quien no tenía facultades de representación de la parte convocante o las desbordó, en el presente caso, por haberlo suscrito y ejecutado sin el visto bueno o autorización del Comité de Seguimiento previsto en el Convenio de Desempeño previsto en el Documento CONPES 3492 y/o por haber desbordado las cuantías que según los Estatutos Sociales de la convocante sujetaban a la Agente Especial que ejercía su representación para el momento de ocurrir los hechos que son materia de esta demanda.

Segunda.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, se declare que el Otrosí No. 1 del 16 de julio de 2010 por el cual se modificó el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, se declare que dicho acuerdo de voluntades CARECE DE VALOR y NO ESTÁ LLAMADO A PRODUCIR NINGÚN EFECTO entre las partes que lo suscribieron, CEDELCA S.A. – E.S.P. en cabeza de la señora María Teresa Cabarico Almario de un lado, y UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.), en cabeza de sus Representantes Legales, de otra parte.*

Tercera.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera y segunda anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, suscrito inicialmente, de una parte, por CEDELCA S.A. – E.S.P., y, de otra parte, por UTEN, termina el día 17 de octubre de 2018, en los términos de la cláusula décima tercera del mismo.*

Cuarta.- *Que como consecuencia de accederse a la pretensión primera, segunda y tercera anteriores o a cualquiera de ellas, se declare que las cosas entre las partes deben volver al estado anterior previo al que existía antes de consumarse el acto inoponible (ineficaz), a la terminación del Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008, las partes deben observar cabal y cumplidamente todas las obligaciones derivadas del mismo y las reglas propias de su terminación, en especial la contenida en la cláusula décima octava del mismo.*

Quinta.- *Que se condene a UTEN – GENERCAUCA S.A. – E.S.P. (hoy VATÍA S.A. – E.S.P.) a pagar a CEDELCA S.A. – E.S.P., las costas y gastos del proceso.”*

II.- Los hechos de la demanda.

- 36.** Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones parten de señalar a que finales de los años 90, la compañía CEDELCA atravesaba una profunda crisis que motivó la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- 37.** El 20 de diciembre de 1999, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dispuso la toma de posesión con fines de administración de CEDELCA, mediante Resolución 9925 la cual fue modificada el 13 de julio de 2005, con la Resolución 13845, para convertirla en Toma de Posesión con Fines Liquidatorios y de esta manera establecer los parámetros para reestructurar la empresa y garantizar la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca.
- 38.** El 3 de noviembre de 2006 la Superservicios expidió la Resolución 42285, en la que dispuso que si se cumplía el plan de retiro de todos los empleados, CEDELCA celebraría con SINTRAELECOL, Seccional Cauca, un contrato sindical para la operación de las Pequeñas Centrales Hidroeléctricas (PCH's) con el requisito de garantizar condiciones de eficiencia de la operación de dichas plantas.
- 39.** Las resoluciones citadas, posteriormente aparecen contenidas en el documento CONPES 3492 del 8 de octubre de 2007, denominado Garantía de la Nación a Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.
- 40.** En esencia, el documento CONPES contiene un plan de salvamento de CEDELCA, cuyos principales ejes son: i) El plan de retiro de los trabajadores; ii) La vinculación de un gestor especializado para la prestación y comercialización del servicio de energía; iii) La suscripción de un contrato con SINTRAELECOL para la operación de un contingente de pequeñas plantas hidroeléctricas de propiedad de CEDELCA, en total 7 unidades (PCH's).
- 41.** Para ese entonces, SINTRAELECOL era una organización sindical que agrupaba a los trabajadores de CEDELCA, 260 en agosto de 2007.
- 42.** El documento CONPES señalaba *"una vez culmine el plan de retiro voluntario de todos los trabajadores, CEDELCA S.A. E.S.P. celebrará un contrato con SINTRAELECOL seccional Cauca por cinco (5) años, término que podrá ser prorrogado, para la operación, mantenimiento y administración de las pequeñas plantas hidroeléctricas (PCH's) con el compromiso y la obligación de realizarlo con eficiencia, aplicando estándares de calidad y adoptando las mejores prácticas de la industria"*.

43. CEDELCA debía entonces recibir una remuneración mensual acordada en los contratos con SINTRAELECOL como operador de las (PCH's) y con el gestor seleccionado para realizar las actividades de distribución y comercialización de energía. Dicho flujo de ingresos permitiría a CEDELCA realizar los pagos de obligaciones pensionales a su cargo, cubrir el servicio de la deuda, inicialmente del crédito contratado para financiar el pago de las obligaciones laborales y posteriormente, la deuda de la empresa con la Nación.

Hechos relacionados con el Contrato de Operación del 27 de agosto de 2008.

44. El Contrato de Operación fue celebrado entre CEDELCA y UTEN el 27 de agosto de 2008.
45. El acuerdo fue suscrito con UTEN y no con SINTRAELECOL, porque los trabajadores de CEDELCA afiliados a SINTRAELECOL hoy se encuentran afiliados a la Unión de Trabajadores de la Industria Eléctrica Nacional (UTEN).
46. El objeto del Contrato de Operación es establecer las condiciones bajo las cuales UTEN debe operar, mantener y administrar las (PCH's) de propiedad de CEDELCA.
47. UTEN solicitó reconocer como su operador adjunto a GENERCAUCA S.A. E.S.P., que actualmente es VATIA S.A. E.S.P.
48. En los numerales 5.26 y 5.27 de la cláusula quinta del Contrato de Operación está prescrita la obligación del operador de devolver a CEDELCA las (PCH's) a la terminación del contrato por cualquier causa, incluyendo sus mejoras, sin pago ni reconocimiento alguno a su favor y de manera previa a la liquidación del contrato.

Hechos relacionados con la negociación, celebración y suscripción de un otrosí al contrato de operación, el 16 de julio de 2010

49. Este Otrosí No.1 se celebró el 16 de julio de 2010 entre CEDELCA, por una parte y UTEN y GENERCAUCA, por la otra.
50. La ilegalidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación es manifiesta por diversas razones fácticas y jurídicas, considerando el marco legal, contractual, regulatorio y convencional que las partes debían observar para modificar el Contrato de Operación, requisitos que fueron pretermitidos por la Agente Especial de CEDELCA y con el conocimiento y anuencia de UTEN y VATIA por diversas razones.

- 51.** Desde el principio la Interventoría advirtió que el proyecto planteado por el operador en la comunicación de abril de 2010 correspondía a una inversión, en los términos de la cláusula sexta del Contrato de Operación y por ende, requería de una autorización previa y por escrito de CEDELCA.
- 52.** Ha debido producirse una comunicación de CEDELCA a más tardar el 29 de abril de 2010, impartiendo su aprobación a la solicitud del 9 de abril de 2010, la cual en el presente caso no se produjo.
- 53.** Además de lo antes expuesto, se necesitaba la aprobación del Comité de Seguimiento del Convenio de Desempeño para cualquier modificación del Contrato de Operación en cuanto él implicara, como en este caso sucedió, la ampliación del término de duración del Contrato de Operación.
- 54.** El 15 de julio de 2010 la Agente Especial, que para la época ejercía la representación legal de CEDELCA, señora MARÍA TERESA CABARICO ALMARIO, emitió un documento en el que se limitó a frasear algunos apartes de la comunicación del operador del 9 de abril de 2010, sin aludir al cumplimiento de los requisitos a que estaba obligada, en el cual señaló: *"con fundamento en las razones expuestas, CEDELCA S.A. E.S.P., considera viable el proyecto y autoriza su desarrollo"*.
- 55.** El 29 de julio de 2010 la Superintendencia de Servicios Públicos comunicó a la Agente Especial de CEDELCA, señora MARÍA TERESA CABARICO ALMARIO, que según resolución 25855 del 28 de julio de 2010, se había levantado la toma de posesión de CEDELCA, lo cual implicaba que a partir del 29 de julio de 2010 la misma quedaría *"cesante en las funciones que tenía a su cargo como Agente Especial de CEDELCA S.A. E.S.P."*.
- 56.** Ese acto administrativo dispuso comunicar a la señora CABARICO, que a partir de dicha resolución pasaría a ejercer las funciones de Gerente General de CEDELCA, hasta el nombramiento de un nuevo gerente general.
- 57.** La Agente Especial, que representaba a CEDELCA para julio de 2010, celebró el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, sin consideración a los requisitos de obligatoria observancia que ella no podía ignorar, porque estaban dentro del marco de sus funciones.
- 58.** Existieron graves fallas en el contrato con UTEN por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos.
- 59.** La administración de CEDELCA sólo llegó a conocer la existencia y avances del proyecto autorizado por medio del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación mucho más adelante, hacia el mes de agosto de 2011.

60. La Agente Especial de CEDELCA *"impartió una aprobación al margen de sus deberes contractuales, convencionales y estatutarios"*.
61. VATIA, con la inocultable intención de buscar enmendar las falencias del procedimiento de suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, el 31 de octubre de 2011 presentó ante CEDELCA y la Interventoría un escrito se denominó *"Estudio Financiero Proyecto Río Vinagre"*, conducta que de manera inobjetable corrobora que el Otrosí al Contrato de Operación se hizo sin contar con un estudio financiero serio.
62. El 4 de octubre de 2012, la Contraloría General de la República, acusó recibo de la comunicación enviada por CÉSAR GONZÁLEZ MUÑOZ, por medio de la cual denunció la ocurrencia de un posible desequilibrio económico en perjuicio de CEDELCA, según hechos que se refieren de manera concreta a las omisiones de la Agente Especial al suscribir el Otrosí No. 1.

Hechos relacionados con la tramitación de una acción popular formulada por CEDELCA en contra de UTEN y VATIA.

63. La Junta Directiva de CEDELCA ordenó que se constituyera apoderado para promover una Acción Popular en contra del Operador la cual, luego de diversas vicisitudes sobre competencia, fue admitida el 10 de julio de 2013 por el Juzgado Sexto Administrativo de Cali.
64. Las nulidades a consideración del Tribunal de Arbitraje que conocerá de este asunto, son insaneables, como nulidades absolutas que son y es imposible que se tenga por concluido el juicio de legalidad sobre el Otrosí No. 1 del Contrato de Operación con fundamento en el Pacto de Cumplimiento que celebraron las partes en el trámite de la Acción Popular.

III.- Las Contestaciones de la demanda.

65. Tal como se indicó anteriormente, ambas Convocadas contestaron oportunamente el escrito introductorio, dieron respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, solicitaron la práctica de pruebas, y con el fin de enervar las pretensiones de la demanda formularon las excepciones de mérito que a continuación se relacionan:
- **Excepciones formuladas por VATIA S.A. E.S.P.:** *"Ausencia de violación de normas de carácter imperativo"; "El CONPES no tiene fuerza material de Ley"; "El Convenio de Desempeño no deriva de una norma con fuerza material de Ley y por sí mismo, tampoco tiene fuerza material de Ley"; "La supuesta violación del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no genera nulidad"; "De haber un incumplimiento al Convenio de Desempeño, éste no tiene la virtualidad de generar la Nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación";*

"No se configuran las causales para declarar la Nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "Imposibilidad de aprovechar su error propio"; "Capacidad de quien suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "La capacidad del Representante Legal de CEDELCA no se limita por el Convenio de Operación"; "El Agente Especial tenía las facultades necesarias para suscribir el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "De haber incumplimiento al numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "Ausencia de Limitación estatutaria para contratar con el Operador"; "De haber incumplimiento al numeral 12 del artículo 51 de los Estatutos Sociales de CEDELCA, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "Otros elementos que enervan las causales de nulidad aludidas"; "El Comité de Seguimiento no estaba creado para generar autorizaciones de administración de CEDELCA"; "Ausencia de coadministración del Convenio de Desempeño y del Comité de Seguimiento"; "El Convenio de Desempeño no es Vinculante para el Operador, sólo para CEDELCA"; "El Convenio de Desempeño no es oponible a VATIA S.A. E.S.P."; "El Otrosí No. 1 al Contrato de Operación cumple con todos los requisitos esenciales y no adolece de objeto o causa ilícita"; "Venire Contra Factum Propio Non Valet"; "Ausencia de Desviación de Poder"; "El Proyecto de Desviación del Río Vinagre es una obra debidamente planeada"; "Prestación del servicio y cumplimiento de los fines del Contrato de Operación"; "Inaplicabilidad de las cláusulas 4.5 y 5.4 del Contrato de Operación al caso concreto"; "Las autorizaciones de los numerales 4.5. y 5.4. del Contrato de Operación sólo proceden cuando se trata de Mantenimientos e Inversiones de que trata la cláusula 6 del mismo"; "La obra no requería trámites especiales de aprobación para Mantenimiento e Inversión por la Interventoría"; "Alcance del Contrato de Interventoría. Conducta de la Interventoría"; "Conducta Contractual de las Partes. No se han pedido autorizaciones de la cláusula 4.5. y 5.4. cuando se han realizado mantenimientos e inversiones de que trata la cláusula sexta del Contrato de Operación"; "Se contó con la autorización necesaria para la suscripción del Otrosí. La firma del Representante Legal de CEDELCA era suficiente para la validez del negocio jurídico. La hipotética omisión de las cláusulas 4.5 y 5.4 del Contrato de Operación no generan nulidad"; "De presentarse un Incumplimiento éste se reputa de CEDELCA. Buena Fe y Deberes Secundarios de Conducta"; "Régimen del Contrato de Operación es privado"; "El Otrosí No. 1 al Contrato de Operación sí le es Oponible a CEDELCA"; "Excepción de Restituciones mutuas"; "Cosa Juzgada, Caducidad y Prescripción"; "Excepción Genérica. Las que establezca o verifique el despacho de acuerdo a la sana crítica".

- **Excepciones propuestas por UTEN:** *"Cosa Juzgada"; "Hecho Superado Por Carencia De Objeto"; "Buena Fe"; "Capacidad De La Representante Legal Para Contratar"; "Principio De Conservación Del Negocio Jurídico"; "Prevalencia De Las Normas Laborales".*

IV.- Las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

66. Las pretensiones de la demanda de reconvención reformada son las siguientes:

"2.1. Pretensiones Declarativas

2.1.1. Que se **declare** que el **Otrosí No. 1** al Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA, VATÍA y la Unión de Trabajadores de la Industria Energética Nacional -UTEN- el día 16 de julio de 2010, por medio del cual se modificó el Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA y UTEN el pasado 27 de agosto de 2008, es **VÁLIDO** y **PRODUCE TODOS LOS EFECTOS** jurídicos entre las partes.

2.1.2. Que en caso de encontrar que el **Otrosí No. 1** al Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA, VATÍA y UTEN el día 16 de julio de 2010 es nulo, se **ordene** proceder con las restituciones mutuas derivadas de las erogaciones realizadas en virtud del mencionado **Otrosí**, según como resulte probado en este proceso.

2.2. Pretensiones de Condena

2.2.1. Que se ordene a CEDELCA pagar a VATÍA los valores que esta haya invertido con ocasión de la ejecución del **Otrosí No. 1** al Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA, VATIA y UTEN el día 16 de julio de 2010, que sean objeto restitución, según como resulte probado en este proceso.

2.2.2. Que como consecuencia de cualquiera de las pretensiones anteriores, se **condene** a CEDELCA al pago de las costas procesales y las agencias en derecho".

V.- Los hechos de la demanda de reconvención.

67. En la demanda de reconvención se narra que CEDELCA es una empresa de servicios públicos, y que en razón de incumplimientos diversos fue sometida a toma de posesión para administración, que posteriormente se convirtió en toma de posesión con fines liquidatorios. Luego de expuesto lo anterior, se hace amplia referencia al documento CONPES 3492 de 2007, relatando además algunos aspectos operacionales previos de CEDELCA.
68. Posteriormente, se refiere al Contrato de Operación y a la vinculación de VATIA, señalando que mediante el mismo se adelantó el plan de salvamento para CEDELCA, para lo cual el operador se comprometió a operar, mantener

y administrar las PCH's, de conformidad con lo establecido en la cláusula quinta de dicho contrato.

- 69.** Más adelante, se hace referencia al Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, el cual se desarrolló sin sobresaltos con la finalidad de cumplir los compromisos adquiridos para garantizar la prestación del servicio público de generación de energía, agregando que, como era conocido por CEDELCA, por ser propietaria de las PCH's, la capacidad instalada de la Planta Florida II, era de 28.8 Mega Watios, pero según el histórico de generación desde 1980, su factor de utilización oscilaba entre el 25 y el 43%, debido a que los caudales del Río Cauca no permitía operar con una mayor eficiencia.
- 70.** Luego se señala en la contrademanda que las partes suscribieron un Otrosí al Contrato de Operación, en el cual se pactó que el operador sería la Unión de Trabajadores UTEN y GENERCAUCA. Agrega que con el Otrosí No. 1 y en cumplimiento de su compromiso contractual VATIA y UTEN iniciaron la ejecución del proyecto de desviación del Río Vinagre, situación que era conocida y compartida con CEDELCA, para lo cual UTEN y VATIA presentaron a CEDELCA el proyecto de desviación del río, el cual inicio con la obtención de las autorizaciones necesarias por parte de la autoridad ambiental.
- 71.** Más adelante se hace referencia a la Acción Popular 76001-3333-006-2013-00262-00 instaurada por CEDELCA a través de su representante legal, MANUEL MARÍA MOSQUERA, con lo cual la entidad actuó en desconocimiento de su propia conducta, reflejada en haber autorizado el proyecto de desviación del río y haber suscrito el Otrosí No. 1.
- 72.** Dentro de la referida Acción, se celebró Pacto de Cumplimiento que fue aprobado mediante sentencia del 29 de noviembre de 2013, del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, providencia que fue impugnada en su momento por el representante del Ministerio Público.
- 73.** Posteriormente, al resolver la apelación, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 4 de abril de 2014, aprobó el Pacto de Cumplimiento por considerar que no había vulneración a la moral administrativa, que el Otrosí no había generado detrimento patrimonial para CEDELCA y que la voluntad de las partes permitía realizar las modificaciones al Contrato de Operación, como quedaron plasmadas en el Otrosí No. 1.
- 74.** Luego, el reconviniente se pronuncia respecto de la solicitud de Nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, señalando que, notificada la sentencia de segunda instancia, VATIA continuó ejecutando el objeto del Contrato de Operación y del Otrosí No. 1 al mismo, a pesar de que, CEDELCA en un acto contrario a la buena fe, desconoció los acuerdos alcanzados en el respectivo Pacto de Cumplimiento.

- 75.** Agrega, que CEDELCA conoce perfectamente la buena gestión que ha hecho VATIA con la operación de las PCH's y que es en una actuación de deslealtad contractual que pretende terminar el contrato y reclamar la nulidad del Otrosí No. 1.
- 76.** Finalmente, se refiere a las distintas inversiones que han sido realizadas por VATIA en desarrollo del proyecto de desviación del Río Vinagre, lo mismo que los resultados obtenidos de la operación que demuestran una tendencia creciente en los ingresos.

VI.- La contestación de la demanda de reconvención reformada.

- 77.** La parte demandada en reconvención, en el escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvención, formuló las siguientes excepciones de mérito: *"Vatia abusa de su derecho a litigar al proponer una reconvención a sabiendas de que todas y cada una de sus pretensiones pueden y deben plantearse como excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda principal"; "Vatia carece de habilitación contractual para formular las pretensiones 2.1.2. y 2.2.1"; Vatia no puede alegar ser parte del otrosí y no ser parte del contrato"; "si el otrosí no. 1 al contrato de operación no regula un mantenimiento o una inversión en los términos del contrato de operación, entonces es un acto viciado de nulidad absoluta por desconocer la prohibición consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993"; "temeridad y mala fe de vatia consistente en alegar conscientemente hechos contrarios a la realidad al pretender ser ajena a la cláusula 5.4 del contrato de operación"; "improcedencia absoluta de las restituciones mutuas"; "exorbitancia de la indemnización pretendida por vatia"; "inexistencia de cosa juzgada derivada del pacto de cumplimiento que tuvo lugar en el trámite de la acción popular que tuvo lugar entre las partes"; "todos los caminos conducen a Roma".*

VII.- El concepto rendido por el representante del ministerio público.

- 78.** El representante del Ministerio Público en concepto rendido y aportado en la audiencia de alegatos de conclusión solicitó al Tribunal acceder a las pretensiones principales de la demanda inicial en cuanto a la nulidad del Otrosí 1 y declararse inhibido para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada por cuanto plantea una genérica declarativa imposible, en su defecto porque incorporó una indebida acumulación de pretensiones y, si fuere del caso, denegar las pretensiones, por cuanto en el *sub lite*, dada la nulidad del Otrosí 1 y, conforme con el contenido del artículo 1525 del Código Civil, no es posible ordenar la restitución que se demanda.

CAPÍTULO TERCERO
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

I.- Presupuestos procesales

- 79.** Encuentra el Tribunal que los llamados presupuestos procesales, esto es, las condiciones de forma que le permiten al juzgador proferir una decisión de fondo, se encuentran cabalmente reunidos en este proceso, por cuanto las partes, que son personas jurídicas debidamente constituidas (capacidad procesal), han concurrido a este proceso a través de sus representantes legales (capacidad para comparecer al proceso). Así mismo, la demanda con la que se dio origen al proceso, al igual que la reconvencción, reúnen los requisitos exigidos en la Ley (demanda en forma) y este Tribunal es competente para resolver las controversias sometidas a su conocimiento (competencia del juez), por lo que no queda duda alguna que los presupuestos procesales están plenamente consolidados en este proceso.
- 80.** Observa el Tribunal que todas las etapas de este arbitraje se desarrollaron en debida forma y no existen nulidades insaneables que deban ser decretadas oficiosamente o insaneables que deban ser puestas en conocimiento al tenor de lo previsto por el artículo 137 del Código General del Proceso.
- 81.** Por lo anterior, en el presente laudo arbitral, desde el punto de vista de los presupuestos procesales y de la validez de la actuación formal, no se encuentra obstáculo para decidir de fondo sobre los asuntos litigiosos sometidos a decisión de este Tribunal de Arbitraje; sin embargo, antes de ello se abordará el estudio de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

II.- Asunto de decisión previa: La caducidad del medio de control

A. Planteamiento de la cuestión.

- 82.** La Convocada VATIA en su escrito de contestación de la demanda y en sus alegaciones finales puso de presente que, en su sentir, respecto del medio de control de controversias contractuales ejercido en el presente proceso para solicitar la nulidad del Otrosí No. 1 de 2010 al Contrato de Operación, operó la caducidad. Sostiene la Convocada que al haberse celebrado el Otrosí objeto de la pretensión de nulidad el 16 de julio de 2010, la norma aplicable, a efectos de determinar la caducidad, es el artículo 136 del CCA, en cuyo literal "e", numeral, 10º, se establecía que el término para solicitar la nulidad absoluta de un contrato estatal es de dos (2) años contados a partir de su perfeccionamiento y si el contrato tuviese una vigencia superior a dicho término, la caducidad para la pretensión de nulidad correspondería,

entonces, al término de duración del contrato sin que pudiese exceder, en todo caso, de cinco (5) años.

- 83.** La tesis de la Convocada consiste en señalar que, si el Otrosí se celebró el 16 de julio de 2010, el término para pedir su nulidad absoluta venció el 17 de julio de 2015, puesto que al tener el referido Otrosí un término de duración superior a dos (2) años, de acuerdo con la norma en cita, el término de caducidad de la acción contencioso administrativa era de cinco (5) años, que transcurrieron sin que la Convocante hubiese formulado pretensión a propósito.
- 84.** La razón por la cual, a juicio de VATIA, la norma aplicable al presente asunto es el anterior CCA (Decreto Ley 01 de 1984) y no el actual CPACA (Ley 1437 de 2011), es que de acuerdo con la conocida regla de tránsito de legislación en materia procesal contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 (modificado por el artículo 624 del CGP), cuando se produce modificación en materia de términos procesales, éstos se rigen por la ley vigente al momento en que empezaron a contabilizarse. Por ello, si para el momento en que se celebró el Otrosí No. 1 de 2010 empezó a correr el término de caducidad contemplado en el CCA, así dicho estatuto haya sido modificado por el CPACA, el aplicable es aquél.

B. Consideraciones para resolver

- 85.** Para el Tribunal en el presente caso no existe un conflicto de leyes procesales en el tiempo y, por ende, no hay lugar a aplicar la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, norma que, como se desprende de su tenor literal, solamente se aplica a los términos que estuviesen corriendo al interior de un proceso judicial cuando se produce el cambio de legislación, caso en el cual, como lo dispone la norma en comento, aunque la nueva ley procesal es de vigencia inmediata, la ley anterior se sigue aplicando pero solo para ese específico término que estaba corriendo cuando se produjo la modificación de la norma procesal.
- 86.** En efecto, de la lectura de la norma en cita se desprende que ella está destinada a solucionar los problemas que se pueden presentar al interior de un proceso judicial cuando se produce cambio de legislación, específicamente cuando al momento de darse el cambio se encuentra corriendo un término que es modificado por la nueva legislación. En este caso, la solución que ofrece el precepto en comento es que el referido término se seguirá rigiendo por la norma vigente cuando empezó a correr. Expresado en otros términos, la norma contempla un caso de ultractividad de la ley procesal en razón de las modificaciones legislativas introducidas a los términos que al interior de un proceso judicial se encuentran corriendo.

- 87.** Precisamente para evitar que se presentara un conflicto de leyes procesales en el tiempo con las complicaciones y discusiones que ello pudiese generar al interior de un proceso, el nuevo CPACA (Ley 1437 de 2011) previó un sistema de entrada en vigencia que no permite que se generen dichos conflictos en relación con su aplicación frente a la legislación anterior contenida en el CCA. Esto significa, entonces, que el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo no permitió que se presentara conflicto alguno con la legislación anterior, por lo que no es dable aplicar la regla contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, disposición que precisamente está destinada a solucionar los problemas de aplicación en el tiempo que pueden generarse entre dos normas procesales.
- 88.** Al respecto, el artículo 308 del CPCA dispuso su aplicación, sin excepción alguna, a los procesos promovidos con posterioridad al 2 de julio de 2012, de tal suerte que las demandas presentadas con anterioridad seguirán rigiéndose por el anterior Código Contencioso Administrativo.

Dispone la norma en comento:

"Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."

- 89.** De acuerdo con la norma transcrita, que es clara, no hace excepciones y, por ende, no permite interpretaciones diferentes a aquella que se desprende de su tenor literal, es claro que el anterior CCA, incluyendo los términos de caducidad que allí estaban previstos, solamente puede regir para los procesos judiciales y, desde luego, arbitrales, promovidos antes del 2 de julio de 2012. Luego de esa fecha, todos los procesos iniciados con posterioridad de la misma –sin excepción alguna–se rigen por lo previsto en el CPACA, incluyendo, desde luego, los términos de caducidad establecidos para la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal.
- 90.** Expresado en otras palabras, el hecho de que la regla de tránsito de legislación del CPACA sea totalmente clara en indicar que tal estatuto procesal se aplica a los procesos promovidos luego del 2 de julio de 2012, como acontece en el presente caso, excluye la aplicación del CCA, cuerpo

TRIBUNAL ARBITRAL
CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-CEDELCA
S.A. ESP VS. UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-
UTEN y VATIA S.A. E.S.P.
- 15536-

normativo que solamente puede regir los destinos de los procesos que se promovieron hasta esa fecha. Con ello, como se dijo, se evitan los posibles conflictos de aplicación en el tiempo de los dos estatutos y, por ende, no tiene sentido discutir si frente a un determinado caso debe aplicarse uno u otro, pues simplemente debe partirse de un dato cierto para saber cuál es la norma aplicable: la fecha de presentación de la demanda.

- 91.** En consecuencia, no cabe duda que el presente proceso arbitral, en punto de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, debe regirse en su integridad por lo previsto en el CPACA por el hecho de que la demanda arbitral se promovió con posterioridad al 2 de julio de 2012 y, por consiguiente, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 308 de dicho Estatuto, norma procesal de orden público y de obligatoria observancia, todos los aspectos procesales de este arbitraje en donde resulte necesario acudir al estatuto de lo contencioso administrativo, como lo es la caducidad del medio de control, deben buscarse, entonces, en tal estatuto y no en el anterior CCA, motivo más que suficiente para concluir que la pretensión de nulidad absoluta del Otrosí No. 1 de 2010 se rige por lo previsto en el literal "J" del numeral 2º del artículo 161 de aquél.
- 92.** Llegar a una conclusión diferente como la propuesta por VATIA, a juicio de este Tribunal, implicaría una clara y frontal violación del régimen de transición y vigencia del CPACA y traería como consecuencia aplicarle a un proceso promovido luego del 2 de julio de 2012 las normas de caducidad de un estatuto inaplicable y hoy ya derogado.
- 93.** Debe insistirse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, es una norma diseñada para solucionar los conflictos en la aplicación temporal de leyes procesales, conflicto que, como se vio, en el presente caso no existe, pues por mandato del citado artículo 308 del CPACA es dicho estatuto el llamado a gobernar lo relacionado con la caducidad del medio de control que se ejerció en este proceso arbitral.
- 94.** Adicionalmente, de acuerdo con lo que ha entendido la jurisprudencia, la aplicación del citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 presupone necesariamente la existencia de un proceso judicial en curso cuando se produzca el cambio de legislación procesal, como se dijo en sentencia del 5 de diciembre de 2006¹, en donde se lee sobre el particular:

"Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que "...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...", es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ruth Stella Correa Palacio, expediente 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750).

general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal. De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial."

- 95.** Como en el presente caso, cuando se produjo el cambio de legislación, aún el presente proceso arbitral no estaba en curso, mal puede, entonces, plantearse un conflicto de leyes procesales en el tiempo que permita aplicar la solución prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cuando la demanda arbitral se presentó ya el CCA estaba derogado y, por ende, ninguna disposición del mismo podía aplicarse a este proceso, por lo que debe concluirse que la única norma que puede regular lo relacionado con la caducidad de la pretensión de nulidad absoluta indudablemente es el artículo 161, numeral 2º, literal "J", del CPACA, disposición que expresamente señala que mientras el contrato estatal esté vigente puede solicitarse y declararse la nulidad del mismo.

Señala la norma en lo pertinente:

"Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente".

- 96.** De adoptarse la tesis esgrimida por el extremo Convocado se llegaría al extremo no solamente de aplicar un estatuto procesal que para la fecha de presentación de la demanda estaría derogado, sino de impedirle al juez del contrato estudiar la validez de un contrato estatal vigente no solo en aquellos procesos en que se pretenda la nulidad del mismo, sino en aquellos otros procesos en los que se debata, por ejemplo, el incumplimiento contractual y el juez, en uso de sus deberes oficiosos, considere que se

presentan vicios constitutivos de nulidad absoluta del negocio jurídico, evento en el cual, según dicha tesis, estaría en imposibilidad de declarar de oficio la nulidad.

- 97.** De igual forma, acoger dicha tesis conllevaría que en un proceso judicial o arbitral subsistieran los dos estatutos de lo contencioso administrativo, toda vez que, por ejemplo, en materia de medidas cautelares se aplicaría el CPACA, mientras que en materia de caducidad debería aplicarse el anterior CCA, coexistencia no querida por el legislador por las razones ya anotadas.
- 98.** En conclusión, para el Tribunal en el presente asunto no ha operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales y, por ende, abordará el estudio de fondo de las pretensiones de invalidez incorporadas en la demanda con la que se dio inicio a este proceso arbitral.
- 99.** No obstante lo anterior, el Tribunal debe poner de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha prohijado la tesis que en este proceso ha esgrimido VATIA en punto de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, específicamente en lo que atañe a la aplicación del CCA y no del CPACA, como quiera que al momento de perfeccionarse el negocio jurídico objeto de la pretensión de invalidación estaba vigente el primero de los estatutos procesales mencionados.
- 100.** Esta tesis aparece, entre otras providencias, expuesta en auto del 5 de marzo de 2015², en donde se dijo:

"En ese orden de ideas, la Sala considera que el medio de control de controversias contractuales tal y como fue incoado en el presente asunto, en virtud de la aplicación del C.P.A.C.A, no es viable, comoquiera que el actor pretende la nulidad absoluta del contrato n.º 175 del 7 de junio de 2011 con base en la ilegalidad del acto precontractual del 4 de mayo de 2011, lo que implica que el término de caducidad para demandar este último –el acto precontractual- era de 4 meses y, en consecuencia, este ya venció, máxime cuando la demanda se presentó hasta el 30 de agosto de 2013.

No obstante lo anteriormente expuesto, la Sala debe precisar que, tal y como lo expuso el a quo, a pesar de que las normas procesales son de aplicación inmediata, los términos que comenzaron a correr en vigencia de una ley anterior,

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 5 de marzo de 2015, expediente 25000-23-36-000-2013-01547-01(49307), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'

En el mismo sentido se advierte que, en principio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 ibidem, se debe aplicar la legislación vigente al momento de la suscripción del contrato, normatividad que establece dos excepciones, a saber: (i) las leyes relativas a las formas de reclamar en juicios las obligaciones derivadas de la suscripción de los mismos y, (ii) las penas que se impongan por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo de voluntades se regirán por las leyes vigentes al momento de su imposición.

(...)

Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

Más recientemente en otra providencia el Consejo de Estado³ reiteró la tesis de la ultractividad del CCA en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales:

"El artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe que los términos se rigen por las leyes vigentes al momento en que empiezan a correr. Como en este

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-26-000-2018-00011-00 (60716).

caso el término empezó a contarse desde el 28 de agosto de 2011, según se dijo, día siguiente a la fecha hasta la cual se tenía para liquidar el contrato, la ley aplicable es el Código Contencioso Administrativo.

El término para formular la demanda de controversias contractuales de conformidad con el literal d), numeral 10 del artículo 136 del CCA es dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato. Como la demanda fue presentada el 23 de julio de 2014 (f. 1 c. 1), operó el fenómeno de la caducidad, pues fue incoada vencido el plazo de dos años contado desde la fecha en que se venció el plazo previsto por la partes para la liquidación del contrato, el cual transcurrió del 28 agosto de 2011 al 28 de agosto de 2013."

- 101.** Este Tribunal de Arbitraje, en ejercicio de la función jurisdiccional que le atribuye el artículo 116 de la Constitución Política y, por ende, haciendo uso de la autonomía que como juzgador le ha concedido el artículo 228 *Ibidem*, por las razones expuestas en este capítulo, se aparta del criterio expuesto por el Consejo de Estado en las referidas providencias (que no son sentencias de unificación) y considera que, con independencia de la fecha de perfeccionamiento del contrato estatal, si la demanda se promovió en vigencia del CPACA, como acontece en este caso, el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales es el establecido en el artículo 161, numeral 2º, literal "J" de dicho cuerpo normativo, de tal suerte que mientras esté vigente el contrato estatal puede demandarse su nulidad absoluta. No está de más recordar que, como bien lo enseña el artículo 6º del CGP, "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión", motivación que aparece ampliamente expuesta en este laudo.
- 102.** Por estas razones es que no procede la excepción de la Contestación de la Demanda de VATIA titulada "4.18 Caducidad y Prescripción", en el sentido expuesto en esta sección.

III.- La tacha del testigo Luis Fernando Sandoval Manrique.

- 103.** En audiencia celebrada el 16 de mayo de 2019, la parte Convocante tachó de sospecha al testigo LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE por considerar que su imparcialidad se encontraba afectada, en la medida que tiene un vínculo de dependencia con VATIA y, por ende, tiene interés en las resultas del proceso, razón por la cual solicitó al Tribunal tener en cuenta tales circunstancias a la hora de valorar tal declaración.

- 104.** Es bien conocido por todos que el artículo 211 del Código General del Proceso consagra la figura de la tacha del testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad, objetividad e imparcialidad a la hora de rendir declaración, circunstancias que pueden tener su origen en vínculos de parentesco, dependencia o interés en relación con las partes o con sus apoderados, así como también por antecedentes personales y, en general, por cualquier otra causa que pueda generar afectación en el testimonio.
- 105.** La misma norma establece que "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso*", lo cual implica que la tacha automáticamente no genera la exclusión del testimonio del material probatorio obrante en el proceso, sino que genera para el juez el deber de analizar la prueba con mayor cuidado y dedicación, en forma objetiva, de manera conjunta con los demás elementos obrantes en el proceso y de acuerdo con las reglas y postulados de la sana crítica.
- 106.** En el presente caso está probado (pues así lo aceptó el propio testigo) que el declarante es el Gerente General de VATIA desde el 25 de enero de 2016, circunstancia que demuestra con claridad el vínculo que existe con la parte Convocada; sin embargo, analizado el testimonio, no encuentra el Tribunal razones de peso que hagan dudar de la veracidad de la declaración rendida, a pesar de la relación existente entre el testigo y uno de los extremos del litigio. Esto significa que no existen en el testimonio elementos de juicio que permitan concluir que el testigo faltó a la verdad, dejó de narrar hechos que interesan al proceso, desfiguró las circunstancias que fueron objeto de su declaración y, en general, que el testigo haya buscado ante todo beneficiar a la parte con la que sostiene un vínculo legal.
- 107.** En consecuencia, no hay para el Tribunal razones que permitan dudar de la objetividad de la declaración, pero, en todo caso, el Tribunal valorará esta prueba en forma conjunta con las demás probanzas obrantes en el proceso, aplicando para tal efecto los postulados y reglas de la sana crítica y persuasión racional que gobierna el análisis de las pruebas.

IV. Las posiciones de las partes frente al litigio.

A. Posición de la demandante.

- 108.** CEDELCA convocó este tribunal arbitral con el objeto de que se declaren las consecuencias —de nulidad o inoponibilidad, según ella— de los vicios y defectos que a su juicio rodearon la celebración del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación. En particular, por supuesta violación al Convenio de Desempeño por parte del Agente Especial, consistente en no obtener la autorización previa del Comité de Seguimiento para celebrar un acuerdo modificadorio del Contrato de Operación.

- 109.** En el sentir de CEDELCA, la Agente Especial que ejercía la representación legal de la compañía para el momento de la celebración del Otrosí No. 1, con su omisión, *"pretermitió el marco legal, contractual, regulatorio y convencional que las partes debían observar para modificar el Contrato de Operación"*⁴. Señala la Convocante que al no haber requerido la autorización previa del Comité de Seguimiento al Convenio de Desempeño, la Agente Especial vulneró tanto el Contrato de Operación como el Convenio de Desempeño e incluso *'normas'* de mayor jerarquía como —según su propia enunciación hecha en la pretensión primera principal y primera del primer grupo de pretensiones subsidiarias— el artículo 23 la Ley 222 de 1995, el artículo 8 de a Ley 689 de 2001 y el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otros.
- 110.** En un primer lugar, argumenta la Convocante que la representante legal de la compañía, así fuera una Agente Especial, estaba vinculada por los estatutos sociales de la misma. Estos estatutos consagran la obligación de cumplir *"estrictamente"* (numeral 12 del artículo 51 de los Estatutos⁵) con los convenios y contratos celebrados por CEDELCA, siendo uno de ellos, el Convenio de Desempeño, vulnerado con la celebración del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación. Entonces, la Convocante presenta en cadena el argumento según el cual se produjo la vulneración de normas imperativas: el incumplimiento del convenio generó, a su vez, un incumplimiento de los estatutos y este, a su turno, generó un incumplimiento de los deberes a los que están sujetos los administradores de sociedades según el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Es de ese modo, alega CEDELCA, que la transgresión al Convenio de Desempeño desemboca en la configuración de una nulidad absoluta por desconocimiento de una norma de imperativo cumplimiento (**Pretensión Primera, Segunda, Tercera y Cuarta**).
- 111.** En segundo lugar, en el Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, alega la Convocante que esta misma omisión de no requerir autorización del Comité de Seguimiento, configuró un *"objeto ilícito por falta de competencia (capacidad)"*⁶. Para CEDELCA, la autorización del Comité de Seguimiento era una obligación de la compañía que el representante legal debía seguir según disposición estatutaria expresa, por lo que el Convenio de Desempeño tenía entidad suficiente para condicionar la capacidad de la Representante Legal

⁴ Cfr. Demanda CEDELCA, hecho 33. En el mismo sentido, en los Alegatos de parte CEDELCA, p. 31 se afirma: *"En el sentir de CEDELCA y dado que para la época de la suscripción del Otrosí No. 1 la Agente Especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD en adelante) ejercía la representación legal de la intervenida, todo con arreglo a las disposiciones de la Ley 689 de 2001 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF en lo sucesivo), los hechos que rodearon la negociación y la celebración de dicho Otrosí ocurrieron bajo flagrante pretermisión de las cláusulas estatutarias y de las obligaciones legales de dicha Agente Especial"*, p. 31

⁵ *"ARTÍCULO CINCUENTA Y UNO: FUNCIONES. Son funciones del Gerente General (...) 12. Ejecutar y cumplir estrictamente los convenios de desempeño así como todos los actos, contratos y obligaciones que contraiga a nombre de la sociedad"*.

⁶ Cfr. Pretensión Primera del Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias.

(Agente Especial) y que por consiguiente, al actuar sin sujeción a la susodicha estipulación estatutaria, se vulneraron normas de orden público, como son el artículo 291 del E.O.S.F., el artículo 2 de la Ley 142 de la Ley 142 de 1994 (**Pretensión Primera del Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias**) y también, según lo afirmado en alegaciones, el Convenio de Desempeño como pacto regulado por el artículo 108 de la Ley 489 de 1998.

- 112.** CEDELCA predica que el Convenio de Desempeño tiene una "*fuerza de ley para las partes*"⁷ hasta el punto de que su desconocimiento puede viciar la capacidad que tiene el representante legal para obligar a la compañía.
- 113.** En el Segundo Grupo de Pretensiones subsidiarias, pide la Convocante que se declare que el Otrosí es nulo por causa ilícita originada en la desviación de poder con que el mismo se celebró en los términos previstos en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 45 de esa misma disposición, toda vez que se celebró en el exclusivo interés del Operador y no con el propósito, , de satisfacer el bien común y el interés general que corresponde a la actividad contractual del Estado.
- 114.** Por último, en el Tercer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, pretende la Convocante que si dicha celebración del Otrosí No. 1 en contravención al Convenio de Desempeño no configura un "*objeto ilícito por falta de capacidad (competencia)*", sí debe declararse que es una situación de la cual se desprende la inoponibilidad del Otrosí No. 1 a CEDELCA. Pretende subsidiariamente la convocante, al haberse celebrado por una representante legal que actuó por fuera de sus facultades y dictámenes estatutarios —en contravención del Convenio de Desempeño— y/o haber desbordado las cuantías que según los Estatutos Sociales de la Convocante sujetaban a la Agente Especial que ejercía su representación para el momento de ocurrir los hechos que son materia de esta demanda, solicita que se declare que el Otrosí No 1 suscrito por la Agente Especial no vincula a la compañía, siéndole inoponible.

B. Posición de las demandadas VATIA y UTEN.

- 115.** Las Convocadas en este proceso, VATIA y UTEN, centran las excepciones a este grupo de pretensiones en afirmar, primero, que la Agente Especial tenía plena autonomía y capacidad para celebrar el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, dadas las condiciones particulares en las que se encontraba CEDELCA al momento de celebrarse dicho otrosí (Toma de Posesión) y, segundo, que con la ausencia de autorización del Comité de Seguimiento no

⁷ Cfr. Alegatos Cedelca p. 35. Esta argumentación se repite, por ejemplo, en la página 36: "*El Convenio de Desempeño sí tiene fuerza de ley para las partes desde el texto mismo del Contrato de Operación como de manera inobjetable lo utvo en la ejecución de dicho acuerdo de voluntades según fluye del análisis probatorio respectivo*".

se vulneraron normas que tuvieran la entidad suficiente como para limitar la competencia del Agente Especial. Señalan que el Convenio de Desempeño no puede considerarse como un referente cuya vulneración tenga la sanción de nulidad absoluta.

- 116.** Para ellas, el régimen de sanciones al negocio jurídico es uno de interpretación taxativa y restrictiva y las normas de orden público que se alegan vulneradas, o bien no son normas imperativas, o bien sí lo son pero estatuyen ellas mismas las sanciones que acarrea su vulneración, sin ser una de éstas la nulidad absoluta
- 117.** Bajo el numeral **4.1. Ausencia de violación de normas de carácter imperativo** del apartado de su contestación de la demanda referida a las excepciones, agrupa VATIA los argumentos reseñados.
- 118.** Señala que El CONPES no tiene fuerza material de ley (Numeral 4.1.1., Excepciones) y, por lo tanto, no es una norma que pueda condicionar la actuación del Agente Especial, quien es autónomo en sus funciones y solo se encuentra sometido a los estatutos societarios y a la ley.
- 119.** Igualmente, afirma VATIA, que el Convenio de Desempeño, en tanto que acuerdo de voluntades, tiene el carácter de un contrato y, por lo tanto, si bien es *ley para las partes* al tenor del artículo 1602 no tiene, ni puede tener, el alcance de condicionar o limitar la capacidad del Agente Especial pues no cuenta dicha norma jurídica con fuerza material de ley en sentido estricto (**4.1.2. El Convenio de Desempeño no deriva de una norma con fuerza material de ley y por sí mismo, tampoco tiene fuerza material de ley**). Agrega VATIA que de llegarse a comprobar una vulneración del Convenio de Desempeño, la consecuencia jurídica es el incumplimiento y ejecución forzosa (o indemnización) y no la nulidad absoluta de otro contrato diferente (**4.1.4. De haber un incumplimiento al Convenio de Desempeño, esto no tiene la virtualidad de generar la Nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación**). Esto lo sustenta igualmente con el hecho de que el mismo Convenio de Desempeño regula las consecuencias de incumplir con sus postulados.
- 120.** Adicionalmente, señala la Convocada VATIA, que de llegarse a aceptar que existe una vulneración del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 (**4.1.3. La supuesta violación del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no genera nulidad**) la consecuencia jurídica de vulnerar este precepto no es la nulidad, pues dichas normas disponen la consecuencia de su transgresión: la acción social de responsabilidad en cabeza de la sociedad y la responsabilidad personal del administrador en caso de ser condenado.
- 121.** Por otro lado, y en lo referente a la plena capacidad del agente especial, agrupa VATIA en el numeral **4.3. "Capacidad de quien suscribió el**

Otrosí No. 1 al Contrato de Operación" el conjunto de excepciones encaminadas a demostrar que el Agente Especial, al momento de celebración del Otrosí No. 1, tenía plenas capacidades para obligar a la compañía, puesto que la sociedad se encontraba sometida a un régimen especial, el de intervención, por lo que el único ente gerencial —con plena autonomía— era el Agente Especial.

- 122.** En lo que concierne a la nulidad por causa ilícita originada en la desviación de poder, sustenta VATIA la excepción **4.6. "Ausencia de desviación de Poder"**, en que el "Proyecto de Desviación del Río Vinagre" no ha causado ningún detrimento a los intereses públicos ni a la prestación del servicio público de energía prestado dentro del objeto del Contrato de Operación. Toda vez que el Otrosí objeto de estudio cumple a cabalidad con la finalidad para la que fue suscrito, al satisfacer el interés general y los principios de la función pública, al haber generado mayor valor a la PCH Florida II, de propiedad de CEDELCA
- 123.** Por último, argumenta VATIA que, en todo caso, la ausencia de autorización del órgano colegiado que se alega como requisito faltante que vicia el Otrosí No. 1 es en realidad un incumplimiento de la obligación de tramitar tal concepto favorable de CEDELCA por lo que, dice, se debió alegar incumplimiento del Convenio pero no puede ahora la misma compañía alegar su propia conducta negligente para obtener los efectos jurídicos que desea. Esto, señala, es una vulneración al principio general de derecho según el cual nadie podrá alegar su propia culpa a su favor (**4.2. Imposibilidad de aprovechar su error propio**).
- 124.** VATIA también en este trámite arbitral interpuso una demanda de reconvencción (reformada) que en la que, solo que por vía activa, solicita que este Tribunal declare configurados los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que procura obtener mediante sus excepciones. En efecto, en su rol de demandante, solicita principalmente que se declare que el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación es "*válido y produce todos los efectos jurídicos entre las partes*" (Pretensión 2.1.1.) y que se ordenen las restituciones mutuas que ordena la ley, de encontrarse que dicho Otrosí es nulo (2.1.2. Pretensión Declarativa y el conjunto de pretensiones agrupadas en el 2.2. Pretensiones de Condena).
- 125.** La otra Convocada a este proceso, UTEN, reitera varios de los argumentos ya reseñados en las excepciones que titula **CAPACIDAD DE LA REPRESENTANTE LEGAL PARA CONTRATAR y PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO**. En su escrito procesal de contestación alega, además, que el Otrosí No. 1 fue ratificado por medio del pacto de cumplimiento celebrado en el marco de la Acción Popular iniciada por CEDELCA.

V.- Marco general sobre la nulidad absoluta de los contratos estatales

126. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 consagra las causales especiales de nulidad absoluta de los contratos estatales, norma que dispone que la invalidez se produce no solamente en los casos previstos en el Código Civil y Código de Comercio, sino también en los eventos contemplados en dicha disposición, es decir, que además de las causales generales de nulidad absoluta reguladas en el derecho privado, el contrato estatal cuenta con motivos especiales que originan su invalidez y que aparecen consagradas en la disposición en comento.

Dispone al respecto el artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

"ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley."*

127. Del precepto legal transcrito se desprende, como ya se dijo, que al contrato estatal le son aplicables las causales de nulidad absoluta consagradas tanto en el derecho común como las especiales consagradas en la Ley 80 de 1993.

128. Por ello, el artículo 1741 del Código Civil, disposición que consagra que hay nulidad absoluta cuando exista ilicitud en el objeto o en la causa, así como cuando se omita algún requisito o formalidad prevista en la Ley para su validez en consideración a su naturaleza, y cuando se celebran por personas absolutamente incapaces, es aplicable al contrato estatal.

129. Señala la norma en comento:

"ARTICULO 1741. *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

130. El Consejo de Estado ha reconocido expresamente que al contrato estatal le son aplicables las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que regulan la nulidad absoluta de los negocios jurídicos. Estas jurisprudencias son abundantes y, en aras de la brevedad, no se hará una extensa transcripción de estas; simplemente, por considerarla ilustrativa para los efectos que son materia de discusión, se trae a colación lo señalado en sentencia del 29 de julio de 2015⁸, en donde luego de hacer referencia a lo previsto por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dijo la Corporación:

"Ha de precisarse igualmente que por cuenta de la integración normativa que comporta esta disposición legal, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741-.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, expediente 76001-23-31-000-2004-05517-01(37390), C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;

b).- Ilícitud en el objeto;

c).- Ilícitud en la causa;

d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;

e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;

f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;

g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;

h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;

i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y

j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80."

- 131.** En cuanto al objeto ilícito, el artículo 1519 del Código Civil establece que *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto."* El artículo 1523 *Ibídem*, por su parte, dispone que *"Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."*
- 132.** Desde esta perspectiva, cuando un contrato estatal adolezca de objeto ilícito, es decir, que vaya en contra del derecho público de la nación o se encuentre prohibido expresamente por la ley, será absolutamente nulo por mandato del artículo 1741 del Código Civil, norma aplicable por expresa disposición del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

- 133.** De conformidad con lo previsto por el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta del contrato estatal igualmente se produce cuando se celebra "con abuso o desviación de poder", vicio que se produce cuando se desatienden los mandatos y postulados contenidos en la Ley 80 de 1993 y, en general, los principios que orientan la actuación de las autoridades públicas, consagrados, entre otras disposiciones, en el artículo 209 de la Constitución Política. La desviación de poder, en palabras de la jurisprudencia, se genera *"cuando se está ante la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre de la Administración, en la búsqueda de una finalidad contraria a la establecida en las normas que rigen la materia."*⁹
- 134.** De todo lo anterior se desprende, entonces, que el contrato estatal es nulo cuando (i) está expresamente prohibido por la Constitución o la ley; (ii) cuando exista ilicitud en su objeto por contrariar el derecho público de la Nación; (iii) cuando tenga causa ilícita; (iv) cuando se hayan omitido formalidades o solemnidades expresamente previstas para su validez; (v) cuando haya sido celebrado por un incapaz absoluto o por quien esté incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad contempladas en la Constitución o en la Ley; (vi) Cuando se haya celebrado con abuso o con desviación de poder; (vii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamente; y, (ix) cuando se celebre con desconocimiento de los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o con desconocimiento de la reciprocidad consagrada en el mismo Estatuto.
- 135.** Vistas así las cosas, procede el Tribunal a estudiar la validez del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, de cara a las pretensiones tanto principales como subsidiarias promovidas por CEDELCA.

VI.- Estudio de las pretensiones de la demanda inicial y sus respectivas excepciones.

A. El marco regulatorio de la contratación cuestionada

- 136.** Teniendo en cuenta que el Otrosí cuya validez se impugna se celebró dentro de ese esquema fáctico y bajo el régimen legal de la toma de posesión, procede el Tribunal a analizar someramente el marco regulatorio aludido.
- 137.** Las crisis empresariales en general, como es natural, han existido desde siempre, unidas indisolublemente a la existencia misma de las empresas. Tradicionalmente y durante siglos la solución a esa problemática estuvo representada por la liquidación de las mismas, en la mayoría de los casos a

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2016, expediente 11001-03-26-000-2012-00051-00(44845), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

través del proceso de quiebra, con funestas consecuencias personales y patrimoniales para el deudor, para los acreedores y por contera, con severo impacto social para los trabajadores de ella y, por supuesto, con frecuencia, con las réplicas consecuenciales pertinentes, comúnmente denominadas "efecto dominó".

- 138.** Se trataba, en esencia, de interminables procesos judiciales que a la postre nunca generaban valor y, al contrario, representaban ruina para el empresario deudor y pérdidas de significación para todo su entorno económico.
- 139.** Hace exactamente medio siglo, en 1969, el Decreto 2264 estableció en Colombia el Concordato, mecanismo ideado para lo que hoy se denomina el salvamento de la empresa, a través del cual se buscaba un acuerdo entre deudor y acreedores, orientado a preservar la empresa como unidad económica y fuente generadora de empleo. Ese esquema, a través de sus regulaciones sucesivas, ha resultado en general exitoso para sacar adelante empresas en crisis, en provecho del crédito, como bien social fundamental, del deudor, de sus acreedores y, por supuesto, de sus trabajadores.
- 140.** Las empresas de servicios públicos, como es natural, no están exentas de sufrir crisis y un claro ejemplo de ello es la propia CEDELCA, según lo brevemente reseñado en líneas precedentes, con el agravante de que no pueden ser tratadas como las empresas comerciales corrientes, pues además del ente deudor mismo, de sus acreedores y de sus trabajadores, su existencia y operatividad tienen como objetivo primordial la prestación de un servicio público -esencial en este caso- y, por ende, a todos y cada uno de los usuarios del mismo, con especial protección constitucional.
- 141.** Desde esta perspectiva, el legislador ha considerado de vieja data que ese tipo de empresas requiere también mecanismos de salvamento, incluso con un régimen más rígido que el de las empresas comerciales y por ello, ante sus eventuales crisis, no tienen previstos los acuerdos con sus acreedores, concordatos, reestructuraciones o reorganizaciones, ni liquidaciones ordinarias, sino un régimen legal especialmente de salvamento, actualmente contenido en la Ley 142 de 1994, que estableció mecanismos de protección o subsidiarios de liquidación, consistentes en la toma de posesión para administrar y en la toma de posesión para liquidar; modalidades que, como se verá más adelante, han sido desarrolladas y complementadas tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado y como la de la Corte Constitucional, así como los conceptos de la misma Superintendencia de Servicios Públicos.
- 142.** Dicha ley, en su artículo 121, establece el procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, norma que en sus partes pertinentes señala:

"(...) La Toma de Posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se entenderán hechas a la Superintendencia de Servicios Públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la Comisión de Regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes..."

143. Por su parte, el artículo 123 de la misma ley señala:

"Artículo 123. Nombramiento del liquidador: Procedimiento. La liquidación de las empresas de servicios públicos se hará siempre por una persona que designe o contrate la Superintendencia; el Liquidador dirigirá la actuación bajo su exclusiva responsabilidad, y la terminará en el plazo que señale el Superintendente. El Liquidador tendrá las facultades y deberes que corresponden a los liquidadores de instituciones financieras, en cuanto no se opongan a normas especiales de esta ley".

144. La Toma de Posesión a que alude la normatividad parcialmente transcrita está, a su turno regulada, primeramente, por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, actualmente contenido en el Decreto 663 de 1993, y en lo procedimental, por el Decreto 2555 de 2010, norma que sustituyó al Decreto 2211 de 2004, que fue la que estuvo vigente durante casi todo el tiempo en que CEDELCA estuvo bajo el régimen citado.

145. El artículo 291 del Estatuto Orgánico, modificado con la Ley 510 de 1999 señala, en su artículo 24, los principios que rigen la Toma de Posesión, y dispone, entre otras cosas, que corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de las funciones que le otorga el Numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, señalar la forma como se desarrollará el proceso de

Toma de Posesión y en particular, la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores y, en general, los actos que en desarrollo de la Toma de Posesión se pueden o se deben realizar.

146. En el momento de celebrarse el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación de las Pequeñas Centrales Hidroeléctricas, 16 de julio de 2010, acababa de entrar en vigencia el Decreto 2555 del 15 de julio de 2010, que recogió y reexpidió las normas referentes al sector financiero, cuya Parte 9 incluye los procedimientos de liquidación y por ende, la Toma de Posesión y de Liquidación Forzosa Administrativa de las entidades del sector financiero y asegurador, por consiguiente aplicables, por la remisión arriba señalada, a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

147. Esta norma derogó expresamente la que entonces se encontraba vigente para el efecto, el Decreto 2211 de julio 8 de 2004 y de una somera comparación entre las dos, resalta:

- Decreto 2211 de 2004, artículo 5 y Decreto 2555 de 2010, artículo 9.1.1.2.1.:

"(...) Competencia del Agente Especial. Mientras no se disponga la liquidación, la representación legal de la entidad estará en cabeza del Agente Especial. El Agente Especial podrá actuar como Liquidador.

- Decreto 2211 de 2004, artículo 6 y Decreto 2555 de 2010, artículo 9.1.1.2.2.:

"(...) Artículo 6. Naturaleza de las funciones del Agente Especial. De conformidad con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, los agentes especiales ejercen funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea el caso, de las reglas de derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la Toma de Posesión (...)"

- Decreto 2211 de 2004, artículo 8 y Decreto 2555 de 2010, artículo 9.1.1.2.4.:

"(...) Artículo 8. Funciones del Agente Especial. Corresponde al agente especial la administración general de los negocios de la entidad intervenida. Las actividades del Agente Especial están orientadas por la defensa del interés público, la estabilidad del

sector financiero, y la protección de los acreedores y depositantes de la entidad intervenida. El Agente Especial tendrá las siguientes los siguientes deberes y facultades:

1. Actuar como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social" (...)

Parágrafo. El Agente Especial deberá contar con la autorización previa de la Superintendencia Bancaria (Superintendencia Financiera Colombia, actualmente) para la adopción de las medidas en las que la ley específicamente exige tal autorización (...)".

- 148.** El capítulo 3 de ambos estatutos se refiere a la Junta Asesora del Agente Especial, donde se señalan sus funciones y por parte alguna aparecen autorizaciones de contratación, pero en cambio el parágrafo primero señala:

"Los conceptos de la Junta Asesora no son de obligatorio cumplimiento para el Agente Especial".

- 149.** Por tanto, aunque es claro que el otrosí No. 1 al Contrato de Operación de las Pequeñas Centrales Hidroeléctricas se celebró durante la vigencia del Decreto 2555 de 2010, por cuanto fue publicado en el Diario Oficial No. 47771 del 15 de julio de 2010, un día antes de la suscripción de aquel, cualquier eventual discusión sobre la ley aplicable queda superada ante la identidad absoluta de los dos textos objeto de posible controversia.

- 150.** En este orden de ideas, es claro que la Agente Especial de CEDELCA no estaba obligada a obtener autorizaciones previas o a acatar conceptos de ningún otro órgano para la celebración de un contrato de esta naturaleza (el Otrosí No. 1) y que el mismo se rige por las normas del Derecho Privado. Sobre este particular cabe resaltar que, como antes se señaló, aunque en el régimen de intervención a través de tomas de posesión el agente especial, o en su caso, el liquidador ejercen funciones públicas transitorias, los actos de gestión que desarrollen para la intervenida y en su nombre, están sometidos al régimen de derecho privado y así quedó establecido en la cláusula trigésima tercera del Contrato de Operación, que dispuso:

"Cláusula Trigésima Tercera: Ley aplicable. Este contrato se regirá por las leyes de la República de Colombia, en especial por las Leyes 142 y 143 de 1994 y el Derecho Privado".
(Subrayas fuera del texto original).

- 151.** Tampoco está por demás destacar que en razón de la toma de posesión cesan las funciones de los órganos societarios de administración y dirección y en tal condición, no tienen aplicabilidad las atribuciones de estos previstas en los estatutos sociales que vayan en oposición a los fines de la intervención, pues la representación legal de la intervenida queda radicada en el Agente Especial o en el Liquidador, con plenas atribuciones, sin subordinación jerárquica y sin sujeción a reglamento, contrato o pacto de ninguna naturaleza, salvo lo previsto en los estatutos, en lo que resultare aplicable, que en el caso de CEDELCA no incluye las autorizaciones a obtener por el Representante Legal de su Junta Directiva para celebrar ciertos contratos, en cuanto dicha Junta fue removida por razón de la intervención y, por ende, toda la administración societaria quedó en cabeza de la Agente Especial designada. Desde luego, no se trata de que pueda hacer "lo que le venga en gana", como lo expresó el señor apoderado de la Convocante en la audiencia de alegatos, porque el funcionario está sujeto, por una parte, a los términos precisos de la ley misma que regula las intervenciones y, por la otra, al marco operativo que le han trazado los documentos base de la intervención, esto es, para el caso, la resolución que determinó la medida, la superación de las causas que la originaron y los objetivos que la orientaron, es decir, la realización de *"...los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias"*.
- 152.** Lo anterior queda corroborado, además, por la declaración de la doctora ÁNGELA ROJAS, que en su momento fue la superior jerárquica de la Agente especial de CEDELCA, en su condición de Directora de Entidades Intervenidas en Liquidación, quien manifestó al respecto:

"(...) De acuerdo con las funciones y competencias de la Superintendencia está la de liderar el proceso de solución empresarial para la prestación del servicio de las empresas intervenidas hacerles seguimiento y monitoreo a las actuaciones de los agentes especiales, pero tiene prohibido administrar con el agente especial cualquier tipo de decisión.

Acá también de acuerdo con el artículo 121 de la ley 142 se establece que los procesos de toma de posesión que adelante la Superintendencia de Servicios públicos se regirá en lo pertinente por el estatuto orgánico del sistema financiero y de acuerdo con el estatuto orgánico del sistema financiero, el agente especial es un particular en ejercicio de funciones públicas transitorias quien es el directamente y el único responsable de la administración de la empresa que es objeto de intervención.

El asume las funciones de representante legal y en el caso de Cedelca también se retiraron los miembros de la junta directiva, en ese sentido asume también parte de las funciones de la junta directiva, teniendo en cuenta estas competencias como directora de entidades intervenidas y en liquidación la agente especial de la época María teresa Cabarico, manifestó que estaban en revisión de un otrosí al contrato (...). (Subrayas fuera del texto original)

153. Más adelante y en idéntico sentido, la misma declarante agrega:

"(...) SRA. ROJAS: No tengo en la mano la resolución de la toma de posesión de Cedelca, y si no recuerdo mal cuando uno se toma en posesión una empresa, lo primero que hace es sacaron al gerente, en ese momento se nombró a un agente especial de ejercer las funciones del representante legal, también en esas intervenciones se removía la junta directiva en general y el agente especial de acuerdo con las normas y el estatuto orgánico del sistema financiero, es quien asume todas esas funciones.

Es el único que puede manejar y ordenar todo lo que tenga que ver con la empresa intervenida, la asamblea no operaba básicamente porque en los procesos de intervención se llega a estos procesos por la incapacidad tanto administrativa de la empresa de mantener la prestación del servicio y en ese sentido la asamblea general no tomaba decisiones, sino las tomaba era la agente especial en ese momento (...). (Subrayas fuera del texto original)

154. Posteriormente, y ante una pregunta del Tribunal, concluye la declarante:

"(...) DR. CHALELA: Usted recuerda tanto de físicamente realmente desde el punto de vista jurídico si la agente especial la señora Cabarico era totalmente autónoma para tomar una decisión como la de suscribir el otrosí número 1 o requería permisos, autorizaciones, tramites especiales previos.

SRA. ROJAS: El ejercicio de las funciones de agente especial la norma dice que el agente especial es el encargado de ejercer todas esas funciones y no establece que va a tener algún tipo de requisito adicional (...)".

155. Uno de los argumentos que se ha esgrimido a lo largo del proceso y particularmente, en los alegatos de conclusión por parte del apoderado de

CEDELCA, consiste en que la celebración del Otrosí se habría efectuado sin la aquiescencia o aprobación del Comité de Seguimiento.

Sobre el particular, la misma Directora de Entidades Intervenidas expresó en su declaración:

"(...) DR. MANZANO: Este comité estaba supeditado al levantamiento o mejor dicho estaba su funcionamiento supeditado a la existencia de la toma de posesión o algo pago de las garantías o a qué?

SRA. ROJAS: No, básicamente ese convenio de desempeño se suscribió con el Ministerio de Hacienda del agente especial si no estoy mal quien era más orientado a poder pagar a la Nación, los 17.000 millones de pesos, que era uno de los objetivos también del proceso de solución, honrar a la nación en sus deudas.

DR. MANZANO: Ese comité para claridad funcionaba como una especie de órgano administrativo?

SRA. ROJAS: No, porque como les digo el comité de acuerdo con la ley 142 del estatuto orgánico del sistema financiero el agente especial es autónomo y no admite coadministración si vamos a ver cómo les dije está integrado por funcionarios del gobierno, funcionarios de gobierno que no pueden co-administrar, no era un órgano administrativo ni nada, sino como unos seguimientos al proceso de solución.

DR. MANZANO: Clarísimo y una pregunta final simplemente para una claridad final y le voy a preguntar muy directamente, ese otrosí del que se habla en ese Tribunal para su suscripción tenía que pasar por autorización del comité de seguimiento del convenio de desempeño?

SRA. ROJAS: Yo que recuerde no.

DR. SANABRIA: Perdón nos puede repetir la respuesta.

SRA. ROJAS: Que recuerde no, porque de todas formas como les digo el agente especial era autónomo estábamos haciendo era como un seguimiento del proceso de solución, hasta donde recuerdo no (...)". (Subrayas fuera del texto original)

- 156.** En la misma diligencia de testimonios, el señor apoderado de CEDELCA interrogó a la funcionaria mencionada sobre el contenido del Convenio de Desempeño y al respecto, preguntó:

*"(...) DR. RIVEROS: Clausula segunda del convenio de desempeño numeral sexto y la cláusula lleva por título obligaciones y compromisos de Cedelca S.A
(...)*

DR. SANABRIA: Si quiere se la leemos

DR. RIVEROS: En este tenor doctora "A más tardar los 8 meses siguientes a la fecha del primer desembolso del contrato de... Cedelca S.A. E.S.P. celebrara el contrato de operación PSH si en la ejecución del contrato de operación PSH se requiere efectuar cualquier tipo de modificación al contrato de operación PSH se requerirá previamente el concepto favorable o no objeción del comité de seguimiento, de que trata el presente convenio de desempeño" fui claro o requiere

(...)

DR. RIVEROS: Sexto de la cláusula segunda, empieza en la página 5 de ese documento y termina en la 6

SRA. ROJAS: Es en la página 5 me dice

DR. RIVEROS: Sí empieza a final de la 5 y sigue en la 6. Teniendo en cuenta que usted respondió de la pregunta del señor apoderado de Vatia cuando se le indaga si el otrosí tenía que ser autorizado por el comité de seguimiento y usted responde no que yo recuerde, la lectura de este pasaje le permite refrescar su memoria y ratificarse en esa respuesta o usted entiende... me permite le termino de hacer la pregunta por favor, o usted se ratifica en su respuesta anterior, es decir, se requería o no se requería esa autorización?

SRA. ROJAS: Vuelvo a insistir es en la naturaleza jurídica del convenio de desempeño que era un convenio para hacer seguimiento, a todo esto cuando acá decían que se requería previamente el concepto previo, favorable de no objeción del comité de seguimiento lo que pasa es que ahí lo que veo es que sí hay una imprecisión jurídica y es la siguiente

Porque es que legalmente la Superintendencia no puede coadministrar y estábamos sentados en ese comité de seguimiento, es decir, nosotros no podríamos haber dicho o dar objeciones favorables o no, para firmar contratos ni otrosíes, legalmente y de acuerdo con el estatuto orgánico del sistema

financiero del agente especial, es competente para determinar si hace o no hace un contrato o un otrosí al contrato, eso es lo que puedo decir legalmente

DR. RIVEROS: Quiere decir su entendimiento en lo que nos acaba de expresar... (Interpelado)

SRA. ROJAS: No, usted me está diciendo que lo que dice el convenio es esto, se tenían que pasar por eso, lo que le digo es que legalmente de acuerdo con el secreto orgánico del sistema financiero, la ley 142 que prima sobre cualquier otro tipo de documento que se haya firmado porque son normas de orden público establecen que el único responsable de la administración de una empresa intervenida es el agente especial y que la Superintendencia no puede coadministrar entendiéndose por coadministrar autorizar o no realización de contratos, esa es mi respuesta

DR. RIVEROS: Clarísimo, quiere decir esta respuesta, que en su opinión dada su formación, su conocimiento y su experiencia a la que se ha referido anteriormente esto que le acabo de leer, es un error, una imprecisión, una inadvertencia a qué atribuiría usted

SRA. ROJAS: Simplemente que para hacer un seguimiento se consideró por el Ministerio de Hacienda, incluir ese tipo de cláusula, pero que a la luz ya de una situación legal quien tenía la competencia y demás era el agente especial (...)" (Subrayas fuera del texto original)

- 157.** Así, a todo lo largo de su declaración, la funcionaria de la Superintendencia es reiterativa, tanto en lo general, como en lo particular, en sostener que la normatividad vigente en materia de intervención no permitía coadministración ni injerencia alguna en la gestión de la Agente Especial de la intervenida, para el caso, CEDELCA y que el caso particular de ésta no constituyó una excepción, sobre este punto también manifestó en su declaración:

"DR. CUBEROS: Otra pregunta, hubo algún cuestionamiento dentro de la Superintendencia posterior al retiro de la doctora Cabarico, respecto a la celebración del otrosí o la gestión como se hubiera desarrollado en fin sobre esa actividad que ella desarrolló usted recuerda que hubiera habido cuestionamientos por alguna entidad

SRA. ROJAS: No, ningún cuestionamiento el Ministerio de Hacienda no hizo ningún tipo de cuestionamiento ni el de minas,

ni la Superservicios, no hizo cuestionamientos al proceso de la doctora Cabrera (...)"

- 158.** Resulta indiscutible la autoridad de la señora ROJAS para ilustrar al Tribunal sobre el entendimiento que tenía la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre las facultades e independencia de su funcionario designado para la Intervención y, por ende, sobre la interpretación que dicha entidad daba a la autonomía de la Agente Especial establecida por el artículo 123 de la Ley 142 de 1984 antes transcrita.
- 159.** La cuestión es relevante, también desde una perspectiva conceptual, pues no pueden perderse de vista dos circunstancias: que en un esquema paraconcursal, derivado de la situación de crisis de la intervenida, no son de recibo las normas y procedimientos diseñados para épocas de normalidad y que en el caso de las empresas de servicios públicos, el bien jurídico tutelado no es tanto la empresa misma, ni siquiera sus acreedores -el propio Estado entre ellos-, como la prestación del servicio para los usuarios.
- 160.** Es que los agentes especiales o los liquidadores de este tipo de entidades, cuya función es ya -como último recurso- adoptar soluciones heroicas para las empresas o incluso liquidarlas preservando el servicio para los usuarios, aquellos no pueden quedar condicionados a los requerimientos procedimentales ordinarios de una empresa en marcha, pues lo que se requiere es, en pocas palabras, una "terapia de choque". Es claro que los esquemas societarios corrientes -asamblea, junta directiva, gerente- no habían sido eficientes para sortear la crisis, como tampoco lo fueron las medidas de toma de posesión para administración que estuvieron vigentes en CEDELCA por cerca de seis años. Por tanto, tiene que tenerse en cuenta esa realidad fáctica, y por supuesto, también la finalidad de las normas de intervención aplicables a una empresa de servicios públicos en toma de posesión con fines liquidatorios, que no permiten, por ejemplo, que los procesos de contratación se adelanten en los términos diseñados para tiempos de paz.
- 161.** En este sentido, la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-895 de 2012) ha señalado que existen distintos niveles de intervención para esta clase de empresas, que son: La toma de posesión para administrar, la toma de posesión con fines liquidatorios y la toma de posesión para liquidar, las cuales pueden adelantarse de manera directa o sucesiva o consecucional, dependiendo de la gravedad de la crisis que aquellas estén afrontando. Debe tenerse presente que, para el caso que ocupa la atención del Tribunal, CEDELCA ya había transitado infructuosamente el primer estadio y se encontraba en el segundo cuando suscribió el Otrosí objeto de controversia, precisamente para poder retornar a la normalidad.

B. El Agente Especial.

162. La figura del Agente Especial, su naturaleza jurídica, la capacidad de la que goza y el alcance de sus facultades se enmarcan dentro del procedimiento de la Toma de Posesión consagrado en la ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos domiciliarios. Es por lo tanto importante, antes de abordar el régimen de sus facultades y capacidad, precisar algunos aspectos de la Toma de Posesión de empresas adicionales a los ya esbozados por el Tribunal solo que ahora especialmente referidos a la delimitación de las competencias con las que cuentan las personas y entidades que intervienen en una toma de posesión, incluyendo especialmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para intervenir de esta manera y al Agente Especial.

C. La Toma de Posesión y el Agente Especial.

163. En el régimen vigente de los servicios públicos domiciliarios (en adelante, SPD) la Corte Constitucional ha explicado que rige una "libertad regulada". En efecto, si bien la prestación de los SPD se da dentro de un libre mercado en el que pueden participar los particulares, en competencia también con empresas estatales (art. 15 de la Ley 142 de 1994), el de los servicios públicos domiciliarios es un sector sujeto a especial regulación e intervención Estatal por estar así previsto constitucionalmente. En efecto, dada la importancia que tienen los SPD para el cumplimiento de los fines y principios del Estado Social de Derecho, decidió el constituyente consagrar la intervención estatal en este ámbito:

"Debido a la importancia de los servicios públicos para el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado y el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, el constituyente le impuso la obligación de asegurar la prestación eficiente de tales servicios, en favor de todos los habitantes en el territorio nacional.

*Ello ha implicado que en lo que se refiere a los servicios públicos no sólo exista una **mayor intervención estatal para regular múltiples aspectos**, aún en eventos en que sean los particulares quienes los presten, sino que también se haya **establecido un régimen especial, incluso en materia tributaria, con el fin de asegurar el cumplimiento de su función social.***

(...)

Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el ámbito de libertad de la que disponen los particulares

*para prestar los servicios públicos, los límites que deben observar en desarrollo de esta actividad y las obligaciones a los que se encuentran sujetos. Este régimen de libertad regulada implica una amplia intervención del Estado que abarca incluso la fijación de las fórmulas con base en las cuales las empresas establecerán las respectivas tarifas, así como establecer mecanismos que garanticen condiciones eficientes de competencia. Por ello, el legislador ha previsto que los servicios públicos domiciliarios se encuentren sujetos a regímenes regulatorios por medio de los cuales se garantice el cumplimiento de los fines sociales que les son inherentes, de acuerdo con las características cambiantes del escenario económico en el cual se prestan. **Una de esas medidas de intervención, orientada al cumplimiento de los fines sociales propios de los servicios públicos domiciliarios, es la toma de posesión prevista en la Ley 142 de 1994.**¹⁰*

- 164.** Dentro de estas facultades de intervención, que se encuentran repartidas entre diversos agentes sociales y políticos y se materializan de diversas maneras (regulación tarifaria de las comisiones de regulación, por ejemplo) el artículo 370 de la Constitución establece que le "*corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y **ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.***" (subraya del Tribunal)
- 165.** Retomando lo anteriormente explicado, si bien se reconoce un espectro de libertad al agente prestador de SPD y se garantiza la libertad de entrada y de mercado a las diferentes empresas, el Estado, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se reserva el "*control*", "*vigilancia*" e "*inspección*" de la prestación de los SPD. Y, precisamente, una de las formas de materialización de la facultad de intervención es a través de la toma de posesión de las empresas prestadoras de servicios públicos, asignada por constitución y ley al Presidente de la República por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD).
- 166.** Fue la Ley 142 de 1994 la que desarrolló los preceptos constitucionales brevemente reseñados y en donde se dispuso que la SSPD puede, en caso de que las empresas incumplan o estén en riesgo de incumplir con la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, tomar posesión de las mismas para solventar las circunstancias que ponen en riesgo la prestación del servicio o, de llegar a ser necesario y en último caso,

¹⁰ Corte Constitucional. C-895 de 2012. M.P: María Victoria Calle Correa.

liquidarlas. Establece el artículo 58 de la Ley 142 de 1998 que *"cuando quienes prestan servicios públicos incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella"*, podrá la SSPD tomar posesión de la empresa, siempre y cuando se cumplan tanto las causales legales como el procedimiento establecido para ello (art. 59 y art. 121 de la Ley 142 de 1992). Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

"La toma de posesión es una medida de intervención extrema en la que la Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en la que se encuentre la empresa.

Esta medida de carácter preventivo y la posibilidad de aplicación surge cuando quienes prestan los servicios públicos incumplen de manera reiterada los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por al Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan".¹¹

- 167.** La Corte Constitucional en la sentencia citada señala que la Superintendencia de Servicios Públicos *'toma la administración de un prestador de servicios'*, frente a lo cual conviene señalar que dicho acto se concreta según las voces del artículo 58 de la Ley 142 de 1994 mediante *"la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupar"*, que constituye una manifestación del poder de imperio del Estado ejercido en el ámbito de la vigilancia y control de los especialmente protegidos servicios públicos domiciliarios.
- 168.** La SSPD al tomar posesión de una empresa de servicios públicos, mediante la separación de sus administradores, puede subsiguientemente celebrar un contrato de fiducia para que una entidad fiduciaria ejerza directamente la administración de la intervenida (numeral 1º. Artículo 60 Ley 142 de 1994) o designar o contratar a una persona *"a la cual se le encargue la administración"* (parágrafo artículo 60 Ley 142 de 1994).
- 169.** En ese contexto de la entrega de la administración a una entidad fiduciaria o a una persona designada o contratada, como consecuencia de la Toma de Posesión, existe una intervención directa de la SSPD **únicamente referida a facultades de designación y vigilancia**, pues el administrador — contratado o nombrado por la SSPD— es quien tendrá todas las potestades de gerencia y representación legal, dentro de un campo de autonomía. De esta manera también ha entendido la propia Superintendencia el rol del

¹¹ Ibid.

administrador escogido para la empresas intervenidas, pues en conceptos emitidos por el propio ente de vigilancia, la entidad da aplicación al párrafo 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, relativo a las funciones de la SSPD, para indicar que la prohibición de exigir que actos o contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se sometan a aprobaciones previas de la propia superintendencia, aplica a las intervenidas.

- 170.** En primer lugar, como se ha explicado, el artículo 58 de la Ley 142 de 1994 establece que bajo el cumplimiento de los supuestos legales para ello podrá la SSPD *"ordenar la separación de los gerentes o miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan"*, tomando la medida preventiva de Toma de Posesión. Precisamente, como consecuencia de dicha orden -expedida mediante acto administrativo-, surgen los efectos del artículo 60 de la Ley 142 de 1994 (modificado por la Ley 689 de 2001, artículo 8º):

*"Artículo 60. (modificado por la Ley 689 de 2001, artículo 8º).
Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión se producirán los siguientes efectos:*

1. El Superintendente al tomar posesión podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

2. Cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancia imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida. Si transcurrido en ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa.

3. Si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la Comisión de Regulación respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente nominal del capital social, la cual se hará sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de los acreedores.

Parágrafo: El Superintendente, al tomar posesión, podrá designar o contratar a una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa en forma temporal."(subraya por fuera del texto).

171. Entonces, luego de la orden de toma de posesión, se encuentran consagradas legalmente varias potestades del Superintendente que, según las circunstancias de la empresa intervenida, adoptará.
172. En efecto, el Superintendente, una vez efectuada la toma de posesión, puede entregar la administración de la empresa intervenida, ya sea mediante la celebración de un contrato de fiducia para encargarle a ésta la "administración" (art. 60 inc. 1 Ley 142 de 1994) o mediante la designación o contratación de una persona a quien también se le podrá encargar la administración temporal de la empresa (parágrafo, art. 60, Ley 142 de 1994).
173. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el concepto que a continuación se transcribe, ha explicado la autonomía con que entrega la administración al tercero designado o contratado para tal efecto, para lo cual se apoya en el antes mencionado parágrafo del artículo 79¹² de la Ley 142:

"1. Sobre los actos y contratos que realicen las prestadoras que se encuentren intervenidas por esta Superintendencia, también recae la prohibición señalada en el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994. En estos casos no es relevante que la designación del agente especial la haya realizado la Superservicios, toda vez que de acuerdo con lo señalado en el EOSF y sus decretos reglamentarios, los agentes especiales son autónomos en el cumplimiento de sus funciones y esta Entidad sólo realiza una labor de seguimiento y monitoreo a la gestión del agente especial, sin que ello pueda entenderse como una coadministración. Lo anterior sin perjuicio de la inspección, vigilancia y control que realice la Superintendencia Delegada que corresponda."¹³ (énfasis y subraya del Tribunal).

174. A su vez, la Corte Constitucional en la C-895 de 2012 señala:

"Respecto a las consecuencias o efectos de la posesión de una empresa de servicios públicos, la Ley 142 de 1994, señala varias facultades de la Superintendencia de Servicios Público al

¹² "Artículo 79. Modificado por la Ley 689 de 2001, artículo 13. Funciones de la Superintendencia (...)

Parágrafo 1º. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite" (énfasis del tribunal)

¹³ Concepto No. 537 de 2016 de la SSPD. Consultado el 22 de agosto de 2019 en: <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>

*momento de toma de posesión, entre las que se encuentran: **designar** un administrador temporal de la empresa, definir un plazo para que la empresa supere los problemas, y nombrar un liquidador cuando fracase el proceso de corrección. La Superintendencia adopta estas medidas para garantizar la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en términos de calidad, transparencia y oportunidad, y dicta **los actos administrativos correspondientes para corregir las violaciones contra la ley y los actos administrativos que regulan la actividad del referido servicio.**"*

- 175.** Y en otra oportunidad, en un caso de una Acción de Tutela en el cual se impugnó una decisión de un juez ejecutivo por emitir un mandamiento de pago en contra de una empresa prestadora de servicios públicos, que se encontraba tomada en posesión, dijo la Corte Constitucional:

*"(...) el régimen legal aplicable en procesos de toma de posesión establece un procedimiento específico que, entre otras cosas, señala con claridad la suspensión de todos los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase, siendo necesario la remisión de los mismos al agente especial que representa a la Superintendencia de Servicios Públicos. Así, si un funcionario judicial que tiene a su cargo la decisión de un proceso ejecutivo en contra de una empresa prestadora de servicios públicos decide continuar su actuación, a pesar de conocer de la resolución que decreta la toma de posesión de tal entidad, **incurre en una clara vía de hecho por defecto orgánico, pues, tal y como se ha señalado, en dicho proceso es necesario remitir todos los procesos de ejecución ante el agente especial de la entidad de control competente, para que sobre la base del conocimiento detallado de la situación financiera de la empresa intervenida tome las decisiones que más le convengan a los acreedores en general y garantice, en la medida de lo posible, la continuidad en la prestación de un servicio público determinado**"¹⁴ (énfasis por fuera del texto).*

- 176.** En síntesis, la Toma de Posesión es una medida de intervención del Estado, una de las más extremas en el régimen de SPD, por medio de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede tomar la decisión de remover a los administradores de una empresa prestadora de servicios públicos para garantizar la continuidad del servicio público domiciliario y su calidad, dada la deficiente prestación y gestión de la empresa vigilada. Una

¹⁴ Corte Constitucional. T-593 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

vez ordenada la Toma de Posesión y removida la administración de la ESP por el Superintendente, este adquiere diversas facultades (art. 60 de la Ley 142 de 1994) dentro de las cuales se encuentran la de *nombramiento* o *designación* de un tercero (sea una fiducia o una persona) que se encargue de la administración de la empresa y lo hace, sin someterse a aprobaciones previas de la superintendencia, pues la veda a ese tipo de aprobaciones por parte de la entidad se extiende a las empresas sometidas a toma de posesión cuya administración es entregada a un tercero. En efecto, el artículo 79 párrafo primero de la Ley 142 establece una prohibición general, pues en "*ningún caso*" podrán requerirse las mencionadas autorizaciones previas de la superintendencia. En ese sentido, la autonomía del Agente Especial, al menos frente a la Superintendencia, queda esclarecida.

- 177.** Entonces, la decisión de ordenar la toma de posesión es un acto administrativo ("*acto administrativo que orden[a]*" a voces del art. 121 de la Ley 142 de 1994), y como tal tiene efectos jurídicos, pudiéndose el mismo impugnar bajo causales como falsa motivación o falta de competencia o cualquiera de las otras que prevé la ley. Pero, una vez designado un Agente Especial, este obra como representante legal de la ESP respectiva, en el marco de la capacidad estatutaria atribuida a "*los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa*" que fueron objeto de separación (artículo 58 de la Ley 142 de 1994), para buscar los cometidos de la intervención que están definidos en la ley y en el acto de toma de posesión.
- 178.** La toma de posesión como mecanismo de intervención puede implicar la separación o el relevo de funciones de los administradores del prestador de servicios públicos domiciliarios intervenido. La administración de la empresa, en ese caso, le es encargada a una entidad fiduciaria o a una persona designada o contratada para tal efecto, quien se somete al régimen legal que desde los estatutos le otorga la capacidad para actuar y comprometer a la sociedad, pero con sujeción a los fines específicos de la intervención, los cuales están definidos de manera general en la ley y concretamente en el acto administrativo que ordena la toma de posesión.
- 179.** El Agente Especial debe orientar entonces su actuación al cumplimiento del fin para el cual es designado por el Superintendente, el cual dependerá de la modalidad de toma de posesión escogida por la SSPD. Dentro del régimen de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios se distinguen tres modalidades —que pueden o no ser consecutivas— las cuales definen diferentes finalidades. La jurisprudencia del Consejo de Estado señala que existen dos modalidades, mientras que la Corte Constitucional y la SSPD son claros en señalar que son tres las modalidades de la toma de posesión. Explica la Corte Constitucional:

“La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59,60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes.”¹⁵

- 180.** Son entonces tres modalidades diferentes mediante las que se puede adoptar la Toma de Posesión¹⁶ de una empresa, dándosele en cada una de estas un matiz diferente a la labor de administración que debe llevar a cabo el Agente Especial. La pregunta sobre el fin del trabajo gerencial que lleva a cabo el Agente Especial, el **qué** de su labor, se define en el acto de toma de posesión de la ESP o en el que se ordena la intervención, en donde se deberá establecer la modalidad respectiva, si bien (i) *para administrar* la empresa, cuando la precaria situación de la prestadora de servicios públicos sea por razones imputables a los administradores o accionistas; o bien (ii) *con fines de liquidación o administración temporal*, cuando la situación que origina la intervención se derive de causas estructurales que afectan a la empresa pero la SSPD busque coordinar y liderar soluciones a largo plazo para garantizar una prestación del servicio público continua por la empresa, sin liquidarla, sino buscando soluciones que permita reestructurar la compañía y al mismo tiempo no interrumpir la prestación de servicio público¹⁷, o bien, por último, (iii) *para liquidación*, cuando las causales de la intervención no pueden ser definitivamente superadas y se torna imposible continuar con la prestación del servicio público a través de la empresa, por lo que ésta deberá disolverse y cesar en su objeto social, y se buscará, esta vez por un liquidador (art. 123 de la Ley 142 de 1994), preservar los activos de la empresa y la prenda general de los acreedores en el pago de las obligaciones pendientes.

¹⁵ Corte Constitucional, C-895 de 2012.

¹⁶ Circular externa No. 20161000000034 del 14 de junio de 2016, y Concepto Unificado No. 30 de 2013.

¹⁷ Ibid. Circular Externa.

181. Ahora bien, la manera como el Agente Especial lleva a cabo estas finalidades se encuentra establecida en el marco legal que se ocupa de sus facultades y establecen su naturaleza. En realidad, la figura del Agente Especial y las reglas a él aplicables no se encuentran establecidos en la Ley 142 de 1994, pues es por vía de la remisión hecha en el artículo 121 de la Ley 142 que se completa la regulación aplicable al respecto. Establece dicho artículo 121 de la Ley 142 de 1994 que *"se aplicarán en estos casos, y **en cuanto sean pertinentes**, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras"* (resaltado fuera de texto).

182. A partir de la remisión citada, es en el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante E.O.S.F) en donde se encuentra la escasa normativa que existe al respecto, particularmente en relación con el Agente Especial. Este artículo establece, en lo relevante:

*"Artículo 291. Modificado por la Ley 510 de 1999, artículo 24.
Principios que rigen la toma de posesión*

(...)

6. Los agentes especiales desarrollarán las actividades que les sean conferidas bajo su inmediata responsabilidad.

(...)

8. Los agentes especiales ejercerán funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas de derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión.

(...)

20. Las medidas que se adopten tomarán en cuenta la necesidad de proteger los activos de la entidad y evitar su pérdida de valor."

183. Cada uno de estos numerales citados hace referencia a un aspecto del Agente Especial que tanto la jurisprudencia como la doctrina desarrollada por la SSPD, a través de sus conceptos, se han ocupado de analizar y ampliar dada la escueta regulación. En el primero de ellos, señalado en el numeral 6 del artículo citado, se establece la plena autonomía del Agente Especial en el cumplimiento de sus funciones pues es, *"bajo su inmediata responsabilidad"* que este desarrolla la labor encomendada, sin ninguna estructura funcional o jerárquica que condicione su actuar o pueda ejercer

funciones de 'aprobación' o 'no objeción', lo cual concuerda con la visión funcional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a cuya vigilancia y control escapa, por expresa disposición del párrafo primero del artículo 79, la posibilidad de emitir aprobaciones previas para las actuaciones de los vigilados.

- 184.** En este sentido, es claro, contrariamente a lo señalado por la Convocante, que no existe una coadministración del Agente Especial con ningún otro órgano público o privado, ni siquiera la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Se reitera, en desarrollo de esta norma legal y el párrafo primero del ya comentado artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la propia Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios señaló enfáticamente que:

*"(...) El Agente Especial (...) no se reputa **para ningún efecto como funcionario de la Superintendencia o de al empresa intervenida.***

En todo caso, tiene la función de liderar y coordinar la estructuración y puesta en marcha de la solución empresarial e institucional sostenible que garantice en el largo plazo la prestación del servicio a cargo de la empresa objeto de intervención, ello en cumplimiento de lo dispuesto de los artículos 2 y 365 de la Constitución Política.

*En ese orden de ideas, a través de la Dirección de Entidades Intervenidas y en Liquidación, ejerce las **funciones de seguimiento y monitoreo** de los Agentes Especiales y Liquidadores, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 990 de 2002, mediante reuniones de monitoreo, visitas e instructivos escritos o verbales. **De igual forma apoya la coordinación de los procesos de solución empresarial e institucional, sin que puede considerarse como una coadministración o responsabilidad en la administración interna en la empresa objeto de toma de posesión**¹⁸.
(énfasis por fuera del texto).*

- 185.** En segundo lugar, el numeral 8 del artículo 291 ha sido interpretado por la SSPD, en conceptos que hacen doctrina, como la norma que estatuye las dos facetas del Agente Especial. En una primera calidad, ejerce "*funciones públicas transitorias*", como quiera que cumple un cometido estatal que corresponde a la protección de los servicios públicos domiciliarios. La segunda, en la que se encuentra regido por "*las reglas de derecho privado*", acorde con las cuales se reviste de capacidad jurídica para ejercer derechos

¹⁸ Cfr. Concepto Unificador 30 de 2013. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

y adquirir obligaciones, en ejercicio de lo cual deberá, además, respetar los deberes de los administradores y representantes legales (Ley 222 de 1995). Señala la SSPD en reciente concepto:

"Como marco general de la respuesta que aquí se brindará, consideramos necesario señalar que a los procesos de toma de posesión iniciados por esta Superintendencia, les resultan aplicable (sic), a voces del quinto inciso del artículo 121 de la Ley 142 de 1994 "... las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras.

*Dado lo anterior, y en relación con sus inquietudes, debe recordarse, en primer lugar, que conforme a lo dispuesto en el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, el agente especial en un proceso de toma de posesión, actúa en tanto **calidad de administrador de la empresa intervenida en el marco de las normas que resulten aplicables a ésta,** como en calidad de persona con funciones públicas de carácter transitorio, en el marco del encargo que le haya sido diferido por su nominador.*

*En la primera de sus facetas, el agente especial debe hacerse cargo, asumiendo su responsabilidad en ello, de la gestión de los negocios, obligaciones y derechos de la empresa cuyos negocios administra, actuando de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, velando porque sus actuaciones propendan por el interés de la sociedad, y no por el suyo propio. Dada su calidad de administrador, se consideran deberes del agente especial, además de los dispuestos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los indicados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995*¹⁹.

- 186.** Tal y como se ha señalado en otros apartes de este laudo (ver numerales 147 a 149) y reiterando la idea expuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en tanto que el Agente Especial tiene la naturaleza de persona que ejerce funciones públicas transitorias pero, principalmente, la de representante legal y administrador de la compañía (y, por lo tanto, se le aplican las normas que le siguen a dicha naturaleza)

¹⁹ Cfr. Concepto 725 del 3 de Octubre de 2018, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

establece el Decreto 2555 de 2010 aplicable para la fecha de celebración del Otrosí No.1 (que derogó el Decreto 2211 de 2004²⁰):

“Artículo 9.1.1.2.4 Funciones del agente especial.

(...) El agente especial tendrá los siguientes deberes y facultades:

1. Actuar como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.

(...)

12. Las demás derivadas de su carácter de administrador y representante legal de la entidad”.

187. Tanto la norma vigente en un inicio y durante buena parte de la intervención, como la que la derogó y es aplicable al Otrosí No. 1, establecen en términos idénticos la facultad del Agente Especial para ejercer la representación legal de la intervenida, en este caso, la empresa de servicios públicos CEDELCA.

188. Y, aunque el punto acerca de la naturaleza del Agente Especial como un Representante Legal esté suficientemente claro y asentado, vale la pena traer a colación una jurisprudencia del Consejo de Estado que lo considera en el sentido que se viene exponiendo, subrayando además, la autonomía en sus funciones que deben apegarse a los estatutos y a la ley (pero a nada más):

*“Por último, la toma de decisiones por parte de los agentes especiales, **debe estar enmarcada en la observancia de la ley, los reglamentos y el estado de la técnica.** Así pues, el representante legal debe cumplir con los deberes propios de un administrador, en concordancia con las causales y los fines de la intervención, y sus actuaciones deben*

20 Este a su vez establecía: “Artículo 5°. Competencia del agente especial. Mientras no se disponga la liquidación, la representación legal de la entidad estará en cabeza del Agente Especial. El Agente Especial podrá actuar como liquidador”.

(...)

Artículo 8°. Funciones del Agente Especial. Corresponde al agente especial la administración general de los negocios de la entidad intervenida. Las actividades del Agente Especial están orientadas por la defensa del interés público, la estabilidad del sector financiero, y la protección de los acreedores y depositantes de la entidad intervenida. El Agente Especial tendrá los siguientes deberes y facultades:

1. Actuar como Representante Legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.” (énfasis del Tribunal).

propender por el interés de la empresa y la protección de la finalidad que esta cumple en la sociedad como prestadora de servicios públicos, especialmente la de garantizar a sus usuarios la prestación efectiva del servicio que se trate.”²¹ (énfasis propio).

189. Finalmente, entonces, se desprende que las facultades del agente especial en ejercicio de la toma de posesión de una empresa de servicios públicos domiciliarios se circunscriben a aquellas propias de un representante legal o administrador, tendientes a desarrollar el objeto social de la misma y, por supuesto, encaminados a los fines de la intervención y a la protección del interés público. Dichas facultades encuentran su regulación en las disposiciones del régimen de servicios públicos (Ley 142 de 1994), las normas aplicables propias de las entidades financieras (EOSF) y, en lo compatible, los estatutos de la empresa intervenida.

190. De lo anterior queda claro, además, que el alcance de la capacidad del Agente Especial como representante legal de una ESP intervenida, está anclada solo a la fuente original de las facultades de representación de las personas jurídicas, particularmente a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen legal. Si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios, tienen consagrado un régimen específico atinente a ciertas particularidades de su conformación, funcionamiento, disolución, etc., también es claro que en lo demás les son aplicables las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, según lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 19 de la citada Ley 142 de 1994. De acuerdo con ello, las facultades del representante legal se entienden plenas, dentro del objeto social, salvo estipulaciones que las limiten y *“las limitaciones o restricciones (...) que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”* (artículo 96 Código de Comercio).

D. El Agente Especial de CEDELCA.

191. La Toma de Posesión de la Empresa CEDELCA, según obra en el expediente, pasó por varias modalidades y fines. En relación con el tema que ocupa este apartado del Laudo, más allá de los antecedentes de la empresa y las causales de toma de posesión —que no son objeto de debate alguno— es pertinente reseñar las modalidades y disposiciones de los actos administrativos que ordenaron la toma de posesión para efectos de determinar, ya concretamente en el caso de CEDELCA, la labor y funciones encomendadas a su Agente Especial.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Rad. 85001-23-33-000-2015-00014-01(0452-16). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. 31 de enero de 2018.

- 192.** La primera decisión al respecto se dio el 20 de diciembre de 1999 mediante la Resolución 9925 del 20 de diciembre de 1999 la SSPD resolvió, "*con el objeto de administrar*" ordenar la toma de posesión de CEDELCA y designó a un funcionario comisionado para que ejerciera las funciones de "*representante legal del intervenido durante el término*" establecido. A su vez, ordenó "*la separación definitiva del cargo de Gerente*" a quien para el momento ocupaba el cargo y la remoción de "*los miembros de la Junta Directiva de dicho prestador*"²². Con la remoción de los miembros de Junta, la administración de la sociedad quedaba integrada en cabeza del Agente Especial, por lo que cualquier autorización que fuere necesario obtener de ese órgano (la Junta) por el representante legal (artículos 46 y 51 de los Estatutos), se subsumía en la decisión que fuere adoptada por la propia Agente Especial, sobre quien recaían todas las facultades de administrar.
- 193.** Seis años después, el 13 de julio de 2005, por medio de la Resolución No. SSPD-20051300013845 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tomó la decisión de modificar la modalidad de toma de posesión a *finis liquidatorios (administración temporal*, como la identifica la Corte Constitucional en el aparte citado anteriormente de la C-895 de 2012) al haberse "*identificado las medidas y acciones necesarias para superar las causas que dieron origen a la toma de posesión de CEDELCA, las cuales permitirían dar viabilidad a la entidad asegurando la calidad y continuidad del servicio de energía eléctrica*"²³. La culminación de este proceso sería el Plan de Salvamento que dio origen el Contrato de Operación.
- 194.** Vale resaltar que en esta decisión no estableció ninguna disposición adicional en relación con el Agente Especial —salvo, claro, la finalidad de su labor, como ya se ha explicado—, aunque estableció la evaluación mensual de las actividades ordenadas por la resolución (artículo segundo) y el plazo de ocho (8) meses para cumplirse lo allí consignado (Artículo Segundo, párrafo). Esta Resolución fue varias veces ampliada (y en vigencia de la misma fue que se celebró el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación).
- 195.** Finalmente, a través de la Resolución No. SSPD-20101300025855 del 28 de julio de 2010²⁴, la SSPD ordenó levantar la medida de toma de posesión con fines liquidatorios al encontrarse superadas las causales que dieron lugar a la intervención de la entidad, y resolvió comunicar a la Agente Especial MARIA TERESA CABARICO, que desde la vigencia de la resolución ejercería las funciones de gerente general de CEDELCA hasta que se hiciera un nuevo nombramiento.
- 196.** De lo anterior, es relevante señalar que al haber sido retirados de su cargo los funcionarios y órganos encargados de la administración de CEDELCA, y

²² Cfr. Carpeta 15536. MM. DVD Pruebas No. 1 Resoluciones de Cedelca (8).

²³ Ibid.

²⁴ Cfr. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 43 y ss.

al encontrarse el agente especial facultado -legalmente- para ejercer las funciones de administración y representación legal de la empresa, la autonomía de dicho cargo es predicable respecto de la SSPD (que solo ejerce funciones de seguimiento y vigilancia), pero también como postulado general que reivindica la unicidad de la fuente convencional de las facultades de los administradores sociales, esto es: los estatutos. A ello se ha referido este Tribunal en los numerales 152, 193, entre otros, del presente Laudo Arbitral, y con base en esas consideraciones, no prosperarán las pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS. Resumiendo, en el plano legal y de los actos administrativos de intervención, no existe coadministración en las funciones del Agente Especial. La Agente especial de CEDELCA tiene su capacidad establecida, en tanto es un representante legal, en los estatutos (siempre que sus disposiciones sean compatibles con el régimen de intervención), en la ley y en las resoluciones que señalan los objetivos que se persiguen con la intervención. Éstas son las únicas fuentes que pueden definir su capacidad (sus facultades dentro del objeto social) y que encausan ésta hacia los cometidos específicos (finalidad de la intervención) que como representante legal debe perseguir el Agente Especial.

- 197.** Así las cosas, de acuerdo con la normativa y con la decisión adoptada por la SSPD frente a la toma de posesión, la Agente Especial se encontraba facultada para llevar la administración de la empresa, así como cualquier acto tendiente a desarrollar su objeto social, en la calidad de representante legal, sin la coexistencia de órganos de administración y, por disposición legal, sin aprobaciones previas de la entidad de vigilancia (SSPD) a los cuales debiera sujetar sus funciones. Estas tenían el fin de proteger los propósitos que le asigna la Ley y, concretamente, aquellos señalados en el acto de toma de posesión que definió su labor y fue varias veces prorrogado: la Resolución No. SSPD-20051300013845 del 13 de julio de 2005.
- 198.** Al respecto, y así estén planteadas como subsidiarias, aprovecha el Tribunal el orden lógico de exposición que hasta el momento lleva para resolver acerca de lo solicitado en el SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, independientemente del orden jurídico de le dio la Convocante a sus pretensiones. Este Segundo Grupo de Pretensiones Subsidiarias agrupa aquellas solicitudes referidas a la declaratoria de nulidad absoluta del Otrosí No. 1 por causa ilícita como consecuencia de haberse celebrado el acuerdo modificadorio con desviación de poder en los términos del numeral 3 del artículo 44 de Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 45 de esa misma disposición, al decir de CEDELCA.

- 199.** En relación con esta solicitud, considera este Tribunal que, en asentada regla de litigio, *"le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*²⁵.
- 200.** Para obtener el efecto de nulidad absoluta por causa ilícita en tanto que desviación de poder, la Convocante debía probar precisamente la configuración en el caso concreto de los elementos constitutivos de esta causal, consagrados de manera general en el artículo 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. CEDELCA tenía a su cargo mostrar que la Agente Especial en la celebración del Otrosí No.1 se alejó de los fines que regían su labor (en general, aquellos de la Ley 142 de 1993, y, en específico, aquellos señalados en el acto de toma de posesión).
- 201.** Ha explicado el Consejo de Estado que la desviación de poder, en providencia ya citada, sucede en aquellos casos en los que *"se está ante la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre de la Administración en la **búsqueda de una finalidad contraria a la establecida en las normas que rigen la materia**"*²⁶ (subraya propia)
- 202.** Ahora bien, la finalidad de la normas que regían el actuar de la Agente Especial dentro del marco de la Toma de Posesión se encuentran estructuradas hacia la protección no solo de la empresa, sino, principalmente, del servicio público esencial prestado y su continuidad, que en este caso consiste en el de energía eléctrica. Igualmente, los propósitos que debía proteger la Agente Especial se concretaron a su vez en el acto de toma de posesión que para el momento de celebración del Otrosí No.1 regía, esto es, la Resolución No. SSPD-20051300013845 del 13 de julio de 2005 en donde se estableció:

*"5. Las acciones anteriormente referidas **buscan garantizar la viabilidad de CEDELCA en el largo plazo y asegurar la continuidad y calidad de la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.** Así mismo, la contribución de los Fondos de Capitalización social por acciones, busca implementar un modelo de democratización de la propiedad accionaria que asegure recursos para la **expansión del servicio a los usuarios de menores ingresos** y contribuya a fomentar un esquema de **gobierno democrático de la empresa**"*²⁷ (subraya propia).

25 Artículo 167 del Código General del Proceso.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2016, expediente 11001-03-26-000-2012-00051-00(44845), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

26 Resolución No. SSPD-20051300013845 del 13 de julio de 2005. Carpeta 15536 MM. DVD Cuaderno de Pruebas No. 1 (8).

- 203.** Pues bien, para obtener los efectos que busca la Convocante con sus pretensiones debía ésta probar a cabalidad una *desviación* frente a los fines reseñados. Debía demostrar, entonces, dos aspectos: (i) que el Otrosí No. 1 se celebró buscando una finalidad particular y/o arbitraria de la Agente Especial y (ii) que esto se hizo en contravía o desviándose de la finalidad pública que estaba destinada esta Agente Especial a desarrollar, es decir, que enervó alguno de los fines principales del régimen de intervención (la protección de la prestación del servicio público) concretados en los propósitos específicos citados de la Resolución No. SSPD-20051300013845 del 13 de julio de 2005.
- 204.** Sin embargo, encuentra el Tribunal que el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación trajo solo dos modificaciones, relacionadas con el denominado 'Proyecto desviación Río Vinagre'. Estos cambios se encuentran referidos, primero, a una ampliación del plazo del Contrato de Operación por siete (7) años adicionales (Cláusula Segunda del Otrosí) y un pago anual adicional y fijo de una cuota extraordinaria de cien millones de pesos a CEDELCA a cargo de UTEN y VATIA (Cláusula Tercera del Otrosí No. 1). De estas modificaciones no se desprende, y no existe prueba en el expediente que lleve a pensar lo contrario, que no se cumplieron los fines para los cuales la Agente Especial fue nombrada. Al respecto, es importante resaltar además que no obra en el expediente prueba alguna de una afectación grave en la continuidad y calidad del servicio de energía que dependía de las PCH's de CEDELCA y tampoco se probó una incidencia directa del Otrosí en la viabilidad a largo plazo de la empresa CEDELCA (por el contrario, luego de la celebración del Otrosí fue que se levantó la Toma de Posesión). En este caso, como ya ha dicho el Tribunal, se debe tener en cuenta que una cosa es la satisfacción de las más altas aspiraciones económicas que alguna de las partes pueda tener en torno a la celebración de un negocio jurídico y otra, muy diferente, su legalidad.
- 205.** Al no encontrarse probado el supuesto de hecho de las normas que invoca la Convocante como fundamento a su solicitud, el Tribunal considera que las pretensiones y sus declaraciones agrupadas bajo el Segundo Grupo de Pretensiones Subsidiarias **no proceden** y declarará probada la excepción denominada **4.6. "Ausencia de desviación de Poder"**, y así lo declarará en la parte Resolutiva de este laudo y reiterará este tribunal más adelante en la conclusión de esta sección.

E. Naturaleza del Convenio de Desempeño y CONPES. Principio de relatividad y sistema de fuentes

- 206.** Como se estableció en la primera parte de esta sección, el centro de la argumentación de CEDELCA para pedirle a este Tribunal la aplicación de una de las sanciones al negocio jurídico, consistente o bien en la nulidad o bien en la inoponibilidad del mismo, es la violación del Convenio de Desempeño.

Parte de su argumentación se centra en mostrar las razones para considerar que este fue violado, y otra en mostrar que el susodicho convenio comporta una norma de entidad suficiente para que su vulneración provoque la nulidad o inoponibilidad del acuerdo modificatorio (Otrosí No. 1).

- 207.** Alega CEDELCA, primero, que, en tanto acuerdo de voluntades, el Convenio es "ley" para las Partes (y las obligaciones ahí establecidas vinculan la capacidad del agente), pues este Convenio está "*inobjetablemente ligado*" al Contrato de Operación que suscribieron tanto UTEN como VATIA. Para CEDELCA, dicho Convenio limitaba la capacidad del Agente Especial pues "*sí tiene fuerza de ley para las partes desde el texto mismo del Contrato de Operación, como de manera inobjetable lo tuvo en la ejecución de dicho acuerdo de voluntades*"²⁸. Igualmente señala en sus alegaciones la Convocante que el Convenio de Desempeño es uno de los pactos del art. 108 de la Ley 489 de 1998²⁹ en virtud de los cuales "*SE CONDICIONA (sic) la utilización y ejecución de recursos de entidades descentralizadas y economía mixta, por medio de la determinación y objetivos, programas de acción en los aspectos de organización y funcionamiento (...)*"³⁰. Agrega que parte de estos objetivos fueron determinados en el CONPES 3492. Pasa el Tribunal a valorar el mérito de esta argumentación y luego concluir esta sección.
- 208.** En un primer lugar, en sus alegatos la Convocante CEDELCA reconoce que "*bien hay que admitir, desde la más genuina dimensión de la lealtad procesal, que un Documento CONPES no tiene la condición de una disposición con fuerza material de ley (...) [que] la norma que se reputa desconocida es el artículo 23 de la Ley 222 de 1995*"³¹.
- 209.** Entonces, brevemente, el CONPES 3492 del 8 de Octubre de 2007, que se emitió "*de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2681 de 1993*"³² para dar el concepto favorable del otorgamiento de la garantía de la nación a CEDELCA (con el fin de que esta ESP pudiera obtener un préstamo y poder ejecutar el Plan de Salvamento). En ese sentido, claramente no es un imperativo normativo vinculado a la formación de capacidad del Agente Especial, sino un documento de política pública en el que se sientan las bases financieras para el restablecimiento de la empresa de servicios

²⁸ Alegatos de CEDELCA. p.36.

²⁹ Señala en sus alegatos CEDELCA: "*Al ser claro: i) que el Convenio de Desempeño es un instrumento vinculado expresamente al Contrato de Operación; ii) que VATIA se obligó a asumir las mismas obligaciones de UTEN bajo el Contrato de Operación desde el 29 de agosto de 2008, 2 años antes de la firma del Otrosí No. 1; iii) que los Estatutos Sociales de Cedelca obligan a su representante legal a acatar los convenios de desempeño, se impone la conclusión según la cual el Operador no puede excusar la pretermisión de los Estatutos de CEDELCA y del contenido del Contrato de Operación en la ignorancia de los mismos, que es lo que el cargo formulado en la pretensión primera subsidiaria se refiere*".

³⁰ Alegatos de CEDELCA, p.44.

³¹ Alegatos de Conclusión CEDELCA, p. 35.

³² Conpes 3492, p. 2.

públicos intervenida, con la participación de la garantía de la Nación, de tal manera que las referencias dadas por el documento CONPES a directrices administrativas que se desprenden de las recomendaciones de dicho documento en relación con el Convenio de Desempeño (numeral 3, Sección VII, CONPES 3492 de 2007), solo implican lineamientos administrativos y los deberes surgidos del Convenio de Desempeño, como se verá más adelante, son de índole contractual, sin afectar la fuente de la capacidad jurídica para obligarse y adquirir derechos que se predica de los administradores de la sociedad. Entonces, el CONPES no es un documento vinculante que condicione la capacidad del Agente Especial. En efecto, su objeto, tal como consta en el Decreto 2681 de 1993³³ citado, consiste en la determinación de los criterios generales que deben satisfacer las operaciones de crédito público y las obligaciones de pago para poder obtener una garantía de la Nación además de señalar las condiciones de desempeño de la empresa para poderle entregar dicha garantía.

- 210.** Acierta la Convocada VATIA en señalar que en nuestro ordenamiento un CONPES no tiene fuerza material de ley (como bien lo reconoce la Convocante) y dicho documento de política pública sectorial ni menciona ni condiciona —ni podría hacerlo— la capacidad del Agente Especial de una ESP intervenida. La Oficina de Asesoría Jurídica del DNP, con radicado Nro. 20133200227051 del 19 de marzo de 2013, señaló, en concepto que hace doctrina, lo siguiente:

"Los documentos CONPES carecen de efecto vinculante dado que el CONPES es un organismo colegiado de carácter supraministerial y sin personería jurídica, por lo que sus actuaciones no tienen capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones. En consecuencia los documentos CONPES no pueden clasificarse como actos administrativos puesto que no modifican el ordenamiento jurídico. Para hacerlo, el documento o sus recomendaciones deben adoptarse como decreto"³⁴ (...) "Los documentos CONPES de política no se puede clasificar como actos administrativos porque no modifican el ordenamiento jurídico ni producen efecto jurídico alguno".

- 211.** De esta manera, procede la excepción 4.1.1. "**El Conpes no tiene fuerza material de Ley**" de la contestación de la demanda de VATIA.

³³ Artículo 23. GARANTIA DE LA NACION. Para obtener la garantía de la Nación, las entidades estatales deberán sujetarse a lo establecido en este Decreto y constituir las contragarantías adecuadas, a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

(...). Parágrafo. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará los criterios generales que deben satisfacer las operaciones de crédito público y las obligaciones de pago para obtener la garantía de la Nación y las condiciones en que ésta se otorgará.

³⁴ Citado en Alegatos de VATIA, p. 50.

- 212.** Se tiene entonces que el CONPES se emitió para sustentar la garantía de la Nación a CEDELCA, y su alcance es el de señalar las *obligaciones de pago* y los *compromisos* y condiciones en las que esta garantía se otorga. Pues bien, el Convenio de Desempeño recogió y reguló estos compromisos de pago pues precisamente tuvo su origen en una de las recomendaciones del CONPES, en donde se dijo:

"VII. RECOMENDACIONES

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación recomiendan al CONPES:

(...)

*3. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a CEDELCA S.A E.S.P. que se efectúen las actividades respectivas para la suscripción de un Convenio de Desempeño en el cual se plasmen claramente los compromisos y obligaciones de CEDELCA S.A. E.S.P. que entre otros garanticen la calidad y la continuidad de la prestación del servicio, la viabilidad de CEDELCA y el cumplimiento de sus obligaciones de pago que se deriven de los Créditos que llegue a celebrar hasta por la suma de \$60.000 millones destinados a financiar el pago de las obligaciones laborales y de la deuda que tiene con la Nación, así como el cumplimiento de metas y objetivos plasmados en el presente Documento CONPES*³⁵ *(subraya del Tribunal)*

- 213.** Entonces, desde sus orígenes, el Convenio de Desempeño y el Comité de Seguimiento que se desprendió de él, estuvieron concebidos como un conjunto de estructuras o instrumentos jurídicos -acuerdos de voluntades, creación de órganos de seguimiento y reunión entre otros- para permitirles a los prestamistas de recursos y a las entidades que tenían a cargo su vigilancia de la empresa CEDELCA, hacer un adecuado seguimiento a las actividades de una compañía en dificultades financieras. En este pacto se recogieron los compromisos más importantes que tenía la ESP dentro del proceso de solución empresarial en el que estaba inmersa. Y, en concreto, el Convenio de Desempeño estaba dirigido a garantizar dos fines: la continuidad en la prestación del servicio de energía y el cumplimiento de las obligaciones de pago y los servicios de deuda de la compañía. El Convenio de Desempeño, celebrado el 26 de diciembre de 2007 (por representantes

³⁵ Cfr. Conpes 3492 de 2007. Cuaderno de Pruebas No. 1

del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de CEDELCA) tuvo como objeto lo siguiente:

*"Por medio del presente **CONVENIO DE DESEMPEÑO** se establecen las **obligaciones y compromisos a los cuales debe sujetarse CEDELCA S.A ESP** de conformidad con los estudios, seguimiento y recomendaciones efectuados por la SSPD; para superar las causales de toma de posesión y para garantizar la prestación del servicio de electricidad en condiciones de calidad, eficiencia, viabilidad técnica, financiera y operativa en el Departamento del Cauca³⁶".*

- 214.** Mediante el Convenio de Desempeño se establecieron las obligaciones y compromisos necesarios para garantizar la recuperación de una ESP y permitir el repago completo del servicio de deuda. Una de estas obligaciones fue la de buscar, por parte de CEDELCA, el Concepto favorable del Comité de Seguimiento ante cualquier modificación contractual al Contrato de Operación, establecida en la Cláusula Segunda numeral 6 de dicho Convenio³⁷. Es esta estipulación la que, a decir de CEDELCA, condicionaba la capacidad del Agente Especial al momento de la celebración del Otrosí No. 1.
- 215.** Al respecto, valga señalar que fue el mismo pacto el que se ocupó de establecer las consecuencias que traía para CEDELCA el hecho de vulnerar las "*obligaciones y compromisos*" a las que esta ESP debía sujetarse:

"CLÁUSULA CUARTA: INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE DESEMPEÑO Y/O DEL ACUERDO DE PAGO NACIÓN.
*Teniendo en cuenta las condiciones financieras en que es otorgado el ACUERDO DE PAGO NACIÓN, en el evento en que **CEDELCA S.A. ESP** incumpla los compromisos estipulados en el presente **CONVENIO DE DESEMPEÑO**, y/o en el **ACUERDO DE PAGO NACIÓN**, **LA NACIÓN reemplazará de manera automática la tasa de interés pactada en el ACUERDO DE PAGO NACIÓN por la máxima tasa legal permitida**³⁸
(énfasis por fuera del texto).*

³⁶ Cfr. Convenio de Desempeño, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 11 y siguientes.

³⁷ Cfr. Ibid. Cláusula cuyo tenor literal dice: "**CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES Y COMPROMISOS DE CEDELCA S.A. ESP:** (...) 6. A más tardar dentro de los ocho (8) meses siguientes a la fecha del presente desembolso del Contrato de Empréstito, CEDELCA S.A. ESP celebrará el **CONTRATO DE OPERACIÓN PCH'S. Si en la ejecución del CONTRATO DE OPERACIÓN PCH'S se requiere efectuar cualquier tipo de modificación al CONTRATO DE OPERACIÓN PCH'S, se requerirá previamente el concepto favorable o no objeción del Comité de Seguimiento de que trata el presente CONVENIO DE DESEMPEÑO**".

³⁸ Ibid. Folios 15 y ss.

- 216.** Igualmente, el Comité de Seguimiento a cuya aprobación, según la cláusula segunda numeral seis del Convenio, debía sujetarse las aludidas modificaciones al Contrato de Operación dentro del acuerdo entre las partes que representó el Convenio de Desempeño se concibió como un órgano contractual donde tenían asiento los firmantes del susodicho Convenio además de otras entidades interesadas en la recuperación financiera de CEDELCA (como representantes de la Banca). En realidad, a este órgano convencional le fueron asignadas las labores de "seguimiento", de "certificación" semestral del cumplimiento de los compromisos por CEDELCA y de "información" o vigilancia frente a cualquier violación de dicho pacto pero **no** se incluyeron la labores de coadministración de aprobación previa a la administración de CEDELCA:

"CLÁUSULA QUINTA: SEGUIMIENTO. El seguimiento del presente CONVENIO DE DESEMPEÑO, lo efectuará un Comité de Seguimiento, el cual estará integrado por un representante del ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional - Subdirección de Financiamiento Otras Entidades y Saneamiento, un representante de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superintendencia Delegada de Energía y Gas, un representante de BANCOLOMBIA y un representante de LA FINANCIERA ENERGÉTICA NACIONAL - FEN los cuales tendrán voz y voto. También hacen parte del comité al Gerente (sic) de CEDELCA S.A ESP con derecho a voz pero sin voto, un representante del GESTOR con voz pero sin voto y un representante de la fiduciaria CEDELCA con voz pero sin voto y llevará la secretaría de dicho comité. El Comité de Seguimiento expedirá su propio reglamento que deberá tener en cuenta las metas de servicio que se le exigen al Gestor al ser el encargado de prestar el servicio de distribución y comercialización y a los cuales CEDELCA S.A ESP deberá hacerles seguimiento a través de la Interventoría.

PARÁGRAFO: El Comité de Seguimiento certificará semestralmente a partir de la fecha de suscripción del presente CONVENIO DE DESEMPEÑO el cumplimiento de las obligaciones y compromisos del mismo y de los demás documentos y contratos que hacen parte del presente CONVENIO DE DESEMPEÑO, con destino a LA NACIÓN - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional - Subdirección de Administración y Ejecución de la Deuda. En todo caso cuando exista un incumplimiento al CONVENIO DE DESEMPEÑO y/o demás documentos y/o contratos que hacen parte del mismo, el

Comité de Seguimiento deberá informar inmediatamente de este hecho a LA NACIÓN (...)³⁹ (subraya por fuera del texto)⁴⁰

- 217.** Las funciones del Comité y los mecanismos de control y seguimiento a los que se comprometió CEDELCA, dan cuenta del talante jurídico de la obligación de obtener aprobación que se viene comentando, en tanto se resalta que dicho trámite no interviene en la formación de la capacidad del Agente Especial en su calidad de representante legal. Desde luego, no se resta fuerza vinculante a los deberes de CEDELCA bajo el Convenio de Desempeño, pero la transgresión de los mismos deviene en incumplimiento contractual, y como tal no tiene efectos sino entre los contrayentes del contrato incumplido; por otro lado -vale la pena mencionarlo-, las fuentes de la capacidad del representante legal son autónomas e independientes de los compromisos contractuales con terceros. En efecto, como ocurre con los compromisos negativos (*negative covenants*) propios de los acuerdos de crédito o financiamiento, si bien éstos buscan evitar que la sociedad deudora adquiera nuevos compromisos financieros, o enajene o disponga de activos, por ejemplo, tales obligaciones de 'no hacer' no tienen la capacidad de afectar la validez y eficacia de los contratos que se celebren en transgresión de tales obligaciones negativas, sino la de poner en incumplimiento (*default*) del respectivo contrato de empréstito o financiamiento a la sociedad deudora.
- 218.** Igualmente, el Comité de Seguimiento llevó, en su actuación, un sistema de actas en donde se confirma el alcance de las labores que tenía dicho órgano, según como ya consta en la Cláusula Quinta del Convenio de Desempeño citada⁴¹. Específicamente en el Orden del Día se consignaban labores como "*presentación, consideración y aprobación del informe de gestión Fiduciaria Bancolombia*"⁴², "*Presentación, consideración y aprobación de informe de gestión realizado por Cedelca S.A E.S.P*"⁴³ o asuntos relacionados con el pago a terceros de CEDELCA provenientes de una de las subcuentas de la fiducia⁴⁴, entre otros.
- 219.** El alcance de las labores que desempeñaba este órgano, cuya prueba suficiente se encuentra en los documentos citados que obran en el expediente, en todo caso fue confirmado por la testigo ROJAS, quien para el momento era la representante de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en dicho Comité en su calidad de Directora de Entidades Intervenidas y en Liquidación y declaró ante este Tribunal lo siguiente:

³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, f. 15. y ss.

⁴⁰ Cfr. Ibid.

⁴¹ Pruebas Adjuntadas con la Contestación de la Demanda VATIA, 5.1.120. Actas Comité de Seguimiento.

⁴² Ver Acta No. 4, 6, 9, 23 del Comité de Seguimiento en donde se consignan esta labores de forma idéntica.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ver Acta No. 5 del Comité de Seguimiento.

"DR. CUBEROS: Doctora Rojas quisiera preguntar si en el marco del trámite de intervención o más bien el Tribunal ha escuchado algunas declaraciones dentro de las cuales se habla del comité de seguimiento del convenio de desempeño y usted participó de alguna manera en ese comité de seguimiento del convenio de desempeño que se suscribió para efectos de alcanzar los objetivos de la intervención?"

SRA. ROJAS: (...)

Es decir, hay un acuerdo de desempeño ya hay un comité de desempeño, del proceso donde se informaba claramente por parte del agente especial a un delegado del Ministerio de Hacienda, a un delegado del Ministerio de Minas a un delegado de la Superintendencia que en este caso era la directora de entidades intervenidas en liquidación que era yo o la superintendente de servicios públicos.

*Estaba también la fiduciaria que era Bancolombia que había prestado los recursos necesarios para el pago de esas indemnizaciones laborales que eran más o menos, 60.000 millones de pesos o algo más y **la idea era que se pudiera hacer como un seguimiento del proceso con el fin de que se iban cumpliendo los ítems, cierto, con los hitos del proceso y a su vez se pudiera garantizar que con los recursos que por ejemplo les iba a entrar a Cedelca de lo del contrato de operación, que en un tiempo determinado se le pagara al Ministerio de Hacienda, la Nación, los recursos de esos 17.000 millones de pesos***

(...)

Y en ese sentido se apoya todo lo que es el contrato de operación sindical donde también se le hacía como un seguimiento, seguimiento que bajo ninguna circunstancia podía entenderse ni como administración, ni nada por el estilo, porque como bien se los he manifestado ahí están unos funcionarios públicos, que de acuerdo en ejercicio de sus funciones no puede ir a extender funciones que no le corresponden ejercer.

Máxime que por ejemplo en la calidad de la Superintendencia de Servicios Públicos que le está prohibido coadministrar con el agente especial las empresas intervenidas el Ministerio de Hacienda, tampoco tiene poder de coadministración, lo que

*había era un seguimiento al proceso de solución, lo cual valga resaltar que fue un proceso exitoso (...)*⁴⁵

- 220.** Si el Convenio de Desempeño es realmente un acuerdo de voluntades entre las entidades que reunían un interés en la recuperación financiera de CEDELCA (Ministerio de Hacienda y Superintendencia, entre otros), en donde se plasmaron los compromisos de desempeño más relevantes de la compañía, el Comité de Seguimiento proveniente de este pacto ostenta igualmente una naturaleza contractual. Sus labores, como ha quedado plenamente establecido, se restringían al seguimiento y certificación de los compromisos de pago de la empresa, su buen devenir en el proceso de recuperación, al igual que permitía ser un foro de discusión en el que se reunían los principales acreedores de CEDELCA. El incumplimiento de los compromisos ante dichos órganos contractuales de seguimiento, es de índole también contractual y debe surgir del mismo convenio, sin que pueda extenderse a la capacidad del Agente Especial y mucho menos a la fuerza vinculante y eficacia de los demás contratos celebrados por dicho Agente Especial en el marco de la capacidad y sus facultades estatutarias.
- 221.** Su concepto favorable –respecto a cualquiera de los hitos de la administración que llevara a cabo el Agente Especial- no tiene alcance de ley de aplicación general y mucho menos de marco normativo de orden público, como ya ha sido explicado. La previa aprobación del Comité de Seguimiento, en caso de solicitarse y tenerse, tiene efectos únicamente en relación con lo que en las estipulaciones del Convenio de Desempeño se hubiere establecido y cobra relevancia solo entre las partes del susodicho convenio. Es por estas razones que se declararán como procedentes en la parte resolutive las excepciones de la contestación de la demanda de VATIA tituladas **4.4.1. El Comité de Seguimiento no estaba creado para generar autorizaciones de administración de CEDELCA** y **4.4.2. Ausencia de coadministración del Convenio de Desempeño y del Comité de Seguimiento.**
- 222.** Por último, antes de continuar con esta línea de argumentación –acerca de la naturaleza contractual del Convenio de Desempeño - vale referirse a un argumento de la Convocante traído en sus alegaciones. Señala CEDELCA que el artículo 108 de la Ley 489 de 1998 regula la suscripción de los documentos jurídicos que, en su decir, condicionan las actuaciones del Agente Especial en relación con la utilización de los recursos y las políticas a desarrollar. Sin argumentar su incidencia en la capacidad del Agente Especial, alega CEDELCA, luego de citar el susodicho artículo 108, que:

"Por lo tanto y teniendo en cuenta que la ignorancia de la ley no es excusa para su incumplimiento, y que desde el texto

⁴⁵ Testimonio Sra. ROJAS, Audiencia del 11 – 06 -2019, p.4.

mismo del Contrato de Operación se declaró la existencia de un Convenio de Desempeño que vinculaba a CEDELCA, ni el Operador conjunto podían desconocer que la Agente Especial nombrada por la SSPD estaba limitada en su actividad por dicho Convenio de Desempeño y entonces era su deber saber y conocer qué facultades tenía en virtud de dicho Convenio"⁴⁶.

- 223.** Frente a esta argumentación señala el Tribunal que el artículo 108 de la Ley 489 de 1998 dice textualmente :

"Artículo 108. Convenios de desempeño. La Nación y las entidades territoriales podrán condicionar la utilización y ejecución de recursos de sus respectivos presupuestos por parte de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, cuya situación financiera, de conformidad con la correspondiente evaluación por parte de los órganos de control interno, no permita cumplir de manera eficiente y eficaz su objeto propio.

Tales condicionamientos se plasmarán en un convenio de desempeño en el cual se determinarán objetivos, programas de acción en los aspectos de organización y funcionamiento y técnicos para asegurar el restablecimiento de las condiciones para el buen desempeño de la entidad, en función de los objetivos y funciones señalados por el acto de creación."
(Subraya del Tribunal)

- 224.** El artículo 108 de la Ley 489 de 1998 no cambia la naturaleza normativa de dichos Convenios de Desempeño sino, precisamente, en búsqueda de los objetivos señalados en el tenor literal del mismo, insta a que las partes –en desarrollo de su autonomía de voluntad- desplieguen con pactos los efectos y alcances que se requieran para cumplir con el propósito de enmarcar la utilización de recursos con lineamientos que tiendan a asegurar el restablecimiento de la entidad requerida, de manera que se fije con ellos una suerte de derrotero administrativo para que el deber de gestión eficiente tenga un referente objetivo, un norte que seguir, sin que se desvirtúen o modifiquen con ellos las estructura societarias de administración para establecer restricciones en la capacidad ni en la representación de la sociedad, cuya fidelidad al pacto estatutario es de primer orden y las limitaciones que pretendieran introducirse a dicha representación solo pueden tener fuente (origen) en los mismos estatutos. De se modo, los "condicionamientos" para la aplicación de recursos en empresas de servicios públicos domiciliarios intervenidas, introducidas en el respectivo Convenio de Desempeño, no afectan la capacidad de la sociedad,

⁴⁶ Alegatos de CEDELCA, p.44.

sino se erigen como obligación contractual cuyo incumplimiento será sancionado como tal y de acuerdo con lo previsto -si fuere el caso- en el mismo convenio de desempeño para las transgresiones a sus disposiciones. En tanto el otrosí estaba en armonía con la búsqueda de los objetivos fijados desde el documento CONPES, para asegurar el restablecimiento de la entidad y proteger el servicio público, sin que haya quedado demostrado en el trámite que su celebración implicó un detrimento o un obstáculo para alcanzar los objetivos trazados, que como en efecto se cumplieron con la intervención, no podría predicarse desviación del poder por parte del Agente Especial, como pretende señalarlo la parte Convocante, ni por su supuesta falta de capacidad a la cual se ha referido el Tribunal suficientemente.

- 225.** Queda así esbozada de esta manera, por un lado, la naturaleza jurídica del Convenio de desempeño —convención contractual entre entidades— y, por el otro, la naturaleza jurídica del Agente Especial —de representante legal que administra una sociedad (empresa de servicios públicos domiciliarios de tipo societario) autónomamente en cumplimiento del objeto social y los cometidos (fines) de su designación-. De ello, queda señalado que el Agente Especial no requería la autorización del Comité de Seguimiento al Convenio de Desempeño para completar su capacidad para celebrar el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación, en tanto que la capacidad de CEDELCA, y la representación ejercida por el susodicho Agente Especial, no estaría limitada por dicha aprobación, pues la referencia al deber del administrador de cumplir con los convenios y contratos, si bien es una obligación que compromete la responsabilidad del mismo administrador, con las consecuencias legales previstas en el ordenamiento jurídico, no hace parte de la configuración estatutaria de la representación, sus facultades y restricciones.
- 226.** Entonces, lo que pudiera ser una violación al Convenio de Desempeño por falta de obtención de la aprobación o no objeción del Comité de Seguimiento (respecto de lo cual no se pronunciará este Tribunal por encontrarse fuera del objeto de esta Litis), aunque tendría efectos a la luz del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, no tiene la entidad jurídica para afectar las facultades de representación legal y capacidad de CEDELCA para celebrar el Otrosí No. 1, por lo que, con base en esa sola circunstancia no es procedente considerar afectada la validez del negocio jurídico que encierra la celebración del susodicho Otrosí No. 1. En consecuencia, por supuesta falta de capacidad de CEDELCA, ni por considerar que la celebración del Otrosí No. 1 fuere contraria a "normas que comprometen el derecho público de la Nación", pues no lo es como ha quedado explicado, no prosperarán las Pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA Principales encaminadas a obtener una nulidad del susodicho Otrosí No. 1. Ahora bien, en un mismo sentido, sí proceden, por el contrario, las excepciones de la contestación de la demanda de VATIA tituladas **4.3.3. De haber incumplimiento al numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de**

1995, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación y 4.3.5. De haber incumplimiento al numeral 12 del Artículo 51 de los Estatutos Sociales de CEDELCA, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación.

- 227.** Para este Tribunal el Convenio de Desempeño no obra como una limitante de la capacidad de la sociedad ni como una restricción a las facultades del representante legal -Agente Especial- de CEDELCA, por lo que también declarará como no procedente las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA y QUINTA el Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias y las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA y QUINTA del Segundo Grupo de Pretensiones Subsidiarias se declararán como no procedentes. En efecto, la Agente Especial MARÍA TERESA CABARICO tenía plena capacidad para celebrar el Otrosí No. 1 sin estar condicionada al Convenio de Desempeño pues, primero, a éste, en tanto que convención, le es predicable el principio de la relatividad sus efectos y solo puede afectar a quienes prestaron su voluntad para su formación. Y, segundo, la fuente legal de la capacidad de los representantes legales de las sociedades (empresas de servicios públicos domiciliarios de índole societaria) se encuentra atada a los estatutos de la sociedad y otro acuerdo de voluntades no tiene la entidad de condicionar y limitar dicha la capacidad.
- 228.** El Convenio de Desempeño, en tanto que acto convencional o acuerdo de voluntades suscrito entre diferentes entidades, solo puede producir efectos respecto a las partes que prestaron su voluntad para celebrarlo. Por expresa disposición del artículo 1602 del C.C. los negocios jurídicos legalmente celebrados entre las partes efectivamente son "ley" entre ellas; pero estos pactos no pueden vincular a los terceros quien, incluso aún conociéndolos, no han prestado su voluntad para su formación.
- 229.** Explica la doctrina:

"El vigor normativo que el legislador atribuye a los actos jurídicos de los particulares es corolario lógico de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ya que este equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley. En virtud de tal delegación, las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos la de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, cómo estarían si las prestaciones

que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador⁴⁷

- 230.** Es la voluntad la que dota de efectos normativos los negocios jurídicos entre particulares; sin ella el pacto, así sea reputado norma jurídica entre dos contratantes, no puede tener efectos más allá de los negociantes. Si el artículo 1602 establece que *'todo contrato es una ley para los contratantes'* esta expresión no debe tomarse al pie de la letra, tal como si fuera una delegación de la facultad de regulación general que tiene el Legislador. Es, en efecto, una delegación, pues faculta a cualquiera –cumpliendo los requisitos de ley- para crear normas jurídicas referidas a su situación particular y ordenar su vida social mediante los actos dispositivos que considere necesario celebrar. Pero esta facultad de creación de normas jurídicas con los efectos que ello conlleva no puede extenderse a quienes no prestaron su voluntad en el momento de su creación. El teórico del derecho Hans Kelsen ha explicado con claridad, utilizando la metáfora espacial de la jerarquía o pirámide entre normas, la posición que ocupa la norma jurídica del contratos en un sistema jurídico y los efectos de ley que tienen los contratos en un sistema jurídico:

"En derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del Tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas par regular su conducta. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzosa"⁴⁸
(énfasis del Tribunal).

- 231.** En otras palabras, el Convenio de Desempeño, como lo señala **CEDELCA**, sí es ley para las partes firmantes (art. 1602). Pero los efectos 'de ley' que se predicán de las normas jurídicas así creadas no son los de una Ley en tanto declaración general soberana (art. 4 del C.C). El alcance de la expresión 'ley para las partes' precisamente es que lo convenido por ellas podrá ejecutarse tal como si fuera una ley (por un juez) y el legislador las hace jurídicamente eficaces en tanto que podrá *ejecutarse forzosamente* lo allí convenido y dentro de los límites del mismo pacto. Pero la violación de un contrato no acarrea otra consecuencia de ley, o, en otras palabras, ni de nulidad ni de restricción de la capacidad de un representante legal de una sociedad.

⁴⁷ Ospina Fernández y Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. P. 307

⁴⁸ Teoría Pura del Derecho. Hans Kelsen. p.153 y ss.

232. Otra forma de enunciar el limitado alcance que tienen los negocios jurídicos en sus efectos de ley, únicamente entre las partes, es mediante el principio de la relatividad de los negocios jurídicos. Ha explicado con claridad la Corte Suprema de Justicia:

“Una consecuencia obvia de los negocios jurídicos es que una vez se perfeccionan mediante el cumplimiento de los requisitos estructurales y las formalidades legales que le son propias, sus efectos se limitan a quienes los suscriben (...)

En virtud de este postulado, los negocios jurídicos no están llamados a producir consecuencias sino respecto de quienes los celebran, lo que se conoce como el efecto relativo de los contratos o principio de la relatividad de los negocios jurídicos, lo cual emana de la función económica y social de los convenios con relevancia jurídica, cuyo propósito es crear, modificar o extinguir situaciones de la realidad que incumben a los contratantes y adquieren una connotación trascendental para el derecho (...)

Como únicamente las partes contratantes tienen interés en elevar a ley con rango jurídico los hechos de la realidad que son susceptibles de estipulaciones privadas para vincularse jurídicamente por ellas, es ostensible que las obligaciones contraídas y los derechos adquiridos de esta manera no pueden imponerse a terceros, salvo los casos excepcionales previstos por la ley civil: nadie puede resultar comprometido sino en la medida en que lo ha querido. El vigor normativo de los actos y negocios jurídicos, en suma, se circunscribe a las personas que forman parte de la respectiva relación jurídico sustancial, lo que explica la relatividad de su alcance”.⁴⁹

233. El Convenio de Desempeño solo puede tener efectos para quien lo suscribió y prestó su voluntad para ello. Ni VATIA ni UTEN fueron parte del mismo, por lo que cualquier incumplimiento de sus postulados tiene como consecuencia la ejecución forzosa de lo allí pactado y aceptado por las partes; pero no condiciona y limita de ninguna manera las facultades del representante legal de CEDELCA ni la capacidad de ésta al punto de producir efectos en los negocios celebrados con terceros a dicho convenio, como lo son a VATIA o a UTEN. En estos términos la excepción de la Contestación de la Demanda de VATIA **“4.1.4. De haber un incumplimiento al Convenio de Desempeño, éste no tiene la**

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2018. M.P: Ariel Salazar Ramírez. Rad No. 05001-31-03-010-2011-00338-01

virtualidad jurídica de generar la Nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación” se declarará como procedente, al igual que, por las mismas razones, la excepción de la contestación de VATIA **“4.1.2. El Convenio de Desempeño no deriva de una norma con fuerza materia de Ley y por sí mismo tampoco tiene fuerza material de Ley”**. Igualmente, el Tribunal declarará como procedentes las excepciones de VATIA tituladas **“4.4.3. El Convenio de Desempeño no es Vinculante para el Operador, solo para CEDELCA”** y **“4.4.4. El Convenio de Desempeño no es oponible a VATIA S.A ESP”**.

- 234.** Ahora bien, existe otra razón de fondo para negar las pretensiones referidas a la ausencia de capacidad plena del Agente Especial al momento de celebración del Otrosí No. 1, relacionada con las fuentes de la capacidad de los representantes legales de las sociedades. En efecto, tiene toda persona jurídica autonomía patrimonial, y tiene en su haber un conjunto de bienes y derechos mediante los cuales se encuentra destinada a cumplir con los negocios a los que fue destinada en su creación por sus socios. En efecto, estos bienes y negocios solo pueden estar destinados a la finalidad para la cual fue creada, es decir, el objeto social para el cual los socios hicieron sus aportes y destinaron los mismos desde su nacimiento. Dice el Código de Comercio:

"Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. (...)"

- 235.** Es el contrato social el que, al mismo tiempo que da origen a la sociedad, determina los límites de la capacidad que se le dota a la personalidad jurídica de la persona moral. Ahora bien, dentro de los límites del objeto social la capacidad de celebración de negocios de una sociedad es plena y su actuar la vincula directamente a ella, a su patrimonio y a los bienes que se destinan para el desarrollo de su objeto.
- 236.** La proyección de esta capacidad en la vida real y económica de la empresa, la celebración concreta de negocios jurídicos por parte de la persona jurídica, se desarrolla por medio de la figura de representación legal. Es el representante legal de la empresa quien desarrolla la actividad económica de la misma a través de las facultades particulares que tiene para vincular el patrimonio social a los negocios jurídicos que este celebre, cuya capacidad para ello se presumen plenas dentro del objeto social. Establece el Código de Comercio:

*"Artículo 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se **ajustarán a las estipulaciones del contrato social**, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

*Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que **no consten expresamente en el contrato social** inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.” (subraya del Tribunal)*

237. La doctrina societaria, principalmente a partir de este artículo, tiene de vieja data establecido que:

"Es apenas lógicos que el representante pueda hacer todo aquello que puede hacer el representado, mientras no se limiten expresamente sus facultades de representación, como lo advierte el artículo 196 del Código de Comercio y como puede hacerse en el contrato social (...)

De esta manera, pues, el representante o los representantes legales de una sociedad solamente tienen frente a terceros las limitaciones expresamente estipuladas en los estatutos y que hayan sido dotadas de publicidad comercial mediante su correspondiente inscripción en el registro público de comercio; en todo lo demás sus facultades son tan amplias como el objeto social (...)

*Es importante no perder de vista que la representación de la sociedad, como la de cualquier otra persona jurídica, no es meramente convencional sino que es de carácter legal (...) [y los administradores quedan] encargados de la representación legal de la sociedad, que contraen la obligación de llevar a cabo no solo los actos jurídicos determinados sino toda la serie de actos que se relacionen con la administración del patrimonio social; **lo cual no se produce por voluntad del representado mismo, sino por ministerio de la ley**⁵⁰*

238. Reiterando el punto anterior, ha establecido la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-128076 de 2011 una interpretación en el mismo sentido⁵¹. Conviene recordar que CEDELCA S.A. EPS como empresa de

⁵⁰ Gabino Pinzón. Sociedades Comerciales, Vol.1. Teoría General. Quinta Edición. Bogotá: Temis, p. 203 y ss.

⁵¹ Consultado el 13 de Agosto de 2019, ver: <https://www.supersociedades.gov.co/nuestra-entidad/normatividad/normatividad-conceptos-juridicos/31937.pdf>

servicios públicos domiciliarios no es del todo ajena, como se explicó arriba, a las disposiciones del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, como expresamente lo señaló la Ley 142 de 1994 en su artículo 19.15. En relación con la capacidad plena del representante legal salvo limitaciones estatutarias, la superintendencia de sociedades en el citado concepto señaló:

"Así, en primer lugar hay que poner de presente que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º, artículo 110 del Código de Comercio, es enteramente discrecional de los socios o accionistas cualquiera que sea el tipo de sociedad que se trate (sic), determinar en el contrato la forma de administrar los negocios sociales, con la indicación de las atribuciones y facultades de quienes administran y/o representan legalmente la compañía, así como aquellas atribuciones que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, según la regulación legal a que haya lugar en razón del tipo de sociedad.

En el mismo sentido el artículo 196 ibidem reitera que la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios, se ajustarán a las estipulaciones del respectivo contrato, advirtiendo que a falta de estipulación, se entenderá que los representantes podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la misma, en cuyo caso serán oponibles a terceros las limitaciones o restricciones de las facultades, siempre que consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil.

*En esa medida la regla general en materia de atribuciones supone que el representante legal se entiende facultado para celebrar y ejecutar todos los actos y contratos propios del objeto social, esto es que en principio tiene **capacidad plena de disposición y decisión en relación con la administración de sus bienes, mientras que la excepción, es que esa capacidad normal de contratación se encuentra restringida, al estar sometida por ejemplo a la autorización de la asamblea general de accionistas o de la junta directiva, ya sea por la naturaleza de los actos, por su cuantía o, por cualquier otra condición que a bien tengan los contratantes libremente acordar, siempre y cuando esta circunstancia (sic) como fue visto, se contemple de manera expresa en los estatutos sociales dotados de publicidad mediante el registro.***

Por consiguiente, y considerando adicionalmente que el contrato social es ley para las partes y que sus cláusulas son obligatorias desde que no contravengan normas imperativas, se ha de tener por sentado que si los estatutos nada dicen en materia de limitaciones o restricciones a las atribuciones del representante legal, sus facultades serán tan amplias como el objeto social y por ende, ni la junta directiva, ni la asamblea general de accionistas, podrá arrogarse en ese sentido función alguna sin desconocer los estatutos”.

- 239.** La Agente Especial MARÍA TERESA CABARICO, en tanto que le es aplicable el régimen comercial de representación de las sociedades como se explicó en el considerando 183 y ss. de este Laudo, tiene sus facultades de representación ancladas únicamente en el contrato social, conforme al régimen legal. Dentro del objeto social de la ESP CEDELCA, las facultades de representación la Agente Especial se entienden plenas, salvo limitación estatutaria expresa aplicable y compatible, ya está dicho, con el régimen de Toma de Posesión. En este sentido, y ésta podía contratar de la forma que considerara -en un marco de autonomía- siempre y cuando respetara los límites del objeto social de la ESP.
- 240.** Por las razones anteriores, el Tribunal considerará como procedentes en la parte resolutive las excepciones de la Contestación de la Demanda de VATIA tituladas **4.3.1. La Capacidad del Representante Legal de CEDELCA no se limita por el Convenio de Operación** y **4.3.2. El Agente Especial tenía las facultades necesarias para suscribir el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación.** A su vez, proceden por las mismas razones la excepción formulada por UTEN titulada **“CAPACIDAD DE LA REPRESENTANTE LEGAL PARA CONTRATAR”** en su contestación de la demanda.

VII.- Estudio de las pretensiones de la demanda de reconversión y sus respectivas excepciones.

- 241.** Descartada la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial por las razones expuestas en el segmento anterior de este laudo, corresponde al Tribunal estudiar las pretensiones de la reconversión promovida por VATIA, cuyo propósito, según quedó reseñado en el capítulo de antecedentes del litigio, es que se declare que el Otrosí No. 1 al Contrato suscrito entre CEDELCA, VATIA y UTEN es válido y produce plenos efectos entre las partes y que se declare que está vigente, es vinculante y produce todos los efectos jurídicos derivados de su validez; Igualmente, se solicitó que, en caso de declararse nulo, se ordenen las restituciones mutuas previstas en la Ley.
- 242.** CEDELCA se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconversión, toda vez que, en su sentir, desde el punto de vista procesal

no son verdaderas pretensiones sino más bien una defensa que pudo plantearse respecto de las pretensiones de nulidad de la demanda inicial. En todo caso, adujo CEDELCA las razones por las cuales dichas pretensiones no pueden prosperar en razón a que, con apoyo en la demanda inicial, el Otrosí No. 1 de 2010 está afectado de nulidad.

- 243.** La pretensión primera de la demanda de reconvención, persigue que "(...) *se declare que el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA, VATIA y la Unión de Trabajadores de la Industria Energética Nacional -UTEN- el día 16 de julio de 2010, por medio del cual se modificó el Contrato de Operación suscrito entre CEDELCA y UTEN el pasado 27 de agosto de 2008, es VÁLIDO y PRODUCE TODOS LOS EFECTOS jurídicos entre las partes*". Al respecto, en concordancia con las conclusiones expuestas en relación con las pretensiones de la demanda inicial y la validez del negocio jurídico objeto de este proceso arbitral, el Tribunal habrá de acceder a esta súplica de la demanda y, en tal virtud, en la parte resolutive dispondrá que, en efecto, aquél es válido y surte plenos efectos legales.
- 244.** Si bien es cierto la anterior pretensión simplemente pudo haber sido formulada por vía de excepción, no es menos cierto que no existe ningún obstáculo procesal para que ella sea encamine por la vía de una pretensión declarativa, de tal suerte que al no haberse desvirtuado en este proceso la presunción de validez (artículo 1602 del CC) que gravita sobre el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación suscrito entre las partes, se accederá a la pretensión en comento.
- 245.** Las pretensiones de naturaleza declarativa tienen como propósito que el Juez le ponga fin a una situación de incertidumbre jurídica en relación con la existencia o no de un derecho que está siendo discutido entre las partes, de manera que cuando entre ellas ningún debate hay, cualquier declaración sobre el particular carecería de objeto, pero como en este proceso precisamente la validez o invalidez del Otrosí No. 1 fue el eje central de la discusión, resulta procedente acceder a dicha súplica y, consecuentemente, declarar no probadas las excepciones que se propusieron frente a ella.
- 246.** En lo que toca con las demás pretensiones de la reconvención, como quiera que ellas estaban condicionadas a que se declarara la nulidad del otrosí, decisión que no se adoptará, serán denegadas.

VII.- Conclusiones.

- 247.** Por lo expuesto precedentemente, el Tribunal negará la totalidad de las pretensiones de la demanda inicial, toda vez que, como se vio, el Otrosí No. 1 de 2010, objeto de este litigio, no está afectado de causal alguna de nulidad absoluta. En efecto, según se ha señalado en la parte motiva de

este laudo, dicho Otrosí fue celebrado por la persona que gozaba de plena capacidad negocial para hacerlo, pues no necesitaba autorizaciones especiales ni adicionales; dicho Otrosí no tuvo objeto ilícito, pues con el mismo no se desconoció ninguna norma imperativa y no existe una norma legal que expresamente lo haya prohibido; tampoco fue celebrado con desviación de poder en la medida en que los propósitos y fines que rodearon su suscripción no son contrarios a la ley ni al interés general, motivos estos que conducen al Tribunal a concluir que se trata de un negocio jurídico válido.

- 248.** En lo que toca con la demanda de reconvención, el Tribunal solamente accederá a la pretensión primera declarativa, la cual apuntó a que se declare que el referido Otrosí es válido, tiene efectos vinculantes y es de obligatorio cumplimiento para las partes, súplica a la cual accederá el Tribunal, debiendo denegar las restantes, pues ellas fueron formuladas solamente bajo el supuesto de que el referido negocio jurídico se declarara nulo.
- 249.** De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso"*. Como complemento de dicha regla, el numeral 5º de la misma disposición establece que *"en caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*.
- 250.** En el presente caso ninguna de las pretensiones anulatorias de la demanda inicial alcanzará prosperidad en razón al éxito de varias de las excepciones de mérito planteadas por el extremo Convocado.
- 251.** Solamente una de las pretensiones declarativas de la reconvención tendrá prosperidad, esto es, aquella en virtud de la cual se declarará que el negocio jurídico objeto de este proceso es válido. Las demás pretensiones declarativa y de condena serán denegadas por las razones plasmadas en este laudo.
- 252.** En consecuencia, estima el Tribunal que, frente la realidad expuesta y en aplicación de la regla contenida en el numeral 5º del artículo 365 del CGP, que corresponde imponer condena en costas en contra de CEDELCA, parte vencida en este proceso, pero no por la totalidad, si no en una suma equivalente al 70% de las mismas, a lo cual se agrega que esta decisión se justifica igualmente en el hecho de que la demanda de reconvención solamente tuvo prosperidad la pretensión primera declarativa.
- 253.** Procede, entonces, el Tribunal a liquidar las costas para lo cual es importante recordar que ellas están compuestas tanto por las expensas o

TRIBUNAL ARBITRAL
CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-CEDELCA
S.A. ESP VS. UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-
UTEN y VATIA S.A. E.S.P.
- 15536-

gastos generados por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho.

254. En cuanto al primer rubro, es necesario tener presente que de acuerdo con lo señalado en el artículo 365 numeral 8º del CGP, solamente puede imponerse condena en costas respecto de las sumas que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente. A este respecto, en el proceso solamente hay prueba del pago efectuado por VATIA de las sumas correspondientes al 50% de los honorarios y gastos del Tribunal, motivo por el cual ese rubro será el único que se incluirá dentro de la liquidación de costas por concepto específico de expensas.

255. Por lo anterior, la liquidación de las expensas es la siguiente:

Honorarios de los árbitros. (50%)	\$600.000.000.00
Honorarios del Secretario (50%).	\$100.000.000.00
Gastos del Administración del Centro de Arbitraje (50%)	\$100.000.000.00
Otros gastos	\$1.000.000.00
TOTAL:	\$801.000.000.00
70% de las Expensas	\$560.700.000.00

256. En relación con las agencias en derecho de conformidad con lo establecido en el Acuerdo el acuerdo PSAA-16- 10554, las Agencias en Derecho se fijan en una suma equivalente a ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$6.624.928.00), deberán ser cancelado por CEDELCA en una proporción de un 50% a cargo de cada una de las partes Convocadas, es decir, \$3.312.464.00 para VATIA S.A. E.S.P y UTEN respectivamente.

257. De acuerdo a lo anterior la suma a favor de VATIA S.A. E.S.P., por concepto de costas incluyendo las agencias en derecho ascienden a \$564.012.464.00 y la suma que por concepto de agencias en derecho que debe cancelarse por la Convocante a favor de **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN**, es de \$3.312.464.00.

CAPÍTULO QUINTO
PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias contractuales entre **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CEDELCA S.A.**, como

TRIBUNAL ARBITRAL
CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-CEDELCA
S.A. ESP VS. UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-
UTEN y VATIA S.A. E.S.P.
- 15536-

Parte Convocante, y la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN y VATIA S.A. E.S.P.**, como Parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación expresa de las partes, vertida en el pacto arbitral, con el voto unánime de todos sus integrantes,

RESUELVE

Primero.- Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por **VATIA S.A. E.S.P.**, tituladas "El Conpes no tiene fuerza material de Ley", "El Convenio de Desempeño no deriva de una norma con fuerza material de Ley y por sí mismo, tampoco tiene fuerza material de Ley"; "De haber un incumplimiento al Convenio de Desempeño, éste no tiene la virtualidad de generar la Nulidad del otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "La capacidad del Representante Legal de CEDELCA no se limita por el Convenio de Operación"; "El Agente Especial tenía las facultades necesarias para suscribir el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "El Comité de Seguimiento no estaba creado para generar autorizaciones de administración de CEDELCA"; "Ausencia de coadministración del Convenio de Desempeño y del Comité de Seguimiento"; "El Convenio de Desempeño no es vinculante para el Operador, sólo para CEDELCA"; "El Convenio de Desempeño no es oponible a VATIA S.A. E.S.P."; "De haber incumplimiento al numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación"; "Ausencia de desviación de Poder" y "De haber incumplimiento al numeral 12 del artículo 51 de los Estatutos Sociales de CEDELCA, la consecuencia no es la nulidad del Otrosí No. 1 al Contrato de Operación", por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. Igualmente, declarar probada la excepción propuesta por la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN**, titulada "Capacidad de la Representante Legal para Contratar".

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, denegar las pretensiones tanto principales como subsidiarias de la demanda inicial promovida por **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS-CEDELCA S.A.**

Tercero.- Denegar las demás excepciones de mérito propuestas por el extremo Convocado respecto de la demanda inicial.

Cuarto.- Declarar, por lo expuesto en la parte motiva de este laudo, que el Otrosí No. 1 al Contrato de Operación suscrito entre **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS-CEDELCA S.A.**, **VATIA S.A. E.S.P.**, y la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL -UTEN-**, el 16 de julio de 2010, por medio del cual se modificó el Contrato de Operación de 27 de agosto de 2008, es válido y produce todos los efectos jurídicos entre las partes.

Quinto.- Por las razones expuesta en las consideraciones, denegar las demás pretensiones de la demanda de reconvención promovida por **VATIA S.A. E.S.P.**

Sexto.- Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CEDELCA S.A.** respecto de la demanda de reconvención.

Séptimo.- Condenar a **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CEDELCA S.A.**, a favor de la sociedad **VATIA S.A. E.S.P.**, al pago de las costas causadas en el presente Arbitraje incluyendo las agencias en derecho de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo, por la suma de \$564.012.464.oo.

Octavo.- Condenar a **CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CEDELCA S.A.**, a favor de la **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL -UTEN** , al pago de las agencias en derecho de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo, por la suma de \$3.312.464.oo.


Noveno.- Informar sobre la expedición de este Laudo la Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Por secretaría se les remitirá copia de esta providencia.

Décimo.- Expedir copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes y al Ministerio Público con las anotaciones y constancias de caso.

Undécimo.- Ejecutoriado este Laudo, se procederá a la rendición final de cuentas y se devolverá a las partes el remanente no utilizado de la suma correspondiente a "otros gastos", en caso de haberlo.

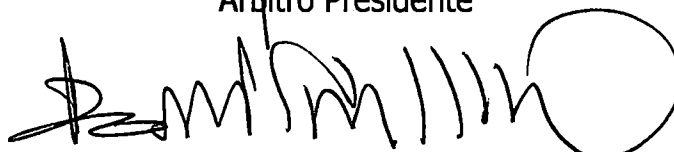
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia se notificó **en audiencia.**



HENRY SANABRIA SANTOS

Árbitro Presidente



SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTÍZ

Árbitro

TRIBUNAL ARBITRAL
CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-CEDELCA
S.A. ESP VS. UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-
UTEN y VATIA S.A. E.S.P.
- 15536-


GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ
Árbitro


CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario