

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

**Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de
Casanare.**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.

EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P., ENERCA S.A. E.S.P.

VS

CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A.

LAUDO ARBITRAL.

YOPAL, CASANARE, 21 DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Contenido

I. PARTES.....	3
II. RESUMEN DEMANDA PRINCIPAL.....	3
III. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN.....	31
IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	31
V. DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	57
VI. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	61
VII. REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	71
VIII. CONTESTACIÓN A LA REFORMA DEMANDA DE RECONVENCIÓN... 	81
IX. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.....	108
X. INTERVENCIÓN PROCURADURÍA.....	112
XI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.....	118
XII. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y PERÍODO PROBATORIO.....	119
XIII. ALEGATOS DE CONCLUSION DE ENERCA S.A. E.S.P.....	128
XIV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN CENERCOL S.A.....	150
XV. ALEGATOS DE PROCURADURÍA.....	204
XVI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	214
XVII. DECISIÓN.....	258

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CÁMARA DE COMERCIO DE
CASANARE
TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

LAUDO ARBITRAL

Yopal Casanare, 21 de febrero de 2018.

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del Proceso entre las sociedades EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P., ENERCA S.A. E.S.P. en calidad de convocante y CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. como parte convocada, previos los siguientes antecedentes:

I. PARTES.

- La convocante sociedad EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P., ENERCA S.A. E.S.P. es una persona jurídica constituida e inscrita en Yopal Casanare, con sede en Yopal Casanare, representada legalmente por el Señor BAYARDO ANIBAL SANTANA GORDO, como consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Casanare que obra en el expediente.
- La convocada sociedad CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. es una persona jurídica de derecho privado con domicilio en Bogotá DC, representada legalmente por el gerente JARAMILLO PARRA JAIRO DE JESÚS, como consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Casanare que obra en el expediente.

II. RESUMEN DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P. a través de apoderado presentó demanda en contra de CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. en ejercicio de la cláusula compromisoria que dice:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y CLÁUSULA COMPROMISORIA.- Las partes harán todo lo posible por resolver en forma amistosa y directa las diferencias que surjan con relación a este contrato, acudiendo a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contractuales previstos en la ley, ó (sic) en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En caso que las diferencias que se presenten entre las partes por razón de la celebración, ejecución, desarrollo o terminación, no puedan arreglarse en forma directa y amigable, éstas serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento, que fallará en derecho, compuesto por un árbitro designado por las partes, con domicilio en la Ciudad de Yopal (Casanare), y se sujetará para los fines pertinentes a las normas legales que regulan la materia, así como a las reglas del centro de conciliación y arbitramento mercantil de la Cámara de Comercio de Yopal.”

PRETENSIONES.**PRINCIPALES.**

PRIMERA. Que se integre e instale el respectivo Tribunal de Arbitramento.

SEGUNDA. Una vez posesionado el Tribunal de Arbitramento, éste declare que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre ENERCA y CENERCOL, con el objeto de contratar la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades desarrolladas por ENERCA, se terminó por manifestación de las partes, mutuo acuerdo, el día 28 de marzo del año 2014.

TERCERA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social integral correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

CUARTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes parafiscales correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

QUINTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las obligaciones laborales a su cargo, como: salarios, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías) vacaciones, para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

SEXTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las liquidaciones definitivas de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, a la terminación de los contratos de trabajo para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

SÉPTIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la entrega de material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

OCTAVA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA.

NOVENA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió la obligación número 48 de la cláusula segunda del contrato objeto de la presente demanda, relacionada con la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas.

DÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros insumos contratados.

UNDÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo.

DUODÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas la presentación de informes de gestión.

DECIMOTERCERA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la presente

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

demanda, se condene a la sociedad CENERCOL a mantener indemne a ENERCA de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir con ocasión de las reclamaciones, demandas laborales o de la sentencia de las mismas, laborales relacionadas en la presente demanda o las reclamaciones, demandas o sentencias de demandas laborales que en el futuro se llegaren a presentar por el personal contratado por CENERCOL para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

DECIMOCUARTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión séptima de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución del stock de materiales existente a la fecha de terminación de contrato.

DECIMOQUINTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión octava de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, en virtud a que ENERCA no hizo el descuento respectivo a pesar del incumplimiento de CENERCOL.

DECIMOSEXTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en los hechos de la presente demanda se condene a CENERCOL a devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA a CENERCOL, que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas o incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, "Tabla de Faltas y Descuentos", en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.

DECIMOSÉPTIMA. Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a CENERCOL, por todos los costos y gastos en que ha incurrido ENERCA en el cumplimiento de la cláusula compromisoria y la demanda arbitral.

descuento de cualquier suma de dinero que ENERCA adeude al contratista, con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los precios definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado, en los términos de los numerales 45 y 48 de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

SUBSIDIARIA:

ÚNICA SUBSIDIARIA. En el caso de que CENERCOL no pueda hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, por no estar en su poder se solicita, en estas circunstancias se condene a CENERCOL a la reposición del material, o al pago de éste o a través del descuento de cualquier suma de dinero que ENERCA adeude al contratista, con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los precios definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado, en los términos de los numerales 45 y 48 de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

RESUMEN DE LOS HECHOS.**HECHOS DE LA SOLICITUD**

Son fundamentos de hecho de la presente demanda los siguientes:

1.- ENERCA, en el mes de mayo del año 2012, realizó una solicitud pública de ofertas para contratar la operación y mantenimiento del Sistema de Transmisión Regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA.

2.- En atención al llamado de ENERCA se recibió la única oferta presentada por CENERCOL y realizada la verificación documental y evaluación según los Pliegos de Condiciones se encontró conveniente adjudicarle el contrato.

3.- El día 6 de julio de 2012, ENERCA y CENERCOL suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, para la operación y mantenimiento del Sistema de Transmisión Regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA.

4.- El 6 de julio de 2012 se suscribió entre las partes otro sí modificatorio N° 1 del contrato de prestación de servicios 009 de 2012, por el cual se modificó las cláusulas tercera, cuarta y décima cuarta del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, relacionadas con el valor, la forma de pago e imputación presupuestal, con el objeto de ajustar los desembolsos a la disponibilidad presupuestal para cada uno de los años de ejecución del contrato.

5.- El 18 de julio de 2012, las partes suscribieron acta de inicio del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

6.- El otro sí aclaratorio No. 01 del contrato de prestación de servicios N° 009 del 06 de julio de 2012, celebrado entre las partes el 22 de abril de 2013, tuvo por objeto adicionar en valor la suma de trescientos cincuenta y nueve millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos trece pesos mc. (\$359.388.813) IVA incluido.

7.- El modificatorio No.02 del contrato de prestación de servicios N° 009 del 06 de julio de 2012, suscrito el 5 de octubre de 2012, modificó la cláusula tercera del contrato relacionada con su valor.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

8.- El adicional en valor N° 01 y modificatorio No. 03 del contrato de prestación de servicios N° 009 del 06 de julio de 2012, celebrado entre las partes el 18 de octubre de 2012, tuvo por objeto, entre otras cosas, incluir un párrafo en la cláusula de obligaciones del contratista. Inclusión de dos párrafos relacionados con la forma de pago. Adicionar en valor la suma de setecientos treinta y un millones novecientos dieciocho mil ochocientos nueve pesos (\$731.918.809).

9.- El adicional en valor N° 02 del contrato de prestación de servicios N° 009 del 06 de julio de 2012, perfeccionado entre las partes el 11 de marzo de 2013, entre otras cosas, tiene por objeto adicionar en valor la suma de trescientos cincuenta y nueve millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos trece pesos mc. (\$ 359.388.913) IVA incluido.

10.- El otro sí aclaratorio No. 01 del contrato de prestación de servicios No. 009 de julio de 2012, suscrito entre las partes el 22 de abril de 2013, tuvo por objeto realizar una aclaración en el adicional N° 2 en valor suscrito el 11 de marzo de 2013, discriminando los valores de costo directo e IVA. Lo anterior con el fin de proceder con el pago de los correspondientes impuestos por concepto del adicional efectuado al Contrato de Prestación de Servicios No 009 de 06 de Julio de 2012.

11.- CENERCOL, en su condición de contratista, adicional a las obligaciones contenidas en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada, adquirió la obligación de cumplir las siguientes obligaciones, en los términos de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012:

SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: El CONTRATISTA debe contar con los recursos físicos, Humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del presente contrato, disponibles para ser dedicados a este contrato. 2. Cualquier cambio que proponga EL CONTRATISTA, deberá ser consultado previamente y por escrito a EL CONTRATANTE y no podrá proceder a su ejecución sin la autorización escrita de este. En caso contrario, cualquier cambio ejecutado y sus consecuencias serán por cuenta y riesgo de EL CONTRATISTA. 3. EL CONTRATISTA se compromete a cumplir con las condiciones y especificaciones relacionadas en los Pliegos de condiciones que hacen parte integral del presente contrato. 4. EL CONTRATISTA se compromete a entregar de manera eficiente el objeto contratado, en el término fijado para la entrega del mismo, actuando de conformidad con las normas legales vigentes y cumpliendo con lo descrito en los Pliegos de Condiciones y la propuesta presentada y aprobada. 5. Expedir las pólizas que amparan los riesgos contemplados en los Pliegos de Condiciones, las cuales tendrán vigencia a partir de la expedición de las mismas. 6. EL CONTRATISTA no podrá ceder ni subcontratar con persona alguna, natural o jurídica, nacional o extranjera, sin previo consentimiento expreso y por escrito de ENERCA S.A. E.S.P; pudiendo esta reservarse las razones que tenga para negar la autorización de la cesión o del contrato. Si la persona a la cual se

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

va a ceder el contrato es extranjera, deberá renunciar a la reclamación diplomática. 7. EL CONTRATISTA queda expresamente obligado al estricto cumplimiento de cuantas obligaciones le imponga la legislación vigente en materia fiscal, con ocasión de la legalización del contrato y que se requieran cancelar en cada momento para dar cumplimiento a las disposiciones legales de conformidad con la ley colombiana, la estampilla pro cultura según Ordenanza No.011 de 2009 equivalente al 1% del valor del contrato, estampilla pro adulto mayor según ordenanza 013 de 2009 equivalente al 3% del valor del contrato. EL CONTRATISTA, deberá pagar las estampillas en la Tesorería de la Gobernación y anexar el recibo correspondiente para la legalización del contrato, dentro de los cinco (05) días siguientes a la suscripción del contrato. 8. Cualquier controversia, diferencia o reclamación que surgieren entre EL CONTRATISTA y la interventoría, serán resueltas entre las partes, con carácter conciliatorio, pero si no fuere posible llegar a un acuerdo, éstas se resolverán conforme a lo dispuesto en la ley colombiana. 9. El contrato estará vigente desde su perfeccionamiento hasta su liquidación total. Se entiende perfeccionado cuando se logre acuerdo sobre el objeto, la contraprestación se haya elevado a escrito y se haya suscrito. Para su ejecución se requerirá aprobación de la garantía única, registro presupuestal, estar cancelados los impuestos a cargo del CONTRATISTA y suscripción del Acta de Inicio. 10. Solo podrán ejecutarse los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia no podrá pagarse suma alguna ni EL CONTRATISTA iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades establecidas en las normas legales que reglamentan la contratación en ENERCA S.A. E.S.P. 11. Periódicamente o por solicitud de ENERCA S.A. E.S.P. se celebrarán reuniones semanales en las cuales debe participar EL CONTRATISTA y la Interventoría con el fin de analizar y evaluar los diferentes aspectos técnicos, administrativos, financieros y de HSEQ relacionados con el contrato, sin restricción de que participen otros funcionarios de diferentes dependencias de ENERCA S.A. E.S.P. 12. EL CONTRATISTA deberá llevar al día y entregar mensualmente, el informe técnico, administrativo, financiero de HSEQ y medio ambiente y uno general al finalizar el contrato. 13. EL CONTRATISTA se obliga a presentar al finalizar cada vigencia fiscal un Informe de gestión en el que se compilen las actividades ejecutadas, durante la vigencia, el cual debe ir acompañado de la siguiente información mínima: a) Copia de las Actas. b) Registros fotográficos, modificaciones antes, durante y después de la ejecución de trabajos, en medio físico y digital. c) Informe de las actividades realizadas en medio físico y digital, d) Copia de las Pólizas debidamente aprobadas por la Oficina Jurídica de la Empresa, e) Recibo de pago de aportes parafiscales, de conformidad con el Decreto 562 de 1992. f) Nomina del personal empleado, g) Paz y salvo de los trabajadores en el caso de retiro de personal, h) Certificación de encontrarse al día en pagos de seguridad social y parafiscales. i) Protocolos, garantías y certificados de calidad de los equipos y materiales suministrados, j) Los Informes se deberán presentar según Formatos previamente aprobados por la Interventoría. k) Estados Financieros de Propósito General, debidamente - certificados y dictaminados a corte de cada vigencia fiscal (2012, 2013, 2014), al igual

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

que las declaraciones de renta de las vigencias en mención. Los indicadores financieros de las vigencias futuras deberán cumplir con las estipuladas en el numeral 2.8., de los Pliegos de Condiciones. 15. EL CONTRATISTA, para el manejo de su personal, deberá mantener y operar sus oficinas en las que deberán contar con los siguientes servicios: equipos de cómputo, impresora, fax, conectividad a internet, teléfono fijo, teléfono celular, escáner, elementos de papelería y demás servidos contemplados en los costos indirectos por administración. 16. EL CONTRATISTA Para el manejo de los materiales debe contar con una bodega en la ciudad de Yopal. 17. Personal Administrativo para la ejecución del proyecto; a) Director de proyecto, b) Profesional de Talento humano, c) Profesional de salud ocupacional. d) Personal técnico HSEQ mínimo exigido según la regulación, e) Tecnólogo o profesional ambiental, f) Auxiliar administrativo en cada zona. 18. EL CONTRATISTA está en la libertad de establecer el número de personas que habrán de ejecutar los trabajos en el área administrativa, respetando los parámetros establecidos para los cargos y personal mínimo, de acuerdo con el enfoque de organización que le dé a los mismos y calidad del servicio a proponer. Sin embargo, los recursos humanos mínimos que se señalan, por cada una de las zonas para la ejecución del contrato y que deben integrar las cuadrillas del área operativa, deben permanecer en los lugares definidos durante la vigencia del contrato con el cual deberá garantizar el mejoramiento continuo de los indicadores de desempeño y satisfacción. 19. Cada día, EL CONTRATISTA deberá llevar un control donde figure la relación de personal que tiene trabajando, en desarrollo del contrato suscrito con ENERCA, indicando: Nombre, identificación, oficio u ocupación dentro de su organización; además ubicación de la obra, lugar, o servido a donde ha sido destinado, debidamente carnetizado. ENERCA podrá solicitar en cualquier momento, esta información. 20. Los ingresos y retiros del personal que EL CONTRATISTA mantenga para ejecutar los trabajos contenidos en el contrato, deberán ser comunicados de manera inmediata y aprobados por ENERCA. 21. EL CONTRATISTA en ningún caso podrá desmejorar las condiciones salariales para los cargos establecidos en los Pliegos de Condiciones. 22. EL CONTRATISTA deberá cumplir su esquema organizacional general para llevar a cabo el objeto del contrato, discriminando; organigrama, áreas funcionales de dirección, administración, operación y control, precisando en todo caso, las funciones, responsabilidades, proyecciones, metas, además de las condiciones de comunicación e intercomunicación entre las diferentes secciones de la organización. 23. EL CONTRATISTA debe tener en cuenta que el personal debe cumplir con la jornada laboral normal fijada en la ley, teniendo en cuenta, las horas semanales y no exceder por ningún motivo el número de horas adicionales permitido, todo de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo. 24. EL CONTRATISTA deberá tener especial cuidado por la idoneidad del personal que asigne durante la ejecución del contrato. Si EL CONTRATISTA decide en cualquier momento de la ejecución del contrato cambiar a alguna de las personas que conformen su recurso humano, deberá informar a ENERCA los motivos del cambio y presentar el curriculum de su reemplazante; dado que es ENERCA la que determina la aceptación o rechazo del nuevo personal propuesto. 25. El

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

perfil mínimo del personal que EL CONTRATISTA debe garantizar es el siguiente: a) EL CONTRATISTA estará obligado a mantener un ingeniero eléctrico, electricista o electromecánico con especialización en Gerencia de proyectos u otra afin como director y representante del proyecto de dedicación exclusiva y tiempo completo, con conocimientos suficientes y experiencia necesarios; con plenas facultades de decisión en todos los aspectos operativos, administrativos técnicos, medioambientales, de prevención, de riesgo y demás, que se relacionarán para el desempeño de sus funciones, con él o los representantes que ENERCA S.A. E.S.P. nombre o designe en cada caso, b) El director de proyecto debe contar con capacidad de: mando, liderazgo y deberá certificar una experiencia mínima de TRES (3) años, la cual se contara a partir de la expedición de la tarjeta profesional, debiendo acreditarla en: - Planeación, dirección, ejecución y administración, de proyectos en el sector eléctrico.- Planeación y coordinación de actividades, en: Mantenimiento de líneas de transmisión, subtransmisión, redes de distribución y centros de transformación en el caso eléctrico.- c) EL CONTRATISTA se obligará a mantener un ingeniero de dedicación exclusiva y de tiempo completo, como ingeniero jefe de zona: con los conocimientos necesarios y suficientes en operación y mantenimiento de sistemas de: sub-transmisión, distribución y centros de transformación; con facultades de decisión en lo que tiene que ver con aspectos: operativos, administrativos, medioambientales, de prevención de riesgo y demás que sean necesarios para el perfecto funcionamiento de la Empresa en la zona de su influencia; así como la óptima calidad en la prestación del servicio. d) EL CONTRATISTA se compromete a disponer de las cuadrillas exigidas y ofertadas para dar cumplimiento con las instrucciones y órdenes específicas, en desarrollo del trabajo.- e) Cualquiera de las cuadrillas de operación estarán disponibles para apoyar a las otras en situaciones que así lo ameriten. Ese traslado puede ser temporal a un sitio diferente de su eventual sitio de trabajo, sin que para ello implique sobre costo alguno para ENERCA S.A. E.S.P. 26. Para efectos de jornada y horarios de ejecución del contrato, se deberá tener en cuenta lo siguiente: El horario diurno de acuerdo a las normas vigentes está determinado de 6:00 Hrs. a 22:00 Hrs. Para el caso específico de ENERCA S.A. E.S.P. se consideran los días hábiles de lunes a sábado. 27. Todas las cuadrillas sin excepción prestarán el servicio durante 48 horas semanales y estarán disponibles las 24 horas del día; los días, meses y años mientras esté vigente el contrato. 28. Todas las otras cuadrillas para las actividades de las clases 1, 2 y 3, y podas, prestarán el servicio tipo rotatorio durante 240 horas mensuales los doce (12) meses del año, EL CONTRATISTA deberá asegurar la disponibilidad de personal y contemplar el pago de horas extras, mientras se realice la ejecución del contrato; por lo tanto EL CONTRATISTA deberá establecer un sistema de rotación de personal que permita que la cuadrilla siempre trabaje con el número mínimo de personas establecidas en los Pliegos de condiciones, asegurando el tiempo total de servicio mencionado y respetando la jornada laboral establecida en el Código Sustantivo del Trabajo para cada trabajador; por lo cual el personal tendrá el período de descanso correspondiente. 29. EL CONTRATISTA deberá contemplar un sistema de comunicaciones eficiente

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

para el desarrollo del contrato el cual deberá contar con equipos tales como equipos de comunicación celular o radioteléfonos incluido por cada cuadrilla, los cuales deben cumplir con la normatividad vigente para las maniobras de operación y mantenimiento .30. EL CONTRATISTA deberá informar inmediatamente de manera verbal y escrita a ENERCA S.A. E.S.P. de los hechos de orden público demostrable o reconocido por la autoridad competente que impidan la ejecución de las órdenes de trabajo en el tiempo establecido y en los cuales se pongan en riesgo la integridad de su personal.31. Se consideran programados todos aquellos trabajos que se ordenen antes del término de la jornada diurna del día anterior. 32. Será responsabilidad de EL CONTRATISTA participar en la elaboración de la programación de actividades de los grupos objeto del contrato, la cual tendrá una periodicidad definida por ENERCA S.A. E.S.P. 33. Sin perjuicio de lo anterior, ENERCA S.A. E.S.P., podrá ajustar la programación de acuerdo con las prioridades que sean necesarias. EL CONTRATISTA está obligado a atender todas las ocurrencias y eventos que se registren dentro y fuera de la jornada de trabajo, para asegurar la continuidad en la prestación de los servicios de energía y gas. 34. EL CONTRATISTA deberá asegurar las disponibilidades del personal durante planes de contingencia y turnos de servicio durante el periodo de vigencia del contrato; está clasificada dentro de los trabajos programados. 35. Se considerarán como trabajos de emergencia aquellos que a concepto de ENERCA S.A. E.S.P. tengan dicha connotación. Los trabajos de emergencia se pueden presentar en cualquier momento durante la ejecución del contrato. 36. Los trabajos con carácter de emergencia tendrán prioridad sobre los trabajos programados y no programados y deben ejecutarse inmediatamente, para lo cual EL CONTRATISTA deberá informar a ENERCA S.A. E.S.P. por cualquier medio ya sea verbal o escrito. 37. EL CONTRATISTA deberá disponer del personal, herramientas, equipos y materiales necesarios y suficientes para corregir la magnitud de la emergencia y restablecer el servicio en el menor tiempo con una óptima calidad.38. Los materiales que EL CONTRATISTA deberá suministrar serán todos los de consumo y que sean necesarios para garantizar la correcta ejecución de las tareas, asociadas a la operación y mantenimiento del sistema eléctrico tales como: fusibles cortacircuitos, pararrayos cable, etc, de acuerdo con el cuadro y especificaciones de los Pliegos de Condiciones, el cual funcionará como stock mínimo a mantener y se deberá reponer mensualmente o por requerimiento explícito de ENERCA S.A. E.S.P.39. El valor de materiales adicionales que posteriormente podrán ser solicitados por ENERCA SA E.S.P., y si no están incluidos dentro de los valores UNITARIOS solicitados y cotizados por EL CONTRATISTA en su propuesta, serán autorizados únicamente por la interventoría delegada del contrato y con la aprobación de la Subgerencia Técnica o a quien ella delegue.40. Todos los materiales y elementos utilizados por EL CONTRATISTA deberán cumplir con las normas establecidas por ENERCA y estarán sujetos a las inspecciones, pruebas, ensayos y análisis, que ENERCA indique. 41. En el caso de uso inadecuado de material, las rectificaciones, modificaciones, correcciones, como también las reposiciones que sean necesarias, serán de costo y responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA. 42. EL CONTRATISTA está

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

en la obligación de utilizar los procesos y procedimientos que para el manejo de los materiales sean aprobados por ENERCA, llevará un control diario contable y físico de los materiales y equipos recibidos, los instalados en la red, los retirados, los reinstalados y los reintegrados para dar de baja; además de los que tiene en stock; de tal forma que demuestre su consistencia exacta. Esta exigencia se hace extensiva a las cuadrillas de operación móviles como a los instaladores de los municipios. 43. EL CONTRATISTA entregará la información de materiales y actividades diarias en la forma que ENERCA lo indique en medio escrito y magnético y en los formatos indicados, a más tardar el segundo día hábil de la siguiente semana, de tal manera que esta pueda ser verificada y avalada por parte de la Interventoría delegada para el contrato. En caso de presentarse incumplimiento en los tiempos de entrega de la información o entrega de información no veraz o no real, serán aplicados los descuentos y sanciones que se determina en los Pliegos de condiciones. 44. Al término del contrato o en el momento que ENERCA lo solicite, EL CONTRATISTA deberá hacer devolución del stock de materiales existente a la fecha. 45. En el caso de detectarse pérdidas o daño de algún material, ENERCA podrá exigir al contratista la reposición del material, el pago de éste o descontar de cualquier suma de dinero que adeude al contratista, en éste u otro servicio; con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los oreos definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado. 46. EL CONTRATISTA será responsable del trato, buen manejo, transporte, almacenamiento, utilización y destino de los materiales, cumpliendo con lo especificado por las Normas ISO, así como también de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de su traslado y posterior instalación; respondiendo de igual manera en lo que tenga que ver con lo correspondiente de daños a terceros. 47. Todos los materiales, y equipos de propiedad de ENERCA S.A. E.S.P. que correspondan a sobrantes, después de trabajos efectuados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas, deberán ser entregados conforme a las instrucciones de orden, clasificación y en los lugares y plazos que oportunamente indique ENERCA; según los procedimientos establecidos. 48. La devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA; es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas, haciéndose el descuento respectivo en caso de incumplimiento. 49. EL CONTRATISTA suministrara los materiales necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato, previo visto bueno de la interventoría o quien delegue, de conformidad con las especificaciones que se detallan a continuación: a) Suministro de materiales para la operación y mantenimiento del SDL y STR de ENERCA S.A E.S.P. para ofrecer la continuidad del servicio a todos sus clientes, bajo la modalidad de precios unitarios, b) Las especificaciones de los materiales a utilizar deben cumplir todos los requisitos exigidos por ENERCA S.A E.S.P. Cuando no se especifique exclusivamente el uso de un material de cierta marca de fábrica, EL CONTRATISTA podrá proponer marca siempre que esté de acuerdo con las especificaciones técnicas para aprobación de la interventoría, pero

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

cuando se solicite una marca específica y EL CONTRATISTA desee usar otra distinta este debe solicitar aprobación de la Interventoría. Ninguna sustitución puede ser aceptada sin dicha autorización, c) Los materiales suministrados por EL CONTRATISTA serán nuevos, de primera calidad, libres de defectos e imperfecciones, deberán cumplir con lo establecido por el reglamento técnico de iluminación y alumbrado público RETILAP, así como el RETIE por las normas ÍCONTEC aplicables para cada caso, así como deberán tener vigente el certificado de conformidad del producto, expedido por un organismo acreditado o reconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en Colombia, o por un organismo internacional equivalente. d) En Colombia se encuentran acreditados por la SIC, instituciones como el ICONTEC, CIDET, BVQI y SGS. Para conocer las entidades internacionales de acreditación y organismos de certificación, se debe recurrir a la información que manejan organismos de carácter internacional como la International Accreditation Forum -IAF- o la European Organization for Testing and Certification -EOTC-. e) EL CONTRATISTA deberá considerar además de normas Técnicas y especificaciones, los aspectos generales establecidos en los pliegos de condiciones para el desarrollo del proyecto. 50. Durante el desarrollo del contrato, ENERCA podrá entregar en condiciones de alquiler, herramientas y equipos eléctricos de su propiedad de responsabilidad al contratista para ayudar y apoyar la operación y mantenimiento del sistema eléctrico, los cuales serán devueltos al terminar el contrato o cuando ENERCA lo solicite, en perfecto estado de funcionamiento, salvo deterioro normal por el uso. 51. EL CONTRATISTA deberá garantizar la disponibilidad, el buen estado y funcionamiento de los vehículos ofrecidos para el desarrollo y ejecución del objeto contratado, cumpliendo con la normatividad y legislación vigente para el transporte de personal y de carga según el objeto del contrato, adicionalmente deberá contar con un plan de contingencia que permita en el menor tiempo posible reponer cualquiera de los vehículos por otro de iguales o mejores especificaciones cuando el inicialmente ofrecido presente fallas o deficiencias que puedan afectar el normal desarrollo de las actividades. 52. Los vehículos deben ser de doble tracción, tipo camioneta doble cabina y cabina sencilla, modelo 2010 o superior, de cilindraje igual o mayor a 2,500 CC. Para las cuadrillas de podas deberán contar con camiones o camionetas con carrocería de estacas y carpados. Los que deberán cumplir las siguientes especificaciones: a) Ofrecer óptimas condiciones de funcionamiento, suficiente combustible y lubricantes para la operación. b) Contar con herramienta de mecánica rápida y equipo de carretera, c) Extintor instalado en el platón, d) La empresa contratista efectuara mantenimientos periódicos a los vehículos para garantizar la prestación del servicio, lo cual no debe afectar la disponibilidad o programación de trabajos, e) Los automotores deben estar en disposición permanente, sin estar sujetos a horarios o jornadas laborales ajustándose a las programaciones establecidas por ENERCA S.A. E.S.P. f) En caso de fuerza mayor o caso fortuito se debe remplazar el automotor por otro de iguales o superiores características, g) Los vehículos con los que se prestara el servicio deben contar con: Seguro Obligatorio (SOAT) expedidos por compañías de seguros debidamente autorizadas; tener vigente el Registro

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Nacional de Carga, la revisión técnico-mecánica, el certificado de emisión de gases, tarjeta de operación, tarjeta de propiedad, seguro contractual y extracontractual, en todo caso deberá cumplir con la normatividad y regulación vigente en materia vial para el cumplimiento del objeto contratado. 53. El objeto deberá ejecutarse de conformidad con las especificaciones particulares, los aspectos que ellas no regulen se ejecutarán de acuerdo con lo estipulado en las especificaciones generales. Las especificaciones particulares pueden complementar, sustituir o modificar, según el caso, las especificaciones generales para la ejecución del objeto. 54. La empresa contratista debe asumir la responsabilidad civil frente a ENERCA S.A. E.S.P o terceras personas por eventuales daños y perjuicios que pudieran incurrir por su impericia, incumplimiento acción u omisión. Por lo que debe constituir el amparo frente a responsabilidad civil contractual y extracontractual. 55. EL CONTRATISTA Para efectos del cumplimiento del servicio de transporte terrestre de personal y carga, se compromete a cumplir, además de las obligaciones inherentes a la naturaleza de los mismos, las derivadas de las disposiciones legales vigentes que regulen su actividad y las que surjan durante la vigencia del contrato. 56. EL CONTRATISTA deberá tener afiliado al sistema de seguridad social durante todo el plazo de ejecución del contrato, a todo el personal que destinará para la prestación del servicio a ENERCA S.A. E.S.P. 57. Por solicitud escrita de ENERCA S.A. E.S.P, por el incumplimiento de las especificaciones y/o por falla EL CONTRATISTA deberá cambiar, a alguno o algunos de sus vehículos para lo cual ENERCA realizara los descuentos por el tiempo de indisponibilidad que se genere. 58. La interventoría del contrato podrá modificar los sitios, la localización y horas o turnos de trabajo de los vehículos. 59. ENERCA S.A. E.S.P durante la vigencia del contrato podrá hacer todas las recomendaciones formales que considere pertinentes para un servicio más eficiente, las cuales deben ser acogidas de inmediato por EL CONTRATISTA. 60. Se debe garantizar el transporte de personal herramienta, equipo y materiales en los lugares donde ENERCA S.A. E.S.P desarrolla su actividad. 61. Los vehículos que emplee EL CONTRATISTA para prestar servicio de transporte terrestre de personal y carga deberán estar debidamente identificados, de acuerdo con las instrucciones que imparta la interventoría del contrato por parte de ENERCA S.A. E.S.P. sin que genere valor adicional. 62. EL CONTRATISTA debe desarrollar el contrato aplicando la Política de H.S.E. de ENERCA S.A. E.S.P., que a continuación se manifiesta: ENERCA S.A. E.S.P. como Empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica, Gas y Telecomunicaciones, está comprometida en mantener y mejorar el bienestar de todos sus trabajadores y personal de Empresas contratistas. Buscando proporcionar en todos los sitios de trabajo un ambiente sano y seguro para los funcionarios a través de actividades de vigilancia y control de agentes de Riesgo que puedan causar alteraciones en la Salud ocasionadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, mediante el mejoramiento continuo en la identificación, evaluación y control de sus Riesgos, a través de una adecuada planeación e implementación de los programas de medicina del trabajo, higiene y seguridad industrial. Bajo el liderazgo de la Gerencia, todos los trabajadores de los diferentes niveles

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de la Compañía, son responsables de mantener una cultura de Seguridad y Salud Ocupacional, convirtiéndola en un estilo de vida, cumpliendo con las normas y procedimientos establecidos, de acuerdo con la naturaleza de la actividad propia de la institución, procurando el mantenimiento del equilibrio ecológico y el cumplimiento de la legislación Colombiana vigente, generando de esta forma valor a la Empresa. Para el cumplimiento de esta Política EL CONTRATISTA dispondrá de los recursos humanos, técnicos, físicos y financieros necesarios. 63. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar el CONTRATO velando porque los trabajos se cumplan con las especificaciones acordadas de forma tal que se minimicen y prevengan los riesgos y eventos propios de su oficio y que puedan sobrevenir o afectar el desarrollo del contrato, los cuales puedan afectar a cualquier persona, ya sea a sus propios trabajadores, a los de ENERCA S.A. E.S.P., o a terceros, en su salud o bienestar; igualmente se compromete a identificar y prevenir riesgos que puedan afectar negativamente el medio ambiente, o ir en contra del Manejo Ambiental del proyecto; también todos aquellos que puedan dañar propiedades o equipos. 64. EL CONTRATISTA pondrá especial empeño y dedicación en lo relacionado con Seguridad Industrial, Salud Ocupacional y Gestión Ambiental, para cuyo efecto deberá aplicar las políticas en HSE y las transmitirá a todo su personal para que la conozcan y entiendan. De acuerdo con lo anterior y como una manifestación del compromiso de las empresas involucradas, con las políticas propias y de ENERCA S.A. E.S.P., cualquier persona actuante en el proyecto sea funcionario de Enerca o trabajador del contratista a cualquier nivel puede en cualquier momento y bajo circunstancias normales, solicitar la interrupción parcial o definitiva de una labor o actividad, si evidencia que existe en ella o en su entorno Riesgo alguno no controlado, para la salud o integridad física de las personas, para el Medio Ambiente en cualquier momento presente o futuro, y/o atenta contra la integridad de los equipos o propiedades, siendo el contratista el responsable de acoger y dar trámite a las recomendaciones y atención de los riesgos hasta que se eliminen los riesgos. 65. Se deben realizar las Charlas Diarias de Seguridad en las cuales los trabajadores analizarán los riesgos de la jornada, la manera de evitarlos y de combatirlos, las prohibiciones que deben tenerse en cuenta, el uso apropiado de los elementos de protección personal y de contra incendio. 66. EL CONTRATISTA debe presentar todos los documentos y programas que sustente el siguiente requisito: CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN DE EMPLEADOS A LA ARP, INCLUYENDO CLASE Y GRADO DE RIESGO. 67. ENERCA S.A. E.S.P. ha definido como mecanismo de verificación de estos requerimientos legales antes, durante o a la finalización del CONTRATO, auditorias y el diligenciamiento de listas de chequeo en las cuales se evidencia el cumplimiento de los aspectos legales y contractuales de HSEQ. 68. EL CONTRATISTA deberá presentar a la Interventoría, antes de iniciar los trabajos, un Plan de Acción, y un Programa de Salud Ocupacional que contemple como mínimo, los siguientes aspectos: a) Panorama de Riesgos, que incluya la identificación, priorización y medidas de control para los riesgos relacionados con las actividades a realizar, bajo el objeto del presente contrato, b) Programas de prevención y Promoción en Salud: Contar con un programa según la prioridad de los riesgos que

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

incluya inducción y capacitación para la minimización de los mismos, c) Seguridad Industrial: Establecer un Programa con sus respectivos procedimientos de inducción para los riesgos de seguridad de mayor importancia, d) Higiene Industrial: Establecer programas de prevención y control de riesgos (ejemplos: uso correcto de elementos y equipos, ergonomía, etc.).e) Cronograma de actividades de todos los aspectos anteriores, f) Un Plan de Emergencias Básico. 69. EL CONTRATISTA se obliga a mantener siempre informada a ENERCA, acerca de la ejecución del contrato suscrito y de cuántas incidencias surjan durante el desarrollo del mismo, facilitándole todos los datos e informes que le sean requeridos. Para ello EL CONTRATISTA entregará a ENERCA una planificación actualizada, con la periodicidad que ella determine. De la misma manera que es obligación el asistir a todas y cada una de las reuniones, que ENERCA, programe, con respecto al desarrollo del contrato y la prestación del servicio. 70. Cuando el contrato haya sido recibido completamente por la interventoría a entera satisfacción de ENERCA S.A. E.S.P y el informe final, ENERCA S.A. E.S.P suscribirá las Acta de Recibo y liquidación final. 71. Teniendo en cuenta que las normas ISO 9001, ISO14001, OSHAS18000 y que hicieron parte integral de la propuesta ofrecida por EL CONTRATISTA, ENERCA tendrá facultades para verificar el cumplimiento de dichas normas, la no conformidad de los requisitos de las normas se considerará un incumplimiento al contrato celebrado, imponiendo al contratista las respectivas sanciones o penalizaciones. 72. EL CONTRATISTA se obliga a cumplir con los indicadores de calidad del servicio establecidos en los Pliegos de condiciones. 73. Las certificaciones para el pago de actas parciales deberán llevar el Visto Bueno de la Interventora y de la supervisión del contrato. 74. EL CONTRATISTA se compromete a cumplir con los pagos al sistema de seguridad social de todos los trabajadores que emplee para la ejecución del contrato, a pagar los salarios y Prestaciones sociales de ley, a suministrar la Dotación al personal de conformidad con la periodicidad establecida en la ley y las condiciones técnicas de cada cargo. 75. EL CONTRATISTA debe acreditar el cumplimiento de la normatividad en materia de trabajo en alturas, para el personal que lo requiera por la naturaleza del cargo. 76. Al terminar cada vigencia la interventoría exigirá al contratista paz y salvo municipales y del personal que haya laborado en el desarrollo del contrato para efectos de liquidación. 77. El objeto del contrato se debe cumplir de conformidad con la propuesta presentada y con el personal ofrecido en la misma, sin aumentar el valor del recurso humano ya que en esas condiciones se contrató, si EL CONTRATISTA desea aumentar la planta de personal podrá hacerlo bajo su propia responsabilidad, sin que ello genere mayores costos para Enerca. 78. ENERCA S.A. E.S.P. podrá autorizar reajuste anualmente de conformidad con la comparación que para el efecto realice entre las proyecciones y los IPP e IPC. 79. Para efectos de los correspondientes pagos parciales EL CONTRATISTA debe acreditar y soportar debidamente los valores que por concepto de imprevistos pretenda cobrar. 80. Prevalecen las estipulaciones de la minuta frente a los pliegos en caso de duda sobre algún tema. 81. En virtud del presente contrato LAS PARTES se obligan a no revelar, divulgar, exhibir, mostrar, comunicar, utilizar y/o emplear la información con persona natural o

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

jurídica, en su favor o en el de terceros, que reciban de la otra parte y en consecuencia a mantenerla de manera confidencial y privada y a proteger dicha información para evitar su divulgación no autorizada, salvo que la revelación y/o divulgación de la información se realice en desarrollo o por mandato de una ley, decreto o sentencia u orden de autoridad competente en ejercicio de sus funciones legales. En este caso, la parte obligada a divulgar la información confidencial se obliga a avisar inmediatamente haya tenido conocimiento de esta obligación a la (s) otra (s) parte (s), para que pueda tomar las medidas necesarias para proteger su información confidencial, y de igual manera se compromete a tomar las medidas necesarias para atenuar los efectos de tal divulgación. Se entiende por Información Confidencial cualquier información técnica, financiera, comercial y estratégica y cualquier información relacionada con las operaciones de negocios presentes y futuros, o condiciones financieras de LAS PARTES, bien sea que dicha información sea escrita, oral o visual, la cual haya sido catalogada, marcada o anunciada como confidencial por cualquiera de ellas. Complementariamente, y para los efectos de la presente cláusula, Las restricciones y obligaciones estarán vigentes por el término de duración del contrato y dos años más. 82. EL CONTRATISTA está obligado al cumplimiento del objeto contratado salvo cuando se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que se libera parcialmente de responsabilidad en estos casos. 83. Las demás Obligaciones que se desprendan de la naturaleza del Contrato y de los Pliegos de Condiciones.”

12.- En cuanto a la forma de pago, el contrato, en la cláusula 4, estableció las siguientes condiciones:

“CUARTA: FORMA DE PAGO- ENERCA S.A. pagará los trabajos realizados en Actas parciales previa presentación de Informe de actividades, cuenta de cobro y/o factura y el pago final previa suscripción del Acta de Liquidación una vez recibida la prestación a entera satisfacción por la Empresa y evaluación al Contratista por parte de la interventoría.”

5.- La forma de pago, estipulada a la firma del contrato, en los términos indicados en el hecho anterior, fue objeto de modificación, a través del otro sí modificatorio No. 1, suscrito entre las partes, el día 6 de julio de 2012, el cual en su cláusula segunda, consignó lo siguiente:

“Modificar la cláusula CUARTA la cual quedará así: CUARTA FORMA DE PAGO- ENERCA S.A. pagará los trabajos realizados en Actas parciales previa presentación de Informe de actividades, cuenta de cobro y/o factura y el pago final previa suscripción del Acta de Liquidación una vez recibida la prestación a entera satisfacción por la Empresa y evaluación al Contratista por parte de la interventoría. PARAGRAFO 1: Los pagos se realizarán tomando en cuenta los valores presupuestados para cada una de las vigencias de la siguiente forma: vigencia 2012 pagos parciales hasta la suma de CINCO MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

(\$5.054.138.887), vigencia 2013 pagos parciales hasta la suma de OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MCTE (\$8.945.825.892) y vigencia 2014 pagos parciales y final hasta la suma de NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIES MILLONES QUINIETOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTE PESOS MCTE (\$9.236.565.120), lo anterior con cargo al presupuesto de cada una de las vigencias d conformidad con el Acuerdo de Junta Directiva 003 del 6 de marzo de 2012 que autoriza al Gerente a comprometer vigencias futuras ordinarias con el objeto de adelantar el proceso de contratación de las actividades de operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR) el sistema de distribución local (SDL) y otras actividades complementarias para los años 2013 y 2014, aprobados mediante Resolución CODFIS No. 13 del 16 de abril de 2012 que aprueba la asunción de compromisos de vigencias futuras de los años 2013 y 2014.”

6.- Adicional a las condiciones establecidas en la cláusula de pago antes comentada, debe tenerse en cuenta que la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, entre otras cosas, el numeral 48, obliga al contratista, para efectos del pago, a realizar la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA.

7.- ENERCA, como entidad pública, en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2001, en el momento de liquidar los contratos está en la obligación de verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas, lo anterior en concordancia con el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, el cual, para los efectos, establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, indica que en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

8.- En la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se pactó que el plazo de ejecución de las obligaciones es de 31 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual se suscribió el día 18 de julio de 2012.

9.- Sobre la terminación del contrato la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, estipula:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“SÉPTIMA: TERMINACIÓN- El presente Contrato se terminará por la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes eventos: a) Por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula Segunda, b) Por ceder total o parcialmente el presente Contrato sin la autorización previa del CONTRATANTE. c) Por decisión de (sic) EL CONTRATANTE cuando exista grave incumplimiento de las obligaciones por parte de (sic) EL CONTRATISTA. En este caso esta decisión le será comunicada por escrito al contratista con tres (3) días de anticipación, d) Por factores de orden público que impidan ejecutar normalmente, el presente Contrato, e) Por mutuo acuerdo de las partes contratantes, f) por las demás causas legales. PARÁGRAFO: Una vez vencido el plazo, EL CONTRATANTE declarará el incumplimiento, sin perjuicio de aplicar los descuentos acordados y la Cláusula Penal Pecuniaria a que haya lugar. El documento que declare el Incumplimiento, en cuanto ordene hacer efectivos los descuentos acordados y el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria, permitirá hacer efectivas las garantías ante la aseguradora.”

10.- En materia de responsabilidad del contratista, en este caso CENERCOL, en la cláusula décima del contrato de prestación de servicios NO. 009 de 2012, se pactó:

“DÉCIMA: RESPONSABILIDAD.-EL CONTRATISTA.- Responderá por la calidad del objeto contratado, por ocultar inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o por suministrar información falsa. Así mismo responderá civil y penalmente por las acciones y omisiones en la actuación contractual, según lo establecido en la Ley. PARÁGRAFO: INDEMNIDAD. EL CONTRATISTA declara que mantendrá indemne a EL CONTRATANTE, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros, serán reconocidas y pagadas por EL CONTRATISTA a sus expensas.”

11.- Las partes acordaron como domicilio contractual la ciudad de Yopal (Casanare), para todos los efectos legales y fiscales, en los términos de la cláusula vigésima primera del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

12.- Con relación a los materiales, el contratista en la cláusula segunda del contrato se obligó a lo siguiente

“38. Los materiales que EL CONTRATISTA deberá suministrar serán todos los de consumo y que sean necesarios para garantizar la correcta ejecución de las tareas, asociadas a la operación y mantenimiento del sistema eléctrico tales como: fusibles cortacircuitos, pararrayos cable, etc, de acuerdo con el cuadro y especificaciones de los Pliegos de Condiciones, el cual funcionará como stock mínimo a mantener y se deberá reponer mensualmente o por requerimiento explícito de ENERCA S.A. E.S.P. (...)

42. EL CONTRATISTA está en la obligación de utilizar los procesos y procedimientos que para el manejo de los materiales sean aprobados por ENERCA, llevará un control diario contable y físico de los materiales y equipos recibidos, los instalados en la red, los retirados, los reinstalados y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

los reintegrados para dar de baja; además de los que tiene en stock; de tal forma que demuestre su consistencia exacta. Esta exigencia se hace extensiva a las cuadrillas de operación móviles como a los instaladores de los municipios. (...)

44. Al término del contrato o en el momento que ENERCA lo solicite, EL CONTRATISTA deberá hacer devolución del stock de materiales existente a la fecha. (...)

47. Todos los materiales, y equipos de propiedad de ENERCA S.A. E.S.P. que correspondan a sobrantes, después de trabajos efectuados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas, deberán ser entregados conforme a las instrucciones de orden, clasificación y en los lugares y plazos que oportunamente indique ENERCA; según los procedimientos establecidos. 48. La devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA; es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas, haciéndose el descuento respectivo en caso de incumplimiento. 49. EL CONTRATISTA suministrara los materiales necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato, previo Visto bueno de la interventoría o quien delegue, de conformidad con las especificaciones que se detallan a continuación: a) Suministro de materiales para la operación y mantenimiento del SDL y STR de ENERCA S.A E.S.P. para ofrecer la continuidad del servicio a todos sus clientes, bajo la modalidad de precios unitarios, b) Las especificaciones de los materiales a utilizar deben cumplir todos los requisitos exigidos por ENERCA S.A E.S.P. Cuando no se especifique exclusivamente el uso de un material de cierta marca de fábrica, EL CONTRATISTA podrá proponer marca siempre que esté de acuerdo con las especificaciones técnicas para aprobación de la interventoría, pero cuando se solicite una marca específica y EL CONTRATISTA desee usar otra distinta este debe solicitar aprobación de la Interventoría. Ninguna sustitución puede ser aceptada sin dicha autorización, c) Los materiales suministrados por EL CONTRATISTA serán nuevos, de primera calidad, libres de defectos e imperfecciones, deberán cumplir con lo establecido por el reglamento técnico de iluminación y alumbrado público RETILAP, así como el RETIE por las normas ÍCONTEC aplicables para cada caso, así como deberán tener vigente el certificado de conformidad del producto, expedido por un organismo acreditado o reconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en Colombia, o por un organismo internacional equivalente. d) En Colombia se encuentran acreditados por la SIC, instituciones como el ICONTEC, CIDET, BVQI y SGS. Para conocer las entidades internacionales de acreditación y organismos de certificación, se debe recurrir a la información que manejan organismos de carácter internacional como la International Accreditation Forum -IAF- o la European Organization for Testing and Certification -EOTC-. e) EL CONTRATISTA deberá considerar además de normas Técnicas y especificaciones, los aspectos generales establecidos en los pliegos de condiciones para el desarrollo del proyecto.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

13.- En cuanto a la interventoría del contrato se pactó, en la cláusula decimoquinta que estaría en cabeza de la Gerencia General y/o en quien delegue, quien controlará su correcta ejecución y cumplimiento mediante la elaboración y verificación conjunta de actas de inicio, parciales y finalización del contrato.

14.- Para verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por CENERCOL, ENERCA, entre el 18 de julio de 2012 y mayo de 2013, la interventoría al contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se realizó directamente a través de los trabajadores de la propia empresa, tal como se puede evidenciar en la suscripción de las siguientes actas:

- (i) Acta de inicio.
- (ii) Acta parcial No.2.
- (iii) Acta parcial No. 3.
- (iv) Acta de recibo Zona Sur del 18 de agosto de 2012.
- (v) Acta de recibo Zona Norte del 18 de agosto de 2012.
- (vi) Acta de recibo Zona Centro del 18 de agosto de 2012.
- (vii) Acta parcial No. 4, de fecha el 21 de agosto de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENRECOL, en la cual se deja expresa constancia que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (viii) Acta parcial No.5, de fecha el 10 de octubre de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENRECOL, en la cual se deja expresa constancia que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (ix) Acta de recibo Zona Centro del 18 de octubre de 2012.
- (x) Acta de recibo Zona Norte del 18 de octubre de 2012.
- (xi) Acta de recibo Zona Sur del 18 de octubre de 2012.
- (xii) Acta parcial No.6, de fecha el 13 de noviembre de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (xiii) Acta de recibo Zona Centro del 18 de noviembre de 2012.
- (xiv) Acta de recibo Zona Norte del 18 de noviembre de 2012.
- (xv) Acta de recibo Zona Sur del 18 de noviembre de 2012.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- (xvi) Acta parcial No.7, de fecha el 19 de noviembre de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (xvii) Acta de Ítems y precios no previstos de fecha 20 de noviembre de 2012.
- (xviii) Acta parcial No.9. Acta de Modificación de fecha 20 de noviembre de 2012.
- (xix) Acta parcial No.10, de fecha el 19 de diciembre de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (xx) Acta parcial No.11, de fecha el 20 de febrero de 2012, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL.
- (xxi) Acta parcial No.12, de fecha el 20 de febrero de 2013, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL.
- (xxii) Acta parcial No.13, de fecha el 28 de febrero de 2013, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia, entre otras cosas, que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (xxiii) Acta parcial No.14, de fecha el 20 de marzo de 2013, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia, entre otras cosas, que: "Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente."
- (xxiv) Acta parcial No.15, de fecha el 22 de abril de 2013, suscritas por los interventores de ENERCA, zona: centro, sur, norte y supervisor; así como por el Director del Proyecto de CENERCOL, en la cual se deja expresa constancia, que: "Durante el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada una de las cuadrillas generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente.”

15.- El 2 de julio de 2013, Javier Ricardo Acero Pinto, en su condición de representante legal de CENERCOL, en oficio dirigido a ENERCA, confirió poder especial, amplio y suficiente al Señor José Libardo Villamizar Jauregui, en su calidad de Director del Proyecto, dentro del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012, para que en nombre y representación de CENERCOL suscriba y firme las actas parciales de obra, las facturas por los servicios prestados y representar a la compañía.

16.- En virtud del contrato de consultoría No. 02 de 2013, y con el fin de contar una interventoría especializada, ENERCA contrató la sociedad 2C INGENIEROS S.A, para el ejercicio de la interventoría técnica administrativa, ambiental, financiera, legal y contable del contrato de prestación de servicios No. 09 de 2012, durante el período comprendido del 20 de Mayo del 2013 al 28 de Marzo de 2014.

17.- En cumplimiento de sus funciones la interventoría, entre otras, suscribió las actas parciales No. 21 del 10 de julio; No. 22 del 22 de agosto; No. 25 del 30 de agosto; No. 26 del 19 de septiembre; No. 27 del 22 de noviembre; No. 28 del 29 de noviembre; No. 30 del 30 de diciembre, todas del 2013. Adicionalmente, en el 2014, entre otras, suscribió las siguientes actas: No. 31 del 10 de enero; No. 33 del 10 de marzo; No. 34 del 27 de marzo; No. 37 del 10 de abril.

18.- En las actas parciales suscritas por la interventoría del contrato y el apoderado designado por el contratista, números: 21, 25, 26, 30, 31, 33, y 34, se dejó expresa constancia, que: “Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada uno de los unitarios, generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente.”

19.- La interventoría del contrato realizó reiteradamente requerimientos a CENERCOL para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales ante los incumplimientos detectados y que obran en los informes rendidos.

20.- CENERCOL mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de ENERCA No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, por el incumplimiento en el pago oportuno de las obligaciones laborales de ENERCA.

21.- CENERCOL mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

correspondencia recibido de ENERCA No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, sobre el requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, entre otras cosas, reconoce que estos pagos se han realizado con algunos días de retardo.

22.- Mediante comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 requerimiento que fue atendido por ENERCA, con respuesta fechada el día 17 de diciembre de 2013, radicado No. 2013025668 del 18 de diciembre de 2013.

23.- Mediante acta de reunión celebrada el 23 de diciembre de 2013, con el objetivo de definir propuesta y metodología para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito con CENERCOL, como acuerdo de intención entre las partes, se acordó entre otras cosas, la fecha de terminación anticipada y bilateral del Contrato No. 009 de 2012, el 28 de febrero de 2014 y en materia de multas y faltas, se acordó la realización de una reunión previa con la Interventoría 2C INGENIEROS CENERCOL S.A. y Representantes de ENERCA S.A. E.S.P., para la verificación de las multa; y descuentos contractuales el día de hoy 23 de diciembre de 2013, 2:30 pm.

24.- CENERCOL, a través de la comunicación GG-CLI-014-005, del 17 de enero de 2014, expresó su desacuerdo con el análisis de los documentos enviados en el consolidado de descuentos, tasación de las multas y sanciones, con la finalidad de continuar adelante con los actos preliminares a la terminación anticipada del contrato 009 de 2012 suscrito entre las dos empresas.

25.- CENERCOL, con la comunicación GG-CLI-014-004, del 17 de enero de 2014, remitió a ENERCA propuesta del modelo del borrador del Acta de Terminación del Contrato 009 de 2012 para suscribir por ambas partes y anunció continuar adelantado de manera conjunta los procedimientos y tramites respectivos que traigan como resultado la formalización de la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo como lo conversaron en las reuniones sostenidas con anterioridad.

26.- El 13 de marzo de 2014 ENERCA comunica a CENERCOL la terminación del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014.

27.- CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, en respuesta a la comunicación mencionada en el hecho anterior, entre otras cosas expresaron lo siguiente:

"Damos respuesta a su comunicación de fecha 14 de marzo de 2014 ante la cual manifestamos:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Nos entendemos notificados de la terminación del contrato de Prestación de Servicios 009 de 2012 suscrito entre ENERCA y CENERCOL S.A. el pasado 06 de julio de 2012.
2. Aceptamos la terminación del contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a ENERCA por el incumplimiento en el pago las facturas en los servicios prestados por CENERCOL S.A. y por demás circunstancias adicionales que han generado incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que son ampliamente conocidas por ustedes, las cuales han conllevado a un detrimento patrimonial para la compañía y la generación de perjuicios que ustedes están llamados a indemnizar en virtud de una terminación provocada por ENERCA, por cuanto no obra una justa causa que haya provocado la terminación anormal de contrato que nos ocupa.
3. La terminación del contrato 009 de 2012 por incumplimiento de las obligaciones contraídas por ENERCA tendrá entonces efecto a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014."

28.- Con fecha 24 de julio de 2014 ENERCA elaboró acta de liquidación del contrato, y la remitió a CENERCOL, la cual no fue suscrita por esta sociedad.

29.- Durante la ejecución del contrato ENERCA, realizó los pagos a CENERCOL, a pesar de los incumplimientos observados dentro de la ejecución del contrato, tal como consta en los comprobantes u órdenes de pago No. 1693; 1890; 2174; 2475; 2668; 2669 todas de 2012; 271; 440; 599; 1084; 1541; 1808; 1845; 2194; 2407; 2580; 2724; 2744; 2889; 2890; 3130 fact. 4453; 3130; 3279; 3477 del 2013, pero posteriormente a la gravedad de los incumplimientos ENERCA se vio impedida a realizar los pagos.

30.- Con posterioridad a la terminación del contrato ENERCA ha sido notificada de las demandas laborales presentadas por extrabajadores contratados por CENERCOL para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 celebrado entre las partes, en las cuales reclaman el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y se relacionan a continuación.

Radicado	Juzgado	Demandante	Cuantía superior a
2015 - 023	JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	ROGELIO REYES NIETO	\$65.000.000
2015 - 024	JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	ISMAEL RAMIREZ MORENO	\$60.000.000

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

2015 - 025	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	JHON JAIRO AREVALO MAYORGA	\$59.000.000
2015 - 026	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	NELSON VIDAL MARTÍNEZ LESMES	\$65.000.000
2015 - 027	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	WILSON URIEL BOHORQUEZ CUESTA	\$65.000.000
2015 - 028	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	LUIS ALBERTO MEDINA SANCHEZ	\$65.000.000
2015 - 029	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	JORGE WILSON GARCIA GUTIERREZ	\$60.000.000
2015 - 030	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	EDWIN ESMID SALAZAR LEMUS	\$59.000.000
2015 - 031	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	LEONEL DARIO MIRANDA SALAZAR	\$65.000.000
2015 - 032	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	JEFFERSON AYALA MURCIA	\$65.000.000
2015 - 033	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	HUBER SANTOS HUERTAS ROA	\$59.000.000
2015 - 034	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	GERMAN ELVERTH QUEVEDO RODRIGUEZ	\$69.000.000

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

2015 - 001	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	SERGIO QUIQUIVA VARGAS	\$65.000.000
2015 - 002	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	OMAR YAMITH MOJICA TOSCANO	\$60.000.000
2015 - 003	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	EDILBERTO MANRIQUE	\$65.000.000
2015 - 004	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	LUIS EMILIO BACHILON MILLAN	\$65.000.000
2015 - 005	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	CARLOS JULIO AVELLANEDA BLANCO	\$59.000.000
2015 - 006	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	CESAR DE JESÚS FAJARDO BARON	\$65.000.000
2015 - 007	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	NELSON ALFREDO VARGAS	\$65.000.000
2015 - 008	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	YOBANNY GUTIERREZ NARANJO	\$65.000.000

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

2015 - 009	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	RUBEN ALFONSO MENDEZ MONTAÑO	\$65.000.000
2015 - 010	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	CARLOS EDUARDO NAVAS	\$65.000.000
2015 - 011	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	LUIS REYES TOCA	\$62.000.000
2015-012	JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE PAZ DE ARIPORO	LEONEL HERNANDO VANEGAS HOLGUIN	\$60.000.000
2015 - 013	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	WINSOR TOSCANO PARADA	\$65.000.000
2015 - 021	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	LUIS ALBERTO AMAYA	\$60.000.000
2015 - 022	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	WILSON HEREDIA ATILUA	\$58.000.000
2015 - 023	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	NELSON DAZA MONDRAGON	\$60.000.000
2015 - 024	JUZGADO PROMISCOU CIVIL DEL	ROBERT TOSCANO PARADA	\$60.000.000

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

	CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE		
2015 - 025	JUZGADO PROMISCUO CIVIL DEL CIRCUITO PAZ DE ARIPORO CASANARE	OSCAR JAVIER CARDOZO PUERTO	\$60.000.000
2015 - 544	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	ORLANDO GUZMAN BECERRA	
2015 - 0674	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	CARLOS ANDRES CUSPA CABRA	\$122.000.000
2015 - 0716	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	WILSON CEDIEL UNIVIO	\$87.000.000
2015 - 711	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	ALIRIO IGNACIO LEON SANDOVAL	\$127.000.000
2015 - 712	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	GIRALDO MAHECHA MOLINA	\$122.000.000
2015 - 705	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	LIZABETH KATERINE TRIGEROS ZAPATA	\$83.000.000
2015 - 714	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	NORBERTO JAVIER VEGA RODRIGUEZ	\$127.000.000
2015 - 709	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	GONZALO TRIANA MANOSALVA	\$87.000.000

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

2015 - 710	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	CARLOS EFREN ALVAREZ	\$130.000.000
2015 - 708	JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE YOPAL	OVIDIO MATEUS TORRES	\$122.000.000
2014	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	JUSTINIANO ORTIZ NIETO	\$60.000.000
2014	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO MONTERREY CASANARE	LUIS ALBERTO CASTRO MOYA	\$65.000.000

31.- El 14 de marzo de 2016, ENERCA mediante comunicación identificada con el radicado No. 2016021657, requirió a CENERCOL el cumplimiento de la cláusula de indemnidad por cuanto ha venido siendo notificada de las demandas laborales presentadas por extrabajadores contratados por CENERCOL para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 celebrado entre las partes, en las cuales reclaman el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

III. AUDIENCIA DE INSINUACION

El 25 de agosto de 2016 el Tribunal Arbitral se instaló, admitió la demanda y ordenó notificar el auto admisorio al representante legal de la sociedad demandada, concediéndole el término de veinte días para contestar la demanda, término dentro del cual la sociedad CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. contestó la demanda principal y procedió a presentar demanda de reconvenición que posteriormente fue reformada.

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA PRINCIPAL

CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. oportunamente contestó la demanda así:

Sobre los hechos se pronuncia así:

1. No es un hecho de mi mandante.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

2. No es un hecho de mi mandante.
3. ES CIERTO, No obstante, cómo se logra observar desde el título del contrato, el mismo es contenedor de un nombre amplio y genérico por cuanto dispuso “la operación mantenimiento del sistema...y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA” (subrayado añadido), situación que se prestó para que la entidad contratante descargara en CENERCOL funciones que no eran propias del objeto del contrato, y con ello, el contratista se vio obligado al cumplimiento de un sinnúmero de obligaciones que en ningún momento hicieron parte del objeto del contrato celebrado, lo anterior debido a los constantes requerimientos hechos por el contratante fruto de las necesidades e improvisación con que ejecutó el contrato.
4. No es CIERTO, puesto que, si bien es cierto que se suscribió el Otro sí Modificatorio No. 1 como se enuncia en el presente hecho, no es cierto como lo esgrime el actor que el objeto del mismo se debió a unos ajustes en los desembolsos de disponibilidad. El Otro sí modificatorio No. 1 es relevante por dos situaciones, primero, ENERCA S.A., al momento de celebrar el contrato de prestación de servicios no tuvo consolidados los rubros presupuestales a afectar para poder celebrar el contrato celebrado, y por tal motivo hubo lugar a tal modificación; en segundo lugar, es importante por cuanto modificó la cláusula cuarta del contrato “CUARTA: FORMA DE PAGO.- ENERCA S.A pagará los trabajos realizados en actas parciales previa presentación de informe de actividades, cuenta de cobro y/o factura y el pago final previa suscripción del acta de liquidación una vez recibida la prestación a entera satisfacción por la empresa y evaluación al contratista por parte de la interventoría” (Énfasis por fuera del texto)
5. Es CIERTO.
6. ES CIERTO. No obstante, dicho Otro sí Aclaratorio No. 1, si bien tuvo como objeto adicionar en valor, lo cierto es que el motivo convenientemente olvidado por el actor se debió a la necesidad por parte de ENERCA S.A., de realizarle aclaratorio al Adicional en Valor No. 2 del contrato celebrado, lo anterior, puesto que el Otro sí No. 1 discriminó los costos, para que la entidad pudiera proceder con el correspondiente pago de impuestos derivado del incremento en el precio del contrato suscrito. No obstante lo anterior, convenientemente olvida enunciar el actor las razones y los motivos que dieron lugar al Otro sí Aclaratorio No. 1., Otro sí que aclara el Adicional Valor No. 2 y que, lo que incorporó, fue lo siguiente “adicionar en valor el contrato de prestación de servicios No. 009 del 6 de julio de 2012. La solicitud obedece a que se requiere actualmente ENERCA S.A. ESP., tiene suscrito el contrato de prestación de servicios según la referencia, y considerando que los procesos de operación y mantenimiento se han definido a través de la figura de outsourcing y que para la vigencia

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

fiscal 2013 no se incluyeron recursos para sufragar los gastos correspondientes a personal, dotación, seguridad industrial, vehículos, herramientas, entre otros, tendientes a prestar los servicios de operación y mantenimiento para Gas Natural Domiciliario y Gas Natural Vehicular, en razón fundamental a que dentro de la empresa no se cuenta con el personal que ejecute las actividades de operación y mantenimiento de la unidad de negocio de gas natural se hace necesario para garantizar la prestación de servicio y la satisfacción del usuario suscribir adicional en valor" (Énfasis añadido). Adicional en valor que se acordó por la suma de Col. \$359'388.913., millones de pesos y que tuvo como objeto la operación y mantenimiento de las redes y servicios de gas natural domiciliario y gas natural vehicular, es decir que, el adicional en valor es consecuencia al hecho principal y razón de ser del mismo, el cual era incorporarle al contrato el mantenimiento de las redes de Gas Natural y Gas Natural Vehicular, como ya se dijo, por la misma necesidad e improvisación de ENERCA a lo largo del contrato, tal como lo manifiesta la propia entidad; lo anterior, dista significativamente de la simple mención realizada por el actor respecto a la adición del valor de que trata el presente hecho puesto que refleja lo aquí ya dicho y son las constantes necesidades e improvisaciones de ENERCA a lo largo y ancho de la ejecución del contrato, lo anterior, da cuenta de la falta de estructuración y organización por parte de la entidad en la celebración del mismo.

7. Es CIERTO, no obstante, lo único que buscó tal Modificadorio No. 2 fue restarle al valor inicial del contrato la suma de Col \$54.421.00, por un tema propio e interno de ENERCA S.A.
8. Es CIERTO, sin embargo, el Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3 tuvo por objeto la adición del valor y la modificación parcial del contrato, hubo lugar a esta por la necesidad de aclarar el alcance del objeto contractual en lo concerniente al tema de servicio y mantenimiento en las redes de Gas Natural Domiciliario y Vehicular, puesto que ENERCA desde un principio no contempló tal, así que 3 meses después de haberse suscrito el acta de inicio del contrato celebrado, por las mismas necesidades e improvisaciones por parte del contratante hubo lugar a incorporar el desarrollo de tales actividades de operación y mantenimiento de Gas Natural Domiciliario y Gas Natural Vehicular (véase el Adicional en Valor No. 2 como el propio ENERCA confiesa su necesidad). Lo anterior, no es somero como lo relata el accionante por cuanto al modificarse la cláusula segunda del contrato 'OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA', CENERCOL S.A. empezó a ejecutar el servicio de redes y mantenimiento del Gas Natural Domiciliario y Vehicular, así es que, como se ha venido mencionando a lo largo del presente escrito el contratista siempre se vio sujeto a las necesidades e improvisaciones por parte de la empresa contratante, quien no estructuró desde el inicio en debida forma los alcances y límites del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

9. Es CIERTO, sin embargo, el Adicional en Valor No. 2, como ya se mencionó en el numeral 6° del presente escrito, tuvo por objeto adicionar el valor a Col \$359'388.913., pero por la necesidad de ENERCA S.A., de darle cumplimiento a la operación y mantenimiento de las redes y servicios del Gas Natural Vehicular y Domiciliario, situaciones que dieron lugar al Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3 y al Adicional en Valor No. 2. Así las cosas, como se mencionó, CENERCOL fue producto de la falta de planeación, organización y de las necesidades de ENERCA en el desarrollo del objeto del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012".
10. Sin perjuicio de lo manifestado en el hecho 6° del presente escrito, el hecho es CIERTO.
11. No es un hecho, es una cláusula del contrato. No obstante, el Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3 del contrato celebrado entre ENERCA y CENERCOL, modificó la cláusula referente a las obligaciones del contratista, así "ENERCA S.A E.S.P. en cumplimiento del presente contrato contemplara para la vigencia 2012 el desarrollo de actividades inherentes a los Procesos de Operación y Mantenimiento y demás obligaciones contractuales para las unidades de negocio de Energía Eléctrica, Gas Natural Domiciliario y Gas Natural Vehicular, a partir de la vigencia 2013 se ejecutarán las actividades de la Operación y Mantenimiento de la unidad de negocio de Energía Eléctrica". Dicho Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3, modificó la cláusula cuarta 'FORMA DE PAGO' del Contrato de Prestación de Servicios.
12. Es CIERTO, sin embargo, el Otro sí Modificadorio No. 1 y el Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3, modificaron la Cláusula de Forma de Pago a que el actor hace alusión en el presente hecho.
13. Es CIERTO, no obstante, el Adicional en Valor No. 1 y Modificadorio No. 3, también modificaron las formas de pago del contrato celebrado.
14. No es un hecho, es una cláusula del contrato, sin embargo, al ser una cláusula incorporada al hecho en forma incompleta, para mayor claridad del H. Tribunal me permito incorporar a este escrito el numeral 48° en su totalidad "la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA; es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas, haciéndose el descuento respectivo en caso de incumplimiento" (Énfasis añadido). Ahora bien, este numeral que no es un hecho, tiene relevancia por cuanto de la lectura de dicha cláusula, el Tribunal ha de advertir, el hecho inequívoco del cual se desprende que, al ENERCA cancelar a

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CENERCOL las facturas era porque encontraba cumplida esta cláusula, y, por tal razón, de las facturas expedidas por ENERCA para el cobro de CENERCOL, ha de entenderse que el tema de los materiales se encontraba a paz y salvo entre las partes. Además, aún hoy ENERCA adeuda a CENERCOL en la ejecución del contrato pagos, los cuales están soportados en la correspondiente factura emitida por el contratista y aceptada por ENERCA, los cuales aún no han sido cancelados a mis poderdantes.

15. No es un hecho de mi mandante, es una interpretación de la ley de la parte actora. No obstante, el contrato celebrado, en la cláusula Décima Primera estipuló “el presente contrato se regirá por forma general por las normas reglamentarias y complementarias del Código Civil y de Comercio; el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el artículo 76 de la Ley 143/94, la Ley 689 de 2001, el Reglamento de Contratación vigente aprobado mediante Acuerdo de Junta Directiva No. 005 del 24 de agosto de 2005 y en especial por las siguientes cláusulas...”.
16. No es un hecho, es una cláusula transcrita del contrato.
17. No es un hecho, es una cláusula transcrita del contrato.
18. No es un hecho, es una cláusula del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
19. No es un hecho, es una cláusula del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, la cual no produce ningún efecto para fines procesales.
20. No es un hecho, es una cláusula del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, sin perjuicio de lo anterior tal como se expresa en la comunicación GG-EXT-013-057 del 9 de agosto de 2013, remitida por CENERCOL S.A. a la firma interventora 2C Ingenieros, CENERCOL S.A. siempre requirió de la interventoría explicaciones y detalles relacionados con el cumplimiento de esta obligación, unos y otros los cuales nunca fueron satisfechos a la sociedad que represento.
21. No es un hecho, es una cláusula del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012. Sin embargo, destaco que en el presente caso no ocurrió una delegación, sino que se presentó fue una contratación de un tercero, ENERCA claramente se reservó el derecho de ejercer la interventoría a través de la gerencia general o de un delegado de esta, pero de ninguna manera previó que pudiera contratarse dicha interventoría. Dicha contratación tuvo como propósito y fin el acoso contractual en abuso del derecho y/o en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

incumplimiento del contrato por parte de ENERCA que siempre realmente lo que quiso fue dar por terminado el contrato y al no obtener la aquiescencia de CENERCOL por ello, urdió con la empresa contratada toda una tramoya la cual terminó con la terminación unilateral, ilegal del contrato.

22. Es CIERTO, tal como se manifestó en el hecho 17 del presente escrito, desde julio del 2012 hasta el primer trimestre del año 2013, las funciones de interventoría fueron ejecutadas directamente por ENERCA S.A.
23. Es CIERTO. No obstante, no es un hecho relevante dentro del presente proceso.
24. No es un hecho de mi mandante, y tal como se manifestó en el hecho 17 de la presente contestación, la gerencia de ENERCA incumpliendo el contrato no delegó el ejercicio de una obligación contractual, sino que la subcontrató con un tercero en interés de ese tercero y de la entidad contratante. CENERCOL S.A., al respecto no tuvo ningún tipo de objeción, pues entre otras, ello le fue notificado como un hecho cumplido, acudiendo a la buena contractual. No obstante, como se ha advertido en el presente documento, entre julio de 2012 y mayo de 2013, momentos en los cuales la interventoría fue ejercida directamente por ENERCA S.A., no existe ningún tipo de requerimiento a favor o en contra de mis mandantes, si bien, en un principio hubo algunos desajustes en la contratación por parte del contratante y que tuvieron que ser corregidos en los primeros meses de la ejecución del contrato y por ello, todos los Otrosíes y modificatorios, lo cierto es que durante ese periodo, la interventoría que ejerció directamente el contratante ENERCA, fluyó en la forma esperada y de ahí que el contrato de prestación de servicios suscrito entre ENERCA y CENERCOL, se desarrollara dentro de los términos normales y esperados, puesto que los pagos no se demoraban, CENERCOL obtenía los pagos y el flujo de caja de acuerdo a sus proyecciones y en general, el contrato de prestación de servicios tuvo fluidez y una correcta ejecución por ambas partes. Sin perjuicio de lo anterior y haciendo caso omiso y abstracción de lo ilegal de la contratación de la interventoría, tal contrato estaba limitado a los límites, deberes y obligaciones que imponía el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, así las cosas el contrato celebrado entre ENERCA y CENERCOL, lo cual fue también claramente incumplido no solo por parte de ENERCA sino también por parte de la interventoría pues en ejercicio de la misma se hizo más gravosa desde el punto de vista contractual la posición de CENERCOL S.A.
25. No es un hecho de mi mandante, me atengo a lo que se pruebe.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

26. No es un hecho de mi mandante, me atengo a lo que se prueba. No obstante, la afirmación contenida en este hecho por parte del apoderado de la parte actora que reza “Durante el desarrollo del contrato en algunos días no se ofreció el total de los servicios de recursos que componen cada uno de los unitarios, generando la necesidad de realizar descuentos de acuerdo a los recursos no suministrados y los precios pactados contractualmente” (subrayado por fuera del texto). La anotación anterior, traída por la parte demandante al escrito de demanda sirve por cuanto muestra una más de las irregularidades cometidas por la interventoría 2c ingenieros, en amaño con el contratante ENERCA, lo anterior, por cuanto no le era potestativo a la luz del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 a la interventoría generar y/o realizarle descuentos al contratista. Lo anterior, por cuanto el contrato de prestación de servicios celebrado entre ENERCA y CENERCOL, estipuló en la cláusula ‘Décima Segunda’ el tema sobre las multas así “en caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones del CONTRATISTA, sin justa causa las partes acuerdan que ENERCA S.A. E.S.P. podrá cobrar al contratista multas sucesivas conforme al anexo No. 1 del presente contrato, sin exceder el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, para lo cual se acudirá al juez competente” PARÁGRAFO: su cobro podrá efectuarse con cargo a la garantía de cumplimiento. Al respecto hay que mencionar cuatro cosas: 1. Que ENERCA ya intentó agotar la obligación contenida en el parágrafo de la cláusula segunda, para lo cual la aseguradora Mundial de Seguros no encontró la ocurrencia del siniestro 2. Que de existir incumplimiento las partes decidieron que el mismo puede ser eximido de pago si el mismo se encuentra justificado por una justa causa 3. Que para el cobro del mismo se ha de acudir al juez competente y 4. Que el monto de las multas no podrá exceder el 10% del valor total del contrato. Así las cosas, tal como lo manifiestan las actas aducidas en el que la interventoría delegada genera la necesidad de realizar descuentos va en contra del debido proceso estipulado en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012. CENERCO frente al interventor y frente a ENERCA, siempre procuró que la ejecución se llevara a cabo en los términos pactados en el contrato, por ello, el contratista nunca entendió porque el interventor imponía apremios o descuentos por fuera del conducto regular y el debido proceso que se debía cumplir, tales como, llamar a descargos al contratista previo envío de comunicación para tal fin, donde se manifestara el posible incumplimiento, se pidan las explicaciones correspondientes a fin de determinar la viabilidad de la aplicación del descuento, y con ello, se le habría respetado el derecho de defensa a CENERCOL y también lo pactado, no obstante, la situación no fue así puesto que como se infiere de las comunicaciones aludidas por el actor en el presente hecho, a CENERCOL, el interventor siempre buscó aplicar las medidas coercitivas sin tener en cuenta los argumentos del contratista, sin embargo, en quien recae la responsabilidad que este tipo de situaciones perturbaran el buen desarrollo del proyecto es de ENERCA, quien no puso límites a tales infracciones contractuales y al

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contrario fue permisivo y pasivo frente a tal situación, lo que sin lugar a dudas, repercutió en el buen y armónico desarrollo del proyecto, y, a lo anterior, hay que sumarle las dificultades para el contratista debido a que, la radicación de las facturas siempre se vieron inmersas en cuestionamientos por parte de la interventoría, sumado a la falta de disponibilidad de los ingenieros de ENERCA y de la interventoría, ausencia de dinero por parte del contratante, que hizo que los pagos se retrasan sistemáticamente y obligan al contratista a soportar un peso en la relación contractual, que no tenía el deber jurídico de soportar. La interventoría 2c ingenieros, le exigía a CENERCOL el pago de obligaciones adquiridas frente a terceros, cuando el propio ENERCA en los meses que dichas obligaciones se encontraban retrasadas de ser pagadas, aun no cancelaba por las actividades ejecutadas. Las desviaciones en los pagos por parte de ENERCA, que eran de 3 y 4 meses de retardo, incluso algunas que al día de hoy se encuentran insolutas, hacía que ciertos pagos frente a terceros por parte de CENERCOL también se retrasaran, no obstante, las actividades y la ejecución del proyecto siempre siguió adelante por parte de CENERCOL S.A.

27. Es CIERTO, la interventoría 2C Ingenieros, generó requerimientos no obstante tales en ningún momento fueron derivados por incumplimiento de CENERCOL en las actividades derivadas de contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012. Las obligaciones contractuales, a que hizo referencia en varias ocasiones se derivó de la falta de liquidez del contratista por la demora en los pagos por parte de ENERCA. El contratista CENERCOL si bien tuvo problemas de liquidez derivado del incumplimiento por parte de ENERCA en los pagos de las actividades realizadas, lo cierto es que, en la ejecución de las actividades, CENERCOL nunca incumplió, tanto es así, que el servicio siempre fue prestado por parte del contratista y no obra prueba en el expediente que pueda acreditar alguna interrupción o falla grave del servicio contratado y prestado por mis mandantes. Resulta falso y equívoco la afirmación por parte del actor al manifestar que los requerimientos se derivaron de la inejecución del cumplimiento contractual.
28. No es CIERTO, y para mayor claridad del H. Tribunal me permito ampliar en este escrito la comunicación aludida por el actor en este numeral según el cual para la parte actora CENERCOL reconoce el incumplimiento de sus obligaciones lo cual no es cierto. CENERCOL manifestó en dicha comunicación "en nuestra calidad de contratistas, somos conscientes de las obligaciones que como empleadores debemos cumplir frente al pago de seguridad social y aportes parafiscales y aunque algunos meses estos pagos se han realizado con algunos días de retardo por problemas ajenos a nosotros, siempre se ha garantizado el acceso al sistema de seguridad social en salud para nuestros empleados y la cobertura que los mismos deben tener en cuanto a riesgos profesionales para

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

encontrarse debidamente protegidos al desarrollar sus actividades. Esta situación como ya lo hemos expuesto a ustedes en diferentes ocasiones y escenarios se viene presentando por la difícil situación que enfrenta CENERCOL S.A. en el momento de realizar la conciliación y posterior radicación de las facturas por los servicios prestados cada mes, ya que el proceso debe adelantarse para el pago de las mismas conlleva un serie de trámites previos que deben ser realizados de manera conjunta con la firma interventora 2C ingenieros y que la misma dilata mucho más con la constante devolución de actas, y con el escaso apoyo de una labor que compete a las dos empresas, situación que retrasa los tiempos que CENERCOL tenga destinados para poder radicar sus facturas, obtener el pago oportuno de sus servicios y cumplir de igual manera con todos los compromisos adquiridos frente con terceros”, y agrega el contratista “la seguridad social de todos los empleados del proyecto se encuentra completamente al día lo que indica que en esta oportunidad no estamos sujetos al pago de esta acta como usted lo afirma, para cumplir con nuestros compromisos en el cubrimiento de las obligaciones con el sistema de seguridad social, pero si para la correcta cancelación de otras obligaciones adquiridas con nuestros proveedores”, y finaliza la comunicación así “para que CENERCOL pueda cumplir mes a mes de manera oportuna con los pagos pendientes a sus proveedores, se hace necesario la colaboración eficaz de la firma interventora 2C Ingenieros en la revisión y Vo. Bo. [Visto Bueno] de las actas que permitan radicar en tiempos prudentes las facturas y de igual manera la colaboración de ENERCA en el pago ágil y oportuno de las mismas”, en la misma comunicación se logra observar como la actividad ejecutada por CENERCOL en el mes de agosto de 2013, siendo noviembre 26 del mismo año, se encuentra sin ser cancelada por la entidad ENERCA.

29. No es CIERTO, puesto que CENERCOL S.A., en ningún momento solicitó la terminación bilateral sino de común acuerdo del contrato de prestación de servicios como se argumentó en la comunicación fechada el 18 de diciembre de 2013 (GG-CLI-013-204), los intentos de terminación bilateral del contrato de prestación de servicios antes de la llegada de su término de vencimiento se produjeron como resultado de las conversaciones sostenidas entre ENERCA y CENERCOL. Por lo anterior, es importante recalcar que la terminación bilateral anticipada del contrato no obedeció a una iniciativa presentada por CENERCOL unilateralmente, sino al libre y voluntario acuerdo de las partes. De conformidad con lo anterior, CENERCOL, se manifestó solicitándole a ENERCA, la formalización de lo acordado para que se protocolizara la situación en un documento.
30. Este numeral consta de dos hechos diferentes. Respecto del primero, el acta del 23 de diciembre de 2013 tuvo como objetivo “definir propuesta y metodología de mutuo acuerdo para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No 009 de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

(Mundial de Seguros S.A.), que valga sea de paso decir, no encontró probado el siniestro.

34. Es CIERTO, no obstante, me permito anexar el siguiente extracto de dicha comunicación del 20 de marzo de 2014, omitida por la parte actora “CENERCOL seguirá por su parte como hasta el momento lo ha hecho, ejecutando el proyecto hasta el día antes señalado a pesar que en las conversaciones con ustedes había un claro compromiso donde se nos garantizaba el pasado lunes 17 de marzo de 2014 el pago de lo adeudado por las facturas pendientes de los meses de noviembre y diciembre, recursos con los cuales se cancelarían las obligaciones salariales y de proveedores vitales para el cumplimiento de la operación; situación que en este momento a fecha 20 de marzo de 2014 no se ha dado” y agrega CENERCOL “es importante señalar por tanto que los incumplimientos que se pudieran generar por parte de CENERCOL S.A., desde su fecha de acuerdo de pago, solo podrán ser imputables a ENERCA, al igual que todos los anteriores generados por la imputabilidad en el pago de las facturas por operación”. De esta comunicación entre las partes es importante recalcar que la misma es fechada el 20 de marzo del 2014, y para entonces, ENERCA le adeuda a CENERCOL facturas de noviembre del año anterior, es decir, para el momento de la comunicación cruzada van (4) meses y contando, en los cuales ENERCA no ha cumplido con la forma de pago estipulada en el contrato y con los acuerdos de pago que las partes realizaban en reuniones a propósito de la mora en los mismos, con lo anterior, queda claro como ENERCA incumplió el contrato celebrado modificado por el Otro sí No. 1 y los acuerdos celebrados entre las partes.
35. Es CIERTO, ENERCA unilateralmente elaboró dicha acta de liquidación fechada el 24 de julio de 2014 para que la misma fuera aceptada y firmada por CENERCOL sin más ni menos. La respuesta de CENERCOL a dicha liquidación unilateral fue la siguiente “en atención al acta de liquidación final del contrato 009 de 2012, allegada por ustedes a las instalaciones de CENERCOL el día 28 de julio de 2014, manifestamos que rechazamos íntegramente el contenido y no aceptamos la misma, excepto en cuanto al valor manifestado como saldo de ENERCA a CENERCOL por valor de \$1'704.532.543., por concepto de energía y \$530'812.223 por concepto de gas”, y agrega CENERCOL “ de igual forma se debe aclarar que el plazo para la liquidación por mutuo acuerdo venció el día 31 de julio del año en curso [2014] y rechazamos, como ya se dijo la liquidación presentada por ustedes, por lo tanto no procede la liquidación unilateral, más si la judicial”. Valga decir en este punto, que el acta de liquidación elaborada por ENERCA, incluyó en dos de sus ítems, por un lado, multas al contratista por un monto de \$1'115.405.109., también el cobro de la cláusula penal por un monto de \$2'097.222.689. Como lo logrará observar el H. Arbitro, tal Acta de Liquidación no contempla el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

orden legal, ni mucho menos el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, ley para las partes.

36. No es CIERTO, este hecho solo ratifica lo distante que ENERCA se mostró frente al contrato. La Cláusula Cuarta del contrato correspondiente a la "FORMA DE PAGO", modificada por el Otrosí No. 1 fue clara en estipular "ENERCA S.A. pagará los trabajos realizados en Actas parciales previa presentación de informe de actividades, cuenta de cobro y/o factura y el pago final previa suscripción del Acta de Liquidación una vez recibida la prestación a entera satisfacción por la Empresa y evaluación al Contratista por parte de la interventoría". Así las cosas, el texto del contrato es claro en cuanto a que ENERCA solo procedía con los pagos una vez recibida la prestación a entera satisfacción del contratante y evaluación al contratista por la interventoría. Si hubiera existido el incumplimiento alegado por el actor en ejecución del contrato por parte de mis mandantes, que no lo hubo, ENERCA a la luz del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 no se encontraba facultada para hacer tales erogaciones. Puesto que la prestación ejecutada para ser pagada debía cumplir con la entera satisfacción por parte de la entidad contratante sumada a la evaluación que sobre esta hiciera el interventor de la presentación del informe de actividades, cuentas de cobro y facturas. Por lo tanto, sostener como lo indica el actor en el presente numeral, que ENERCA realizó los pagos a CENERCOL de las facturas y órdenes de pago a pesar de los incumplimientos observados dentro de la ejecución del contrato es solo una prueba más que sirve para mostrar lo que aquí se ha venido sosteniendo y es lo distante que ENERCA S.A., se encontró de dar cabal cumplimiento a lo estipulado en el contrato celebrado. Así las cosas, si en gracia de discusión dijéramos CENERCOL incumplía en la ejecución del contrato como lo asevera el actor en este numeral, no le era dable a ENERCA efectuar los pagos que indica el actor, puesto que, a la luz del contrato celebrado, ENERCA solo podría realizar dichas erogaciones hasta que recibiera la ejecución a entera satisfacción, previa liquidación del acta final y del visto bueno del interventor, quien más que ser un coequipero que buscara el cumplimiento ejecución del contrato, tal como para el interventor lo previó el contrato No 009 de 2012, más bien resultó ser un coequipero de las intenciones de mala fe que ENERCA tenía respecto a las obligaciones que se le derivaban del contrato celebrado. Por lo tanto, este hecho manifestado por el actor solo sirve para corroborar lo que aquí se viene planteando y es el distanciamiento que siempre tuvo ENERCA del contrato celebrado, este hecho sirve porque confiesa como lo hace en más de un hecho de la demanda que su actuar siempre fue alejado y desbordado de lo pactado. Y por el contrario, este hecho torna relevancia en cuanto muestra que CENERCOL S.A., si cumplió con la ejecución del contrato y que, por ello, existen tales facturas de pago de la ejecución del contrato celebrado, lo que es concordante con el Otrosí modificadorio No. 1 sobre la 'forma de pago' del contrato celebrado pues muestra que si hubo por parte de mi mandantes una ejecución, que la misma fue recibida a entera

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

satisfacción ENERCA y que además también cumplió con las exigencias, procesos y reprocesos que el interventor requería.

37. No es un hecho de mi mandante, estoy a lo que se prueba. No me consta que ENERCA esté siendo notificada de las demandas que enuncia en este hecho, como tampoco me consta que las personas que allí se mencionan hayan sido trabajadores de CENERCOL, o si las mismas hayan colaborado en el proyecto a título de empleados con contrato laboral o si las mismas son contratistas prestadoras de unos servicios en el proyecto. Por lo anterior, y hasta que no haya un pronunciamiento de la justicia respecto a los hechos y pretensiones de las demandas enunciadas por el actor en este hecho, no me es dable hacer algún pronunciamiento al respecto. Lo anterior, sin perjuicio de manifestar que las normas de derecho laboral son de orden público sobre las cuales no cabe pacto en contrario y, por lo tanto, en virtud de tales principios conferidos por el ordenamiento jurídico nacional. De otra parte, cabe señalar que las obligaciones laborales del personal utilizado por CENERCOL en ejecución del contrato fueron satisfechas o cumplidas por parte de la sociedad que represento, y/o reconocidas legalmente en los escenarios donde debe efectuarse su pago dada la condición de encontrarse la empresa sometida al régimen de que trata la ley 1116 de 2006.

38. Es CIERTO, en lo que respecta a la existencia de la comunicación referida sin embargo frente al requerimiento hecho por ENERCA, en dicha comunicación, se hace necesario aclarar que, ENERCA al igual que busca evadir los deberes y obligaciones asumidas en virtud del contrato celebrado No. 009 de 2010 celebrado con CENERCOL, también ahora, buscando evadir las presuntas obligaciones y deberes que por imperio legal asume como contratante frente a terceros trabajadores del proyecto ejecutado en virtud del contrato celebrado. Mis mandantes, se encuentran salvaguardados en este presunto incumplimiento por la presunción de inocencia que solo será desvirtuada hasta que no se declare por parte de juez competente el vínculo prejuzgado por el actor como laboral puesto que este pudo haber sido contractual o laboral, si lo hubo, con los demandantes enunciados por el actor en este hecho.

FRENTE A LAS PRETENSIONES SE PRONUNCIÓ ASÍ:

ME OPONGO a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la parte convocante en las pretensiones de la demanda, tanto a las principales como a la denominada única subsidiaria, y, en consecuencia, doy contestación a los hechos de la demanda, así mismo, propongo excepciones que demostrarán la carencia jurídica de lo pretendido por el actor dentro del proceso de la referencia.

Por razón de lo anterior también me opongo a que se condene el pago de suma alguna de dinero a favor de la parte demandante.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

FORMULÓ EXCEPCIONES DE MÉRITO O DE FONDO, ASÍ:

A. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. El Código Civil prevé:

“ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

2. La excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* regulada en el Código Civil le permite a CENERCOL ejercer su derecho de defensa frente a los presuntos incumplimientos endilgados, puesto que, así hubiese existido el incumplimiento por parte de mis mandantes (a pesar del escaso acervo probatorio proveniente directamente de ENERCA, puesto que la gran mayoría de sus argumentos son basados en los informes del interventor) lo cierto y lo importante es que el actuar de ENERCA en la ejecución del contrato de prestación de servicios pone a CENERCOL en una situación jurídica en virtud de la cual su actuar no pueda entenderse antijurídico.
3. El contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, suscrito entre ENERCA S.A y CENERCOL S.A., cumple con lo requerido jurisprudencial y normativamente para la aplicación del artículo 1609 del Código Civil, toda vez que, el mismo es un contrato sinalagmático perfecto por cuanto supuso cargas para ambas de las partes incursas en la relación contractual.
4. Así las cosas, al encontrarse en ambos extremos de la relación jurídico contractual ciertas obligaciones y deberes no le es dable al contratante ENERCA, dado los graves y probados incumplimientos en que incurrió en la ejecución del contrato solicitar las declaraciones y condenas que pretende.
5. La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, en los siguientes términos:

“el principio básico sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación”¹

6. El contrato de prestación de servicios estipuló que ENERCA debía pagar los trabajos realizados previa presentación de informe de actividades, cuentas de cobro y/o facturas. Situación que no ocurrió de acuerdo a lo pactado, tanto es así, que aún hoy existen (3) Facturas de Venta suscritas por ENERCA en la ejecución del contrato, las cuales suman más de \$2.000.000.000., y que no han sido canceladas por el contratante, las cuales se incorporarán al presente proceso en la oportunidad procesal.
7. Es necesario manifestarle al H. Tribunal Arbitral, que para el caso que nos ocupa, se encuentran dados los presupuestos facticos y jurídicos necesarios para dar aplicación a la excepción *exceptio non adimpleti contractus*.
8. Así las cosas, de conformidad con la normatividad vigente, CENERCOL no ha de ser condenado, ni declarado como parte incumplida en la presente relación contractual, puesto que al tenor de la norma “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla”, por lo anterior, la conducta de CENERCOL, reflejo del actuar desplegado por ENERCA en la ejecución del contrato, convierte la conducta del contratista ajustada a la normatividad y por ende, jurídica.

B. INEXISTENCIA DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. Ahora bien, los incumplimientos endilgados por el actor en el contrato de prestación de servicios, incluso de haberse dado, nunca fueron graves y no pusieron en ningún momento en riesgo la ejecución del contrato celebrado, puesto que, CENERCOL a pesar de las dificultades y de los perjuicios irrogados por el incumplimiento del contratante coadyuvado por la firma interventora, siguió ejecutando las actividades hasta la posterior liquidación unilateral por parte del contratante ENERCA S.A.
2. Los presuntos incumplimientos que el contratante endilga a mis mandantes, se dan a partir de la entrada de la firma interventora y con fundamento en las comunicaciones y reportes del interventor es que ENERCA ejerce su derecho de acción. Sin embargo, CENERCOL no le ha causado ningún daño cierto y concreto a ENERCA para que pueda hablarse de la configuración de responsabilidad.

¹ (G.J. Tomo CXLVII, pág. 163).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

3. Bien es sabido que, ante la ausencia de daño no hay responsabilidad. ENERCA en la relación contractual objeto del presente debate no tiene acervo probatorio que demuestre que las conductas realizadas o dejadas de realizar por mi mandante le han causado daño. Ahora bien, conscientes de la existencia del nexo causal e imputabilidad, lo cierto es que el daño cierto no se encuentra plenamente demostrado en las pruebas incorporadas por el actor. Así las cosas, ENERCA no prueba que haya sufrido un menoscabo a una situación jurídica favorable.
4. El arsenal probatorio del actor y con que busca fundamentar los presuntos incumplimientos del contratista son basados en una ciega confianza de lo reportado por la firma interventora, sin embargo, tal como se manifiesta en los hechos de la presente contestación, el interventor no solo sobrepasó los límites que el contrato No 009 del 2012 le imponía, sino que en muchas ocasiones fue en contra de éste de manera directa tal como lo prueban abiertamente las distintas comunicaciones que anexo a la presente, donde el interventor busca interponer multas y descuentos al contratista por situaciones incluso imputables al el mismo, sin tener en cuenta el clausulado del contrato celebrado entre ENERCA y CENERCOL, que no permitía su actuar en la forma realizada.
5. Así las cosas, repito, ENERCA, basando todo su saber y entender, en la confianza ciega que le tenía al interventor, ejerciendo su derecho de acción decide convocar este proceso en reportes realizados por el interventor, el cual, fue contratado a partir del primer trimestre del año 2013 y que como se encuentra de manifiesto en las mismas pruebas aportadas por el actor fue a partir de entonces cuando la ejecución del proyecto comenzó a tener las dificultades y dilataciones que no permitieron al mismo llegar a un feliz término de acuerdo a lo pactado en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
6. **Así las cosas, al contratante no tuvo una intermediación directa con los hechos que alega por cuanto los incumplimientos que le endilga al contratista son basados en reportes de la firma interventora como tampoco logra demostrar un daño o perjuicio ocasionado por CENERCOL**
7. Las faltas de mediación del contratante frente a los presuntos incumplimientos son basados en los informes de la interventoría, pero no hay ni una sola comunicación en la que ENERCA le manifieste al interventor mayor diligencia en su actuar a pesar de las constantes quejas y reclamos que CENERCOL le hizo al contratante en ese sentido.
8. Para finalizar el presente acápite, me permito traer a colación la Sentencia del 18 de diciembre del 2008, proferida por la Corte Suprema de Justicia, quien al respecto se ha manifestado así:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“De suyo, que si **el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda,** salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, **sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible**”. (Énfasis añadido)

C. LA ILEGAL Y/O ABUSIVA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 009 DE 2012 REALIZADA POR ENERCA S.A.

1. El artículo 1602 del Código Civil establece:

“Artículo 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>
Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

2. Para el caso que nos ocupa la ley para las partes por tanto es el contrato No. 009 de 2012, el cual estipuló en la Cláusula Séptima lo siguiente:

“TERMINACIÓN. *El presente contrato se terminará por la ocurrencia de uno cualquier de los siguientes eventos **a)** incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda **b)** por ceder total o parcialmente el contrato sin la autorización previa del contratante **c)** por decisión de el contratante cuando exista grave incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista. En este caso la comunicación le será comunicada por escrito al contratista con tres (3) días de anticipación **d)** por factores de orden público que impidan ejecutar normalmente el presente contrato **e)** por mutuo acuerdo de las partes contratantes **f)** por las demás causas legales PARAGRAFO: una vez vencido el plazo, EL CONTRATANTE declarará el incumplimiento, en cuanto ordene hacer efectivos los descuentos acordados y el valor de la Cláusula penal pecuniaria, permitirá hacer efectiva las garantías ante la aseguradora”.* (Énfasis añadido)

3. No le era potestativo a ENERCA, en virtud de la ley para las partes haber terminado el contrato en la forma realizada, puesto que no ocurrió ninguno de los literales que le permitieran hacerlo.
4. Como se narró suficientemente en los hechos, ENERCA quien tal vez por falta presupuestal o por otras razones que habrán de salir a luz en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

el presente proceso buscó por todos los medios el acaecimiento de algunas de las causales para justificar la ocurrencia de terminación estipulada en la cláusula séptima del contrato.

5. Lo anterior, **le permitiría hacer efectiva las pólizas contraídas para la ejecución del contrato, hacer efectiva la cláusula penal y el efecto más importante, no se vería obligado a cumplir con las demás obligaciones dinerarias contraídas y que le imponía el contrato celebrado**, además de lo anterior, podría darle un matiz legal a la terminación del contrato celebrado y con ello se libraría del pago de las obligaciones dinerarias que aún a la fecha adeuda a mis mandantes.
6. Para librarse de tales obligaciones dinerarias con las que tal vez ya no contaba, contrató a la interventoría 2c ingenieros para que esta le atribuyera a CENERCOL un sinnúmero de incumplimientos (8.813 folios), que por más incumplimientos que fueran, no fueron graves y si lo fueron, no causaron daño en la compañía contratante.
7. El protocolo seguido por ENERCA para la liquidación unilateral alejado del debido proceso estipulado en el contrato de prestación de servicios, y la forma en que efectuó la liquidación allí incorporada, dan cuenta que al contratante ya no le interesaba cumplir con lo convenido.
8. Así las cosas, la terminación unilateral del contrato por parte de ENERCA resulta ilegal máxime cuando el acta de liquidación del 13 de marzo del 2014, contiene una liquidación abiertamente opuesta a los parámetros que estableció el contrato para este evento.
9. ENERCA a través de la liquidación unilateral realizó unos descuentos para cobrarse el pago de multas, cuando para la efectividad de las multas el contrato estableció un debido proceso el cual a ENERCA nunca le importó respetar puesto que su actuar solo estaba encaminado al libramiento de las obligaciones dinerarias asumidas en virtud del contrato celebrado.
10. Así las cosas, tal declaración unilateral de terminación del contrato por parte de contratante resulta en ilegal y antijurídica, y con ello, causó en mis representados unos perjuicios que no están en el deber jurídico de soportar.
11. Sumado a lo anterior, la cláusula 'séptima' del contrato a la que hace alusión el apoderado estipuló la terminación del contrato por acaecer uno o cualquiera de los siguientes eventos: a) por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda b) por ceder total o parcialmente el presente Contrato sin la autorización previa del CONTRATANTE c) por decisión de EL CONTRATANTE cuando exista grave incumplimiento de las obligaciones por parte de EL CONTRATISTA. En este caso la decisión

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- le será comunicada por escrito al contratista con tres (3) días de anticipación. d) por factores de orden público que impidan ejecutar normalmente el presente contrato e) por mutuo acuerdo de las partes contratantes f) por las demás causas legales.
- 12.** Hay que manifestar que ninguno de los anteriores eventos acaeció en la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado puesto que CENERCOL S.A., siempre y en todo momento respondió a las actividades contratadas, situación inobjetable por ENERCA. Tanto es así, que no hubo en el lapso de ejecución una inoperancia del servicio que pueda ser endilgada al contratista CENERCOL.
- 13.** Así las cosas, al no acaecer una o algunas de los eventos enlistados en la cláusula séptima de que trata el presente hecho no le era dable al contratante ENERCA S.A., liquidar el contrato de prestación de servicios en la forma unilateral como efectivamente lo hizo. ENERCA S.A. contrato la interventoría 2C Ingenieros, para que controlara la correcta ejecución y cumplimiento del mismo, como se desprende de la cláusula 'Décima Quinta' del contrato, que a su tenor dispuso "será ejercida [la interventoría] por parte de la Gerencia General y/o en quien delegue, quien controlara su correcta ejecución y cumplimiento mediante la elaboración y verificación conjunta de actas de iniciación, parciales y finalización del contrato" (subrayado por fuera del texto).
- 14.** Así las cosas, la interventoría quien hasta el primer trimestre del año 2013 fue ejercida por ENERCA, fue fluida y no hay en ese lapso ningún tipo de comunicación entre las partes que infieran fallas en la ejecución del mismo, no obstante, como ya se mencionó, la abierta discrecionalidad por parte de ENERCA en la ejecución del contrato, por lo abierto que el mismo se planteó desde un principio.
- 15.** Sin embargo, hasta ese momento, el contrato de prestación de servicios funcionó sin mayores inconvenientes para las partes. No obstante lo anterior, cambió significativamente a partir del primer trimestres del 2013 cuando ENERCA en virtud del contrato de prestación de servicios decide contratar a la interventoría 2C la correcta ejecución, y el cumplimiento del mismo.
- 16.** La interventoría 2c ingenieros contratada para dar cumplimiento a lo estipulado en la cláusula 'decima quinta' del contrato de prestación de servicios desde su instalación, tuvo un único propósito BUSCAR LA OCURRENCIA DE ALGUNOS DE LOS EVENTOS estipulados en la cláusula séptima del contrato. Así, ENERCA podría liquidar el contrato, en la forma unilateral que lo hizo, sin desbordar la cláusula séptima del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- 17.** El objetivo de la interventoría contratada siempre fue el de buscar la forma de justificar la terminación del contrato antes del término de 31 meses previsto. Tal como lo podrá observar el H Tribunal arbitral a lo largo y ancho de todas las comunicaciones cruzadas entre las partes, la situación anteriormente descrita, dio como resultado que el contratante, en su afán de justificar la terminación del contrato, desbordará lo previsto en el mismo y así, es ENERCA quien incumple el contrato puesto que la función de la interventoría se encontraba limitada por el contrato 009 del 2012, no obstante, incursos en su dolo y mala fe para dar por terminado el mismo antes del término previsto, tanto ENERCA como la interventoría buscaron no en forma indirecta como habría de suponerse sino en forma directa, el acaecimiento de alguno de los sucesos previstos para la terminación del contrato.
- 18.** Lo anterior, con el único fin repito, de darle aplicabilidad a la cláusula 'séptima' y así justificar la terminación de relación contractual con anterioridad al termino pactado en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012. Las situaciones descritas, lograron su fin, el cual era, la liquidación del contrato antes del término previsto, liquidación que en un principio fue planteada en diversos escenarios y a través de distintas reuniones entre la gerencia de ENERCA y de CENERCOL que la misma se diera de forma bilateral, para CENERCOL en un principio una liquidación bilateral le pareció razonable puesto que las demoras en los pagos por parte de ENERCA, que en el mejor de los casos eran de cuatro meses y que llevaron a mis mandantes a la ejecución de las actividades propias del proyecto con dineros propios de la compañía y hasta con la toma de préstamos bancarios por la necesidad de cumplir, tales situaciones que no fueron cobijadas en el contrato causaron graves perjuicio para el contratista CENERCOL.
- 19.** Sin embargo, tal como consta en el Acta de Reunión que tuvo lugar en las Oficina de Gerencia de ENERCA el 23 de diciembre de 2013 a las 10:00 am y que tuvo como objetivo "Definir propuesta y metodología de mutuo acuerdo para la terminación bilateral del Contrato de Prestación de Servicios No. 009 de 2012 – suscrito por CENERCOL S.A", se observa la intención de dar por terminado el contrato debido a la necesidad de pago que tiene el contratista puesto que ENERCA siendo finales de diciembre aún no había cancelado las facturas radicadas del mes de septiembre, volviéndose para mi mandante esta situación demasiado gravosa para el continuo y normal desarrollo de la ejecución del contrato, no obstante dichos intentos de liquidación bilateral fueron infructuosos puesto que ENERCA remitió a CENERCOL, documento de acta de terminación por mutuo acuerdo sin contemplar lo pactado en el contrato de prestación de servicios.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- 20.** Así, por ejemplo, ENERCA liquidó por concepto de multas y sanciones sin tener en cuenta si hubo o no justa causa para el causación de las mismas, liquidación que discrepaba del contrato celebrado, puesto que a la luz de la cláusula 'Décima Segunda' del mismo, se exoneraba la justa causa, además, para el cobro de las mismas el facultado era ENERCA (al tenor del contrato), no el interventor, y así mismo, al tenor de la cláusula tal imposición de multas se debía acudir al juez competente, sin embargo, ENERCA, como lo demuestran los documentos de liquidación, pretendió saltarse lo estipulado en el contrato proponiendo la liquidación de este, de acuerdo a sus intereses propios más no por medio del escenario que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 previó para estos efectos.
- 21.** CENERCOL como era obvio, mostró su desacuerdo frente al documento allegado por ENERCA de liquidación por "mutuo acuerdo", toda vez que el mismo no era realmente de mutuo acuerdo. Por tales motivos, como era obvio y al mismo ser liquidado en unas sumas de dinero que no correspondían jurídicamente, ni fácticamente a la realidad CENERCOL mostró su desacuerdo frente a tal liquidación. No obstante lo anterior, el contratante, tal vez, previendo la falta de liquidez en la compañía y sabiendo que no podía seguir manteniendo el contrato celebrado, procede a la liquidación del mismo de forma unilateral tal como se lo hace saber a CENERCOL en la comunicación del 13 de marzo de 2014 "la EMPRESA DE ENERGIA DEL CASANARE S.A. ESP ha tomado la determinación de dar por terminado el contrato en forma unilateral...".
- 22.** ENERCA desbordando el contrato celebrado, muestra su ausencia de buena fe al obrar como obró en las obligaciones recíprocas que como contratante tenía, en un claro perjuicio para mis mandantes. El único interés de la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. ESP a partir del momento que decidió delegar la interventoría fue la de buscar por todos los medios el acaecimiento de la cláusula séptima del contrato y con ello, poder dar por terminado el contrato antes del término previsto, como efectivamente lo realizó.
- 23.** Las anteriores conductas por parte de ENERCA y la Interventoría fueron violatorias de principios generales del derecho tales como, los contratos son para cumplirlos, y los mismos han de ser cumplidos de buena fe, además va en contra de la cláusula 'DECIMA QUINTA' del contrato, que dispuso que el objetivo de la interventoría era el de controlar la correcta y ejecución de las actividades.
- 24.** Sin embargo, la interventoría delegada en su actuar, que se encuentra plenamente probado en las comunicaciones, demorando las actas de pagos, demorando los procesos de liquidación, devolviendo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

las actas por errores que ellos mismos habían diseñado, coadyuvaron al propósito de ENERCA.

25. Las graves situaciones relatadas anteriormente tuvieron como único fin, producir un efecto domino que le causara graves perjuicios a CENERCOL y así, poder declarar la terminación unilateral del contrato por parte del contratante antes del término pactado.
26. No obstante, como se probará a lo largo del presente proceso, CENERCOL mantuvo el funcionamiento de sus actividades incluso con recursos prestados que le permitieron la financiación del proyecto a pesar de los constantes incumplimientos de ENERCA, y, a pesar de lo vital que los recursos fueran girador a tiempo, los mismos como se encuentra de manifiesto en el expediente eran a destiempo.
27. Así las cosas, si bien tal situación hubiera podido generar en mi poderdante un incumplimiento total del contrato, tal situación no sucedió. Puesto que CENERCOL a pesar de los graves incumplimientos contractuales por parte de ENERCA, dio cumplimiento a sus obligaciones, de tal suerte que las actividades del proyecto nunca fueron ininterrumpidas y no obra prueba en el expediente que pueda objetar lo anterior, o que logre demostrar un incumplimiento total o grave en la ejecución de las actividades contractuales por parte de mis mandantes.

D. INEXISTENCIA DE DAÑO

1. Las pretensiones encaminadas a obtener la declaratorio de una indemnidad por la presunta existencia de procesos laborales están llamadas a ser negadas por cuanto configuran un daño futuro no cierto, tampoco directo pero lo que es más importante, que no son cuantificables económicamente, con lo cual dicho daño, aunque existiera, no está llamado a ser indemnizado.
2. ENERCA es responsable solidariamente con CENERCOL del cumplimiento de las obligaciones legales que en materia laboral existen sin que pueda excusarse de ello en virtud de lo pactado en el contrato.
3. Si esa responsabilidad solidaria fue efectiva es la ley la que determina cuales son las acciones que tiene el deudor solidario en contra de quien era el verdadero interesado en la obligación satisfecha, en virtud de la subrogación legal que opera por mandato en lo establecido en el código civil colombiano.

E. CULPA GRAVE DE LA DEMANDANTE

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Fundamentada en el hecho que el demandante es consciente de la falta de cumplimiento en los pagos derivado de las obligaciones contraídas en virtud del contrato de prestación de servicio No. 009 de 2012.
2. Para finalizar el presente acápite, es menester manifestar que *ENERCA S.A., se aprovecha del pacto del que trata el parágrafo de la cláusula décima, puesto que también tenía la obligación a su cargo de mitigar el perjuicio y de evitar la propagación que hoy demanda, cosa que no hizo al incumplir con los pagos de las actividades ejecutadas por el contratista, así, hubiese minimizado para el contratista CENERCOL S.A. la exposición al riesgo más cuando del mismo título o nombre del contrato se erige que las actividades desarrolladas por mis mandantes en la ejecución del contrato eran actividades **"COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P"**. Tal responsabilidad generó un deber de buena fe para ENERCA en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, haciendo su actuar de la mayor estrictez, lo cual no hizo puesto que al negarse a hacer los pagos oportunos en ejecución del contrato llevo a la sociedad que represento a incumplir muchas de sus obligaciones, sin dejar de lado que sobradamente con las sumas que aun adeuda se hubieran podido cubrir las obligaciones laborales que ahora demanda como incumplidas por parte de CENERCOL.*

F. INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA

1. *Fundamentada en el hecho que ENERCA incumplió las obligaciones contraídas para con CENERCOL en ejecución del contrato y con ello, fue responsable de la situación que se generó en desarrollo del mismo por parte del contratista.*
2. Sin embargo, y en relación con el incumplimiento de las obligaciones de una vez es pertinente dejar por sentado que, en el primer trimestre del año 2013, comienzan a evidenciarse graves incumplimientos de pago por parte de ENERCA frente a lo ejecutado y pactado con CENERCOL (como lo soportan diferentes comunicaciones que en tal sentido el contratista envió a ENERCA y que se incorporan como anexos y en el presente texto).
3. De las comunicaciones *inter partes* se evidencia el incumplimiento por parte de ENERCA de la cláusula cuarta del contrato 'forma de pago' y de sus modificatorios. El contrato que inició en el año 2012, y cuya interventoría estuvo realizada directamente por la entidad contratante, para el mes de mayo de 2013 dicha interventoría contratada por ENERCA a la empresa 2C ingenieros.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

4. La interventoría contratada para el contrato de prestación de servicios agravó la ejecución del mismo al convertirse el interventor, en uno de los mayores obstáculos para la correcta ejecución y facturación de los servicios prestados. 2C ingenieros, durante la vigencia de sus laborales, no respetó los derechos y obligaciones contenidos en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, suscrito entre ENERCA y CENERCOL, puesto que, entre otros hechos, dilató las conciliaciones y radicaciones de las facturas para el correspondiente pago a CENERCOL S.A.
5. La interventoría 2C ingenieros, mes a mes incumpliendo los términos del contrato celebrado buscó siempre y en todo momento imponerle a CENERCOL sanciones, descuentos no aprobados y multas por fuera de los términos contractuales, atribuyéndose prerrogativas que no tenía. Además, en el ejercicio de sus funciones, la interventoría devolvía las actas de pago de forma unilateral y sin fundamento causando graves retrasos en los pagos de los servicios prestados por CENERCOL.
6. Esta situación, como consta en las comunicaciones, siempre se le puso de presente al contratante ENERCA, quien conociendo de primera mano la situación, decidió permitirla, así ENERCA contrarió no solo principios generales del derecho como los contratos son para cumplirlos y que los mismos han de ser ejecutados de buena fe, sino que al permitir las situaciones anteriormente descritas permitió que se causaran perturbaciones no en la correcta ejecución del contrato, pero si en los cumplimientos adquiridos por CENERCOL sufrió los faltantes de caja propios de los costos de la ejecución sin la respectiva retribución en el ingreso, los cuales se vieron acumulados hasta por 4 meses como se logra corroborar en las comunicaciones cruzadas.
7. Sin embargo, ENERCA, no sufrió en ningún momento las consecuencias de tales incumplimientos puesto que CENERCOL, incluso hasta el día de la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad, se encontró presto y activo en la ejecución del mismo, ateniendo con recursos propios el objeto contractual, sin que cesaran las obligaciones contraídas. Es por tal motivo, que en ningún momento existió algún incumplimiento grave por parte de CENERCOL en la ejecución del contrato.
8. No obstante lo anterior, el contratante, omitiendo lo pactado decide liquidar el contrato de forma unilateral como se encuentra probado en el Acta de Liquidación de Oficio fechada el 28 de julio de 2014 por el contratante.

G. OTRAS

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Igualmente, para que sean definidas en el laudo propongo las excepciones de nulidad relativa, prescripción y compensación

H. GENÉRICA

Cualquier otra que se encuentre probada en el proceso.

AL PRESENTAR LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

AL CONTESTAR LA DEMANDA, LA SOCIEDAD CENERCOL S.A. PRESENTÓ DEMANDA DE RECONVENCIÓN, SOLICITANDO LAS SIGUIENTES,

PRETENSIONES:

1. Se declare la existencia del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P., y CONSORCIO ENERGIA DE COLOMBIA S.A. - EN REORGANIZACIÓN., con sus respectivos Otrosíes y modificatorios, celebrado el día 6 de julio de 2012.
2. Se declare que el contrato a que hace referencia la petición uno anterior, fue objeto de las siguientes modificaciones:
 - Otrosí Modificadorio No. 1, del 6 de julio del 2012.
 - Modificadorio No. 2, del 5 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3, del 18 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 2, del 11 de marzo del 2013.
 - Otrosí aclaratorio No. 1, del 22 de abril del 2013.
3. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P tuvo la calidad de contratante
4. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, el CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P, hoy CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P - EN RESTRUCTURACIÓN tuvo la calidad de contratista

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

5. Se declare que el plazo fijado para la ejecución del contrato fue pactado por el término de 31 meses contados desde la fecha de suscripción del acta de inicio el 18 de julio de 2012.

6. Se declare que el objeto del contrato conforme a la cláusula primera del mismo, de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, lo fue "OBJETO. LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL(STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A E.S.P."

7. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al haber dado la terminación unilateral del mismo en las condiciones en que lo hizo el día 13 de marzo del 2014.

8. En subsidio de la pretensión anterior, se declare que la terminación del contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, fue constitutiva de un abuso del derecho por parte de la sociedad convocada por vía de reconvencción.

9. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al no haber efectuado el pago oportuno de los servicios a favor el contratista en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

10. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a ENERCA al pago de las sumas de dinero adeudadas representadas en las Facturas de Venta No 4691, 4692, 4734 de 2014.

11. Que se condene a ENERCA S.A., al pago de los intereses moratorios de que tratan el numeral anterior, a la tasa máxima de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.

AL CONTESTAR LA DEMANDA, LA SOCIEDAD CENERCOL S.A. PRESENTÓ DEMANDA DE RECONVENCIÓN, PRESENTO LOS SIGUIENTES,

HECHOS:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. CENERCOL S.A. celebró el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 con ENERCA S.A., el cual tuvo como objeto "LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P". (Énfasis añadido)
2. El contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, contiene los siguientes Otrosíes y modificatorios:
 - Otrosí modificatorio No. 1
 - Modificadorio No. 2
 - Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3
 - Adicional en valor No. 2
 - Otrosí aclaratorio No. 1
3. El contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, fue celebrado por un período de 31 meses, como consta en el encabezado del contrato mismo, periodo que no sufrió ningún tipo de modificación, ni pacto posterior entre las partes.
4. El contratante ENERCA S.A., a partir del primer trimestre del año 2013 empezó a retrasar e incumplir los pagos a los que se encontraba obligado en virtud del contrato celebrado, lo anterior, a pesar del cumplimiento y ejecución, por parte del contratista CENERCOL S.A.
5. Así las cosas, el contratante ENERCA S.A. incumplió el contrato de prestación de servicios en la forma pactada, por cuanto la Cláusula Cuarta del contrato estipuló la forma en que se harían los pagos, dicha cláusula fue modificada por el Otrosí Modificadorio No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
6. Por los constantes incumplimientos, retrasos en los pagos y la omisión total de los mismos por parte del contratante, mis representados sufrieron graves daños y perjuicios que deben ser indemnizados por parte del contratante.
7. Lo anterior, sumado a la terminación unilateral del contrato antes del plazo pactado por parte del contratante ENERCA S.A., quien decidió a través

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de la comunicación del 13 de marzo de 2014 dar por terminado el contrato de prestación de servicios en forma unilateral.

8. El 13 de marzo del 2014 la demandada por vía de reconvención notificó a CENERCOL S.A. su decisión de dar por terminado el contrato de prestación de servicios alegando el presunto incumplimiento, no probado de obligaciones a cargo de la sociedad que represento.

9. La terminación se hace fundamentada en el artículo 1602 del Código Civil, según el contrato es ley para las partes, alegando “se resuelve de pleno el contrato sin necesidad de declaración judicial”, indicando adicionalmente que así lo hacen por cuanto cualquier interpretación en contrario desvirtuaría la alternativa de terminación y con el supuesto propósito de evitar mayores perjuicios, pues, en su decir, el sometimiento a un tercero no permitiría poner fin al daño producido y dicha actividad resultaría inocua.

10. Nótese como la terminación no está amparada en una causal específica de las previstas en el contrato y simplemente ENERCA se abrogo la facultad de ser juez y parte para supuestamente con ello dar por terminado el contrato.

11. La terminación antes mencionada fue arbitraria, ilegal y abusiva por parte de la sociedad demandada por vía de reconvención. Constituyo un incumplimiento del contrato con clara ocurrencia de lo que la jurisprudencia ha denominado el abuso del derecho.

12. Como se probará en el presente proceso no hubo incumplimiento “grave” por parte del contratista que le hubiera causado perjuicio alguno a la sociedad demandada por vía de reconvención

13. De otra parte, se configuró el incumplimiento del presente contrato por parte de ENERCA por cuanto pretendió hacer la imposición de unas multas cuando ya el contrato estaba terminado por la decisión que, aunque ilegal ya había dado por terminado el contrato.

14. Por otro lado, ENERCA incumplió el contrato de prestación de servicios puesto que contrato con un tercero la interventoría del mismo, y con ello impuso al contratista obligaciones diferentes a las previstas en el contrato originalmente pactado.

15. Finalmente, ENERCA incumplió las obligaciones pactadas puesto que impuso a la sociedad que represento, en violación de los términos del contrato y de las obligaciones adquiridas impuso nuevas obligaciones no

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

pactadas originalmente que supusieron para CENERCOL el desarrollo de actividades no contratadas las cuales, entre otras, no le han sido remuneradas

16. La realidad es que en el presente caso ENERCA buscó por todos los medios lograr la terminación del contrato de común acuerdo con el contratista y al no haber logrado ello ejerció de manera abusiva, sin probar el incumplimiento grave de las obligaciones y sin siquiera alegar ello, decidió, no dar por terminado el contrato como lo alega sino resolverlo de pleno de derecho el contrato sin declaración de declaración judicial en desmedro de los intereses de la sociedad que represento.

17. El no cumplimiento o pago oportuno de las obligaciones de ENERCA en ejecución del contrato al igual que la resolución de pleno derecho alegada causaron perjuicios a CENERCOL pues le impidieron recibir las sumas de dineros que le correspondía recibir oportunamente, las cuales aún se adeudan de una parte, y, por otra, con ello le impidió, recibir o beneficiarse de una utilidad que bien hubiera reportado en caso que se le hubiera permitido ejecutar el contrato hasta su terminación.

VERIFICACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En cuanto a los hechos, se pronuncia así:

Al hecho 1.

Es cierto en cuanto a la celebración del contrato.

Al hecho 2.

Es cierto.

Al hecho 3.

Es cierto en cuanto a la celebración del contrato.

Al hecho 4.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Dada la naturaleza de empresa se servicios públicos oficial, entidad pública, mi representada, está obligada, por mandato del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, a verificar el cumplimiento por parte del contratista -

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CENERCOL – de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado de este contrato, en los términos del parágrafo 1° del contrato estatal. Sobre el incumplimiento en el pago de estas obligaciones, entre otras cosas, se tiene que CENERCOL mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de ENERCA No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, sobre el requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, entre otras cosas, reconoce que estos pagos se han realizado con algunos días de retardo.

Al hecho 5.

No es cierto. Mi representada no incumplió con la forma de pago pactada. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Dada la naturaleza de empresa se servicios públicos oficial, entidad pública, mi representada, está obligada, por mandato del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, a verificar el cumplimiento por parte del contratista – CENERCOL – de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado de este contrato, en los términos del parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

Al hecho 6.

No es cierto en cuanto al incumplimiento del contrato. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Dada la naturaleza de empresa se servicios públicos oficial, entidad pública, mi representada, está obligada, por mandato del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, a verificar el cumplimiento por parte del contratista – CENERCOL – de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado de este contrato, en cumplimiento de las normas de orden público sobre esta materia.

Sobre el incumplimiento en el pago de estas obligaciones, entre otras cosas, se tiene que CENERCOL mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de ENERCA No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, sobre el requerimiento por incumplimiento de obligaciones

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contractuales, laborales y pago a terceros, entre otras cosas, reconoce que estos pagos se han realizado con algunos días de retardo.

CENERCOL en su demanda de reconvenición, en este hecho habla de “constantes incumplimientos”, omitiendo indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus afirmaciones, lo que impide pronunciarse en concreto sobre esa afirmación, la cual **no es cierta**.

En cuanto a los supuestos retrasos en los pagos, debe expresarse que de presentarse estos obedecieron no a culpa de mi representada, sino al incumplimiento de CENERCOL en el pago de obligaciones laborales, como los relacionados con los aportes parafiscales y de seguridad social integral del personal contratado por esta sociedad para la ejecución del contrato.

Es temeraria la afirmación que se hace en esta demanda de reconvenición relacionada con “la omisión total de los mismos por parte del contratante”, por cuanto la misma no es cierta por cuanto mi representada realizó el pago conforme se acreditó la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

No nos consta los supuestos “graves daños y perjuicios” que se dice en este hecho sufrió CENERCOL y mucho menos nos consta que estos sean ciertos, que tengan relación de causalidad y que deban ser indemnizados por parte de mi representada. De otro lado, en cuanto a los perjuicios que dice deben ser indemnizados, este hecho omite identificarlos, lo cual impide pronunciarnos en concreto sobre su existencia certeza procedencia o no de su indemnización. No existen perjuicios por cuanto mi representada actuó conforme a lo pactado contractualmente y en cumplimiento de la ley en esta materia.

Al hecho 7.

No es cierto. Mediante comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, requerimiento que fue atendido ENERCA, con respuesta fechada el día 17 de diciembre de 2013, radicado No. 2013025668 del 18 de diciembre de 2013.

Mediante acta de reunión celebrada el 23 de diciembre de 2013, con el objetivo de definir propuesta y metodología para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito con CENERCOL, como acuerdo de intención entre las partes, se acordó entre otras cosas, la Fecha de terminación anticipada y bilateral del Contrato No. 009 de 2012, el 28 de febrero de 2014 y en materia de multas y faltas, se acordó la realización de una reunión previa con la Interventoría 2C INGENIEROS CENERCOL S A y Representantes de ENERCA S.A E.S.P., para la verificación de las multa; y descuentos contractuales el día de hoy 23 de diciembre de 2013, 2:30 pm.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CENERCOL, a través de la comunicación GG-CLI-014-005, del 17 de enero de 2014, expresó su desacuerdo con el análisis de los documentos enviados en el consolidado de descuentos, tasación de las multas y sanciones, con la finalidad de continuar adelante con los actos preliminares a la terminación anticipada del contrato 009 de 2012 suscrito entre las dos empresas.

Adicionalmente, CENERCOL, con la comunicación GG-CLI-014-004, del 17 de enero de 2014, remitió a ENERCA propuesta del modelo del borrador del Acta de Terminación del Contrato 009 de 2012 para suscribir por ambas partes y anunció continuar adelantado de manera conjunta los procedimientos y trámites respectivos que traigan como resultado la formalización de la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo como lo conversaron en las reuniones sostenidas con anterioridad.

El 13 de marzo de 2014 ENERCA comunica a CENERCOL la terminación del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014 y CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, expresa, entre otras cosas, "2. *Aceptamos la terminación del contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a ENERCA por el incumplimiento en el pago las facturas en los servicios prestados por CENERCOL S.A. y por demás circunstancias adicionales que han generado incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que son ampliamente conocidas por ustedes, las cuales han conllevado a un detrimento patrimonial para la compañía y la generación de perjuicios que ustedes están llamados a indemnizar en virtud de una terminación provocada por ENERCA, por cuanto no obra una justa causa que haya provocado la terminación anormal de contrato que nos ocupa.*"

Al hecho 8.

No es cierto. Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de CENERCOL ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, en los siguientes términos: "2. *Aceptamos la terminación del contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a ENERCA por el incumplimiento en el pago las facturas en los servicios prestados por CENERCOL S.A. y por demás circunstancias adicionales que han generado incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que son ampliamente conocidas por ustedes, las cuales han conllevado a un detrimento patrimonial para la compañía y la generación de perjuicios que ustedes están llamados a indemnizar en virtud de una terminación provocada por ENERCA, por cuanto no obra una justa causa que haya provocado la terminación anormal de contrato que nos ocupa.*"

Al hecho 9.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No es cierto. La terminación del contrato culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 10.

No es cierto. La terminación del contrato culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 11.

No es cierto. La terminación del contrato culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 12.

No es cierto. Las demandas laborales relacionadas en los hechos de la demanda arbitral demuestran, la existencia de incumplimientos graves a cargo de CENERCOL, tal como se reconoció mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de ENERCA No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013 y como constan en los diversos informes de interventoría.

Al hecho 13.

No es cierto. La terminación del contrato culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101. Mi representada dentro del proceso de liquidación del contrato, entre otras cosas demandó de CENERCOL devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas o incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, "Tabla de Faltas y Descuentos", en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.

Al hecho 14.

No es cierto. La cláusula 15 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, claramente acordó que la interventoría podría ser delegada. De otro lado, las normas de orden público, a las cuales está sometida la ejecución de los contratos de las entidades públicas, como mi representada, autorizan la celebración de contratos de interventoría técnica, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011. Desconocemos cuales son las nuevas

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

obligaciones que se dice en la demanda de reconvencción impuso mi representada a CENERCOL. De otro lado, llama la atención que solo con esta demanda de reconvencción CENERCOL presente reparo frente a la interventoría contratada, cuando desde su vinculación el contratista suscribió sin reparo alguno actas, informes etc., con esta interventoría.

Al hecho 15.

No es cierto. ENERCA no incumplió las obligaciones pactadas. Tampoco es cierto que ENERCA hubiera impuesto a CENERCOL nuevas obligaciones no pactadas originalmente. Se desconoce, las supuestas actividades no contratadas y que supuestamente no le han sido remuneradas al contratista, por cuanto omite hacer mención a las mismas.

Al hecho 16.

No es cierto. Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de CENERCOL ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 17.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Las eventuales demoras en el pago, de haber existido, se debieron no por causa imputable a mi representada sino en virtud al incumplimiento de CENERCOL de acreditar, entre otras cosas, el cumplimiento por parte del contratista - CENERCOL - de sus obligaciones laborales a su cargo como el pago de los aportes a los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, del personal contratado por esta sociedad para la ejecución del contrato.

En cuanto a las facturas que demanda su pago debe recordarse que la ley establece que no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que CENERCOL no podía librar las facturas sobre las cuales demanda su pago por cuanto no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para librar las facturas y para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De otro lado con relación a la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, cabe aclarar que esta factura no fue presentada ni radicada en ENERCA no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

El contrato terminó por la aceptación de CENERCOL no existiendo el perjuicio que se plantea en este hecho.

En cuanto a las pretensiones se pronunció así:

En cuanto a las pretensiones de la demanda de reconvencción procedé el siguiente pronunciamiento expreso y concreto.

Las peticiones identificadas con los números, 1, 2, 3, 4 5 y 6 de la demanda de reconvencción estarán llamadas a prosperar, conforme se pruebe en el presente proceso arbitral.

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones principales Y subsidiarias formuladas por CENERCOL identificadas con los números 7, 8, 9, 10, y 11.

En concreto, son fundamento de la oposición a las pretensiones principales Y subsidiarias formuladas por CENERCOL identificadas con los números 7, 8, 9, 10, y 11, las siguientes:

A la pretensión 7.

No está llamada a prosperar. ENERCA no incumplió las obligaciones pactadas. Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de CENERCOL ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

A la pretensión 8.

No está llamada a prosperar. No existió un abuso del derecho por parte de ENERCA. Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de CENERCOL ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

A la pretensión 9.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No está llamada a prosperar. ENERCA no incumplió el contrato. Realizó el pago en los términos pactados contractualmente y conforme a la ley.

De presentarse alguna demora en el pago esta obedece al incumplimiento contractual de CENERCOL, así como, al incumplimiento en el pago oportuno por parte del contratista - CENERCOL - de sus obligaciones laborales y de las obligaciones a su cargo con los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que disposición de orden público debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

A la pretensión 10.

No está llamada a prosperar. La Factura de Venta está definida como título valor, en los términos del artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1º de la Ley 1231 de 2008 y como tal son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, tal como lo establece el artículo 619 del Código de Comercio y para su cobro procede la acción cambiaria a través de la vía ejecutiva.

De otro lado debe recordarse que la ley establece que no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que CENERCOL no podía librar las facturas sobre las cuales demanda su pago por cuanto no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para librar las facturas y para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

En cuanto a la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, cabe aclarar que esta factura no fue presentada ni radicada en ENERCA no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

A la pretensión 11.

No está llamada a prosperar. El cobro de intereses por el pago de las facturas no está llamado a prosperar por cuanto CENERCOL no podía librar las facturas por cuanto no acreditó la prestación de los servicios y el cumplimiento previo del pago de las obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje.

Tampoco procede el pago de intereses moratorios sobre la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, por cuanto esta factura no fue presentada ni radicada en ENERCA para su pago y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

Tampoco procede el cobro de intereses desde la fecha de vencimiento de la factura por cuanto mi representada por cuanto nunca se le requirió ni se constituyó en mora.

Propone como EXCEPCIONES DE MÉRITO LAS SIGUIENTES:**PRIMERA.- Indebida acumulación de pretensiones**

En cuanto al contenido de la demanda de reconvención presentada por CENERCOL se advierte una indebida acumulación de pretensiones por cuanto al contenido de la demanda la ley es clara en exigir que estas se deban formular con precisión y claridad.

En este punto se advierte que la pretensión décima, por tratarse de la petición del pago de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, el pago pretendido de cada una de ellas, por ser títulos valores autónomos debió formularse por separado.

SEGUNDA.- Inexistencia de responsabilidad de ENERCA

No existe responsabilidad de ENERCA S.A. E.S.P. en este asunto, por cuanto su proceder se ajustó a lo estipulado contractualmente y al cumplimiento de normas de orden público que obligan a verificar previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL como contratista, la prestación de los servicios y verificar el pago de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

De otro lado, en cuanto a la terminación del contrato esta fue aceptada por CENERCOL, por cuanto, ante los continuos y graves incumplimientos de su parte solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, la cual culminó con la aceptación de CENERCOL, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

TERCERA.- Responsabilidad exclusiva de CENERCOL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Existe responsabilidad de CENERCOL al no incumplir con sus obligaciones contractuales, entre otras, el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Igualmente, al incumplir la obligación contractual y legal de hacer el pago de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

CUARTA.- Culpa exclusiva de CENERCOL

De lo expuesto reiteradamente en la presente contestación de la demanda de reconvención es improcedente que CENERCOL termine beneficiándose de su propia culpa, por cuanto incumplió las obligaciones a su cargo, como son el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, así como, la obligación contractual y legal de hacer el pago oportuno de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

QUINTA.- Pago

ENERCA realizo el pago de los servicios que CENERCOL acreditó haber prestado en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, demostrando, entre otras cosas, el pago de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

QUINTA.- Compensación

En caso de que no prosperen las excepciones antes propuestas y por cualquier causa se orden a mi representada pagar suma de dinero a mi representada a favor del CENERCOL solicito se compense esta condena contra las sumas de dineros que CENERCOL deba cancelar a ENERCA de prosperar las pretensiones de la demanda arbitral formulada por mi representada contra CENERCOL.

SEXTA.- Existencia de trámite especial

Las pretensiones 10 y 11 de la demanda de reconvención no pueden tramitarse dentro de la presente controversia, por cuanto con estas pretensiones CENERCOL pretende el pago, con sus respectivos intereses de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

mora de las de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, títulos valores autónomos e independientes del negocio jurídico subyacente, y estas pretensiones deben ejercerse con fundamento en el ejercicio de la acción cambiaria, por cuanto las excepciones a este tipo de títulos son especialísimas de conformidad con lo establecido en el artículo 784 del Código de Comercio.

De otro lado el cobro de un título valor da lugar al procedimiento ejecutivo, en los términos del artículo 793 del Código de Comercio.

SEPTIMA.- Genérica o innominada

Solicito, con todo respeto que al momento de dictar el Laudo Arbitral, se de aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso declarando de oficio cualquier excepción cuando halle probados los hechos de la misma.

LAUDO ARBITRAL EN LA DEMANDA DE LAUDOS DE RECONVENCIÓN**RESPECTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA, REFORMÓ ASÍ LOS HECHOS:**

1. CENERCOL S.A. celebró el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 con ENERCA S.A., el cual tuvo como objeto "*LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P.*". *(Énfasis añadido)*
2. El contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, contiene los siguientes Otrosíes y modificatorios:
 - Otrosí modificadorio No. 1
 - Modificadorio No. 2
 - Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3
 - Adicional en valor No. 2
 - Otrosí aclaratorio No. 1
3. El contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, fue celebrado por un período de 31 meses, como consta en el encabezado del contrato mismo, periodo que no sufrió ningún tipo de modificación, ni pacto posterior entre las partes.
4. El contratante ENERCA S.A., a partir del primer trimestre del año 2013 empezó a retrasar e incumplir los pagos a los que se encontraba obligado

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

en virtud del contrato celebrado, lo anterior, a pesar del cumplimiento y ejecución por parte del contratista CENERCOL S.A.

5. El contratante ENERCA S.A., incumplió el contrato de prestación de servicios en la forma pactada, por cuanto la Cláusula Cuarta del contrato estipuló la forma en que se harían los pagos, dicha cláusula fue modificada por el Otrosí Modificatorio No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
6. Por los constantes incumplimientos, retrasos en los pagos y la omisión total de los mismos por parte del contratante, mis representados sufrieron graves daños y perjuicios que deben ser indemnizados por parte del contratante.
7. Daños y perjuicios que propiciaron que el contratante se viera obligado a apalancar las actividades propias del proyecto contratado por ENERCA, con préstamos obtenidos en el sector financiero.
8. Como resultado, el contratista sufrió un menoscabo en una situación favorable, toda vez que, debido a que el contratante se retrasó en los pagos e incluso no pago, hubo lugar por parte de CENERCOL, al apalancamiento del proyecto de prestación de servicios celebrado, con recursos propios y repito, prestamos obtenidos con terceros.
9. La radicación de facturas por parte de mi cliente, para así obtener el pago de las actividades prestadas era demorada por parte de ENERCA en exceso, dados los reprocesos y constante devolución de las mismas, las cuales, fueron causadas por el contratante ENERCA., en coadyuvancia con la firma interventora contratada, generando lo anterior, una iliquidez en CENERCOL que tuvo que ser solventada dada la apremiante situación en que el contratante puso al contratista.
10. Lo anterior, sumado a la terminación unilateral del contrato antes del plazo pactado por parte del contratante ENERCA S.A., quien decidió a través de la comunicación del 13 de marzo de 2014 dar por terminado el contrato de prestación de servicios en forma unilateral, causando un lucro cesante al contratista, que se traduce, por lo menos en la utilidad dejada de percibir por la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado, sin tener en cuenta aunque es procedente también la administración y los imprevistos como en efecto ocurrió, ingresos que también fueron presentados de percibir.
11. Como se manifiesta, dado los probados incumplimientos en los pagos a que hubo lugar por parte del contratante, hubo lugar a tal apalancamiento en el sector financiero, que desencadenó, en que las

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- utilidades estipuladas en desarrollo del presente contrato, se fueran en el sostenimiento del contrato mismo, en atención a los préstamos a que hubo lugar, causando en CENERCOL un endeudamiento que no estuvo previsto desde la celebración y posterior ejecución.
12. La utilidad esperada en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 por parte de la compañía CENERCOL, se fugó en el apalancamiento de la deuda, pago de intereses, pago de las garantías, de forma que, el proyecto pudiera sostenerse sin el flujo de caja que el contratante debió suministrar.
 13. ENERCA con el incumplimiento de sus obligaciones llevo a que el contratista incumpliera alguna de las suyas especialmente las relativas al pago de obligaciones con terceros asociados a la operación.
 14. A pesar de las dificultades relatadas y probadas en el presente proceso, mi mandante, dado el retraso en los pagos e incluso el no pago de las actividades desarrolladas, el día 13 de marzo del 2014, se le notifica por parte del contratante, la decisión de dar por terminado el contrato de prestación de servicios alegando un presunto incumplimiento de obligaciones por parte de la sociedad que represento, incumplimiento originado y causado por el propio contratante, quien, con el retraso de los pagos de las facturas radicadas por el contratista, generó una pérdida de oportunidad en mi mandante, traducida, a lo suyo, en la utilidad dejada de percibir.
 15. Así, CENERCOL, se vio obligado al apalancamiento del proyecto y de las actividades propias del mismo, repito, con préstamos realizados en el sector financiero, teniendo que asumir los costos que ello genera, encontrándose CENERCOL, incluso, algunas veces, obligada al uso de recursos propios y de otros proyectos, para poder solventar y cumplir con la ejecución del contrato celebrado.
 16. El retraso en el pago de las facturas generó para CENERCOL, un costo financiero debido a que la compañía se vio obligada a continuar financiando el contrato de una forma no prevista, asumiendo la carga de los rubros pendientes de pago y que dependían de forma exclusiva de la ejecución del contrato, tales como, salarios, seguridad social, proveedores. Tales costos al no ser reconocidos a tiempo por el contratante, sin lugar a dudas, aumentaron la onerosidad del contrato celebrado.
 17. El retraso en la radicación de facturas y el pago en las mismas, no imputable a CENERCOL, puso en dificultades a la compañía que represento, puesto que la falta de liquidez, afectó, el flujo de caja necesario para atender otros compromisos de pago. Lo anterior,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- desembocó, en una crisis de liquidez, generada por el hecho no de recibir a tiempo los pagos de los servicios prestados y sin reconocimiento alguno de intereses moratorios por los pagos a destiempo de la compañía contratante.
18. Ahora bien, ENERCA, en el escrito de terminación unilateral del contrato, pretende el cobro de unas multas, señaladas por la empresa interventora, las cuales, no cumplieron con el procedimiento pactado contractualmente, el cual alega la demandada haber satisfecho; ahora bien, si lo hubo, las mismas, fueron rechazadas en su totalidad por parte de CENERCOL, toda vez que tales situaciones fueron producto de situaciones justificadas.
19. Los informes de interventoría, sin lugar a dudas, recaen en lo que se ha llamado "*a nadie le es lícito fabricar su propia prueba*", puesto que las comunicaciones hechas por la firma interventora fueron hechas con base por instrucción de la demandada por vía de reconvención con el claro propósito de pre constituir un supuesto incumplimiento por parte de la sociedad que represento.
20. Así las cosas, CENERCOL, incurso en un mar de dificultades dadas las demoras en los pagos necesarios para sostener el proyecto, con todo y ello, dado lo que aquí se relata, cumplió con las actividades contratadas en lo que le fue posible gracias a la posición en que fue colocado por parte de la sociedad demandada por vía de reconvención.
21. Es más, incluso, tal y como se probará en el proceso, el contratista cumplió haciendo lo necesario, para que el contrato siguiera su curso y no pudiera en ningún momento el contratante escudarse en un incumplimiento.
22. Si en gracia de discusión dijéramos que hubo incumplimiento por parte de CENERCOL, el mismo se debió a la falta en los pagos, la falta de pago a tiempo de la seguridad social de uno o algunos de los colaboradores de CENERCOL, se generó, precisamente, porque el contratante, no los pagaba a tiempo.
23. **El contratante ENERCA se aprovecha del texto literal del contrato y de la ilegalidad de alguna de sus disposiciones, para excusar el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que, tenía asimismo la obligación a su cargo de mitigar el perjuicio y de evitar la propagación que hoy demanda por vía principal, situación que no realizó, y que, de haberse generado, no estaríamos en la presente controversia, con lo cual, claramente incumplió el contrato pues esta es una prestación de la naturaleza del mismo, ya que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe.**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

24. Si ENERCA hubiera pagado las actividades dentro de los tiempos, hubiese desaparecido para mi mandante, la exposición al riesgo que hoy demanda, más, cuando del nombre mismo del contrato se erige que, las actividades desarrolladas por el contratista CENERCOL, en la ejecución del contrato celebrado eran actividades complementarias desarrolladas por el contratante ENERCA.
25. La responsabilidad establecida de manera expresa en la cláusula de indemnidad generó para ENERCA, una obligación de minimizar el riesgo, toda vez que, así mismo, el deber de buena fe, lo obligaba al cumplimiento del contrato de prestación de servicios, y con ello, la responsabilidad directa que el contratante ENERCA adquiría con los trabajadores contratados para la ejecución del proyecto. Es más, la disposición contractual en la que ENERCA independientemente de los pagos obliga a CENERCOL al cumplimiento del contrato es una disposición abusiva, ilegal, desde el punto de vista del derecho en la que se traslada al contratista la responsabilidad de prestar un servicio aun si recibir remuneración lo cual constituye, una condonación del dolo futuro porque a sabiendas que el contratista requiere del cumplimiento por parte del contratante de la obligación principal de este, cual es la de efectuar los pagos en término, de entrada en el contrato se exoneró de su incumplimiento, haciendo recaer única y exclusivamente, en cabeza del contratista, los efectos derivados del no pago de los servicios por este prestados.
26. La conducta del demandando por vía de reconvención riñe con el principio de la buena fe que rige la ejecución de los contratos, pues, de entrada, por imposición de ella en el texto de los contratos, obligó al contratista, a aceptar disposiciones que van en contra de la ley y por ello, tienen objeto ilícito, razón por la cual, se solicitará la nulidad absoluta de las mismas.
27. El demandado por vía de reconvención, incluyo en el contrato disposiciones que lo exoneran del cumplimiento del mismo o de sus obligaciones legales, lo cual, claramente tiene objeto ilícito.
28. La cláusula de indemnidad del contrato, es nula absoluta toda vez que la misma, contraría normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, que no admite pacto en contrario.

Código Sustantivo del Trabajo

"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.
- 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas" (**Énfasis añadido**)
29. Así las cosas, el presente proceso demuestra que a ENERCA desde que suscribió el contrato, trato de exonerarse de su futuro incumplimiento, obligando al contratista a cumplir, aunque no le pagara por los servicios, de una parte y de otra, pretendiendo exonerarse de una obligación legalmente establecida.
30. A ENERCA no le interesó el cumplimiento del mismo, ni el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, en su lugar, de forma temeraria, a partir de la contratación del interventor, buscó, la forma de desmejorar para el contratista la ejecución del contrato, el cual, venía siendo ejecutado.
31. ENERCA al dejar de pagar las facturas propias de las actividades desarrolladas por CENERCOL incumplió el contrato, debiendo hacerse responsable de los perjuicios, que con ello causó al contratista.
32. La terminación unilateral del contrato endilgada en cabeza del que demanda en vía principal, generó en mi mandante perjuicios, los cuales, se traducen para el contratante en un daño propio, toda vez que este, tenía el deber y obligación de ejecutar el contrato de buena fe, y con ello, mitigar el daño que hoy demanda
33. ENERCA termina el contrato de prestación de servicios, fundamentándose, en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual, el contrato es ley para las partes, alegando "se resuelve de pleno el contrato sin necesidad de declaración judicial", indicando adicionalmente que así lo hacen por cuanto cualquier interpretación en contrario desvirtuaría la alternativa de terminación y con el supuesto propósito de evitar mayores

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

perjuicios, pues, en su decir, el sometimiento a un tercero no permitiría poner fin al daño producido y dicha actividad resultaría inocua.

34. Prodigia ha sido la jurisprudencia al indicar que en Colombia de tiempo atrás se adoptó la posición de que el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, requiere decisión judicial².

35. Recordemos que con todo y que ENERCA es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, el contrato de prestación de servicios fue sometido a las directrices del derecho privado, y, por lo tanto, no tenía facultad legal para dar por terminado unilateralmente el contrato de la forma realizada, puesto que no contaba con los poderes exorbitantes propios del contrato estatal regulados en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones.

36. Lo anterior, por decisión propia del contrato que tal y como quedó estipulado desde el encabezado del mismo en la consideración Decimá Primera, estipuló:

“DECIMA PRIMERA: En cumplimiento al proceso de selección, corresponde a ENERCA S.A. E.S.P. suscribir el presente contrato que se regirá por forma general por las normas reglamentarias y complementarias del Código Civil y de Comercio; el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el artículo 76 de la Ley 143/94, la Ley 689 de 2001...”

37. Así las cosas, la terminación unilateral realizada por el contratante, no se encontró amparada por una, o algunas causales específicas previstas en el contrato, ENERCA simplemente, se abrogó la facultad de ser juez y parte para dar por terminado el contrato contrariando los propios preceptos estipulados en el contrato celebrado.

38. Tal terminación oficiosa y unilateral por parte de ENERCA, fue arbitraria, ilegal y abusiva, la cual, constituyó un incumplimiento del contrato con clara ocurrencia de lo que la jurisprudencia ha denominado un abuso del derecho.

² De cualquier forma y por las razones e influencias que fueren, el hecho es que la jurisprudencia y la doctrina colombianas erigieron como regla general, casi a manera de dogma, la necesidad de acudir al juez para que declare el incumplimiento de un contrato. Al respecto sólo un par de citas: "La resolución del contrato requiere sentencia judicial, pues es la sentencia la que declara roto el contrato y no la simple declaración unilateral de la parte a quien se incumple"⁵. Por otra parte: "La resolución jamás se produce ipso facto [...] Siempre debe ser pedida, y siempre debe ser declarada judicialmente" Ricardo Uribe Holguín. De las obligaciones y de los contratos en general, Bogotá, Temis, segunda edición, 1982, 234. TOMADO DE LA REVISTA DE DERECHO PRIVADO EXTERNADO 17-2009, PP. 77 A 105

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

39. Ahora bien, como es lógico, la parte demandada por vía de reconvención alegará que el contratista incumplió el contrato ante lo cual, vale decir, se probará en el presente proceso, no hubo incumplimiento "grave" por parte de este que le hubiera causado perjuicio alguno a la sociedad demandada por vía de reconvención, toda vez que mi mandante, a pesar de las dificultades que generó el incumplimiento en los pagos por parte del contratante, optó por la debida continuación de las actividades.
40. De otra parte, se configuró el incumplimiento del presente contrato por parte de ENERCA por cuanto pretendió hacer la imposición de unas multas cuando ya el contrato estaba terminado por la decisión que, aunque ilegal ya había dado por terminado el contrato.
41. Por otro lado, ENERCA incumplió el contrato de prestación de servicios puesto que contrato con un tercero la interventoría del mismo, y con ello impuso al contratista obligaciones diferentes a las previstas en el contrato originalmente pactado.
42. Finalmente, ENERCA incumplió las obligaciones pactadas puesto que impuso a la sociedad que represento, en violación de los términos del contrato y de las obligaciones adquiridas impuso nuevas obligaciones no pactadas originalmente que supusieron para CENERCOL el desarrollo de actividades no contratadas las cuales, entre otras, no le han sido remuneradas.
43. La realidad es que en el presente caso ENERCA buscó por todos los medios lograr la terminación del contrato de común acuerdo con el contratista y al no haber logrado ello ejerció de manera abusiva, sin probar el incumplimiento grave de las obligaciones y sin siquiera alegar ello, decidió, no dar por terminado el contrato como lo alega sino resolverlo de pleno de derecho el contrato sin declaración judicial alguna, en desmedro de los intereses de la sociedad que represento.
44. El no cumplimiento o pago oportuno de las obligaciones de ENERCA en ejecución del contrato, al igual que, la resolución de pleno derecho alegada causó perjuicios a CENERCOL, pues le impidió recibir las sumas de dineros que le correspondía recibir oportunamente generando este hecho tales perjuicios que a lo sumo es la utilidad dejada de percibir por parte de mis mandantes dado el contrato celebrado.
45. Por otra parte, genera una pérdida de oportunidad por cuanto a CENERCOL, aún se le adeudan pagos de una parte, y, por otra, se le impidió, recibir o beneficiarse de una utilidad que bien hubiera reportado en caso que se le hubiera permitido ejecutar el contrato hasta su terminación.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA, REFORMÓ ASÍ LAS PRETENSIONES:

1. Se declare la existencia del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P., y CONSORCIO ENERGIA DE COLOMBIA S.A. - EN REORGANIZACIÓN., con sus respectivos Otrosíes y modificatorios, celebrado el día 6 de julio de 2012.
2. Se declare que el contrato a que hace referencia la petición uno anterior, fue objeto de las siguientes modificaciones:
 - Otrosí Modificadorio No. 1, del 6 de julio del 2012.
 - Modificadorio No. 2, del 5 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3, del 18 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 2, del 11 de marzo del 2013.
 - Otrosí aclaratorio No. 1, del 22 de abril del 2013.
3. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P tuvo la calidad de contratante
4. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, el CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P, hoy CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P - EN RESTRUCTURACIÓN tuvo la calidad de contratista
5. Se declare que el plazo fijado para la ejecución del contrato fue pactado por el término de 31 meses contados desde la fecha de suscripción del acta de inicio el 18 de julio de 2012.
6. Se declare que el objeto del contrato conforme a la cláusula primera del mismo, de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, lo fue **“OBJETO. LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL(STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A E.S.P.”**
7. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al haber dado la terminación unilateral del mismo en las condiciones en que lo hizo el día 13 de marzo del 2014.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

8. En subsidio de la pretensión anterior, se declare que la terminación del contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, fue constitutiva de un abuso del derecho por parte de la sociedad convocada por vía de reconvencción.
9. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al no haber efectuado el pago oportuno de los servicios a favor del contratista en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
10. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a ENERCA al pago de las sumas de dinero adeudadas representadas en las Facturas de Venta No 4691, 4692, 4734 de 2014.
11. Que, se condene a ENERCA, al pago de los intereses moratorios de que tratan el numeral anterior, a la tasa máxima de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.
12. Solicito se condene a ENERCA al pago de todo perjuicio indemnizando el daño emergente y lucro cesante en virtud del incumplimiento contractual generado en la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado con mi representada CENERCOL terminado unilateralmente por el contratante antes del término pactado.
13. Solicito se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito de la Cláusula Decima 'PARÁGRAFO: INDEMNIDAD', el cual hace parte del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre las partes ENERCA y CENERCOL por contrariar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, norma de orden público y de imperativo cumplimiento que no admite pacto en contrario.
14. Solicito se declare la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones por ser esta violatoria de los artículos 1522, 1603 y 1609 del Código Civil Colombiano.
15. Se declare que los presuntos daños irrogados a contratistas y empleados de CENERCOL en el contrato de prestación de servicios celebrados, fueron ocasionados por ENERCA, siendo este un daño propio para la empresa contratante.
16. Se declare que ENERCA, con su propio incumplimiento, puso en posición de incumplir al contratista con sus obligaciones.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-



Respecto a los hechos de la reforma de reconvención propuesta por la parte demandada, el demandante se pronuncio así:

Al hecho 1.

Es cierto en cuanto a la celebración del contrato.

Al hecho 2.

Es cierto.

Al hecho 3.

Es cierto en cuanto a la celebración del contrato.

Al hecho 4.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Dada la naturaleza de empresa se servicios públicos oficial, entidad pública, mi representada, está obligada, por mandato del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, a verificar el cumplimiento por parte del contratista – **CENERCOL** – de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado de este contrato, en los términos del parágrafo 1° del contrato estatal. Sobre el incumplimiento en el pago de estas obligaciones, entre otras cosas, se tiene que **CENERCOL** mediante comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, sobre el requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, entre otras cosas, reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL** se han realizado con algunos días de retardo, lo que evidencia, contrario a lo afirmado en este hecho es el incumplimiento de **CENERCOL** y no de mi representada.

Al hecho 5.

No es cierto. Mi representada no incumplió con la forma de pago pactada. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Dada la naturaleza de empresa se servicios públicos oficial, entidad pública, mi

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a ENERCA por el incumplimiento en el pago las facturas en los servicios prestados por CENERCOL S.A. y por demás circunstancias adicionales que han generado incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que son ampliamente conocidas por ustedes, las cuales han conllevado a un detrimento patrimonial para la compañía y la generación de perjuicios que ustedes están llamados a indemnizar en virtud de una terminación provocada por ENERCA, por cuanto no obra una justa causa que haya provocado la terminación anormal de contrato que nos ocupa.”

De lo anterior se advierte claramente la aceptación por parte de **CENERCOL** y el acuerdo en el sentido de que el contrato terminará a partir del 28 de marzo de 2014. En consecuencia, no es cierto que el contrato objeto de estas Litis hubiera terminado unilateralmente, por cuanto, es desconocer el contenido de la comunicación antes comentada, suscrita por el representante legal de **CENERCOL**.

Así las cosas, no es cierto que la decisión de las dos partes, expresada en los términos antes indicada de terminar el contrato el 28 de marzo de 2014, hubiere causado lucro cesante a **CENERCOL**, y mucho menos, en la utilidad dejada de percibir por la ejecución del contrato de prestación de servicios y mucho menos la administración e imprevistos, por cuanto, como se evidencia de la documental comentada **CENERCOL** acepta la terminación del contrato a partir del 28 de marzo de 2014, lo que refleja el acuerdo de las partes en este sentido. De otro lado, desconoce **CENERCOL** que el contrato celebrado es un contrato de prestación de servicios y no de obra, no siendo procedente el pago de AIU como lucro cesante como se formula en este hecho.

Al hecho 11.

No es cierto. Parte de lo aquí expresado en la demanda no corresponde a un hecho sino al propio objeto de la Litis. **No es cierto**, que estén probados incumplimientos en los pagos, por parte de **ENERCA**, contrario a lo sostenido por **CENERCOL**, ante los continuos y graves incumplimientos por parte de **CENERCOL** ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, solicitud que culminó con la aceptación de **CENERCOL**, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, en los siguientes términos: “2. *Aceptamos la terminación del contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a ENERCA por el incumplimiento en el pago las facturas en los servicios prestados por CENERCOL S.A. y por demás circunstancias adicionales que han generado incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que son ampliamente conocidas por ustedes, las cuales han conllevado a un detrimento patrimonial para la compañía y la generación de perjuicios que ustedes están llamados a indemnizar en virtud de una terminación provocada por ENERCA, por cuanto no obra una justa causa que haya provocado la terminación anormal de contrato que nos ocupa.”*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No nos consta si **CENERCOL** requirió o no el apalancamiento del proyecto y mucho menos, de existir este apalancamiento se hubiera realizado o no y menos nos consta si este, de haber existido, se hizo con recursos propios o con créditos obtenidos del sector financiero.

Igualmente, **no nos constan** cuáles son las utilidades estipuladas a las que se refiere **CENERCOL** en este hecho. En el contrato se pactó, como contraprestación por un servicio efectivamente prestado el pago de una suma de dinero, no existe obligación de **ENERCA** de garantizar una utilidad por la ejecución de este contrato. Por el contrario, desconocemos cómo estructuró **CENERCOL** la ejecución del proyecto y cuál era la utilidad esperada y si la ejecución del mismo se dio o no dentro de lo presupuestado por ellos.

Tampoco nos consta que **CENERCOL** hubiere solicitado préstamos, mucho menos conocemos la causa de estas solicitudes, si las entidades financieras hicieron o no desembolso, por qué montos, y las condiciones de los mismos, plazos, tasas de interés etc. Finalmente, desconocemos si de haber existido el endeudamiento que se menciona en este hecho, si este es un hecho imprevisto desde la celebración del contrato y su posterior ejecución.

Al hecho 12.

No nos consta cuál es la utilidad esperada por **CENERCOL** a la que se refiere en este hecho. La celebración de cualquier contrato conlleva riesgos y no tiene garantizado la obtención de utilidades. En el contrato celebrado objeto de esta controversia no existe obligación de **ENERCA** de garantizar una utilidad por la ejecución de este contrato a favor de **CENERCOL**. De existir apalancamiento para la ejecución del contrato es una decisión exclusiva y autónoma del contratista no imputable **ENERCA**. Tampoco nos consta, de haber existido los préstamos que aquí se mencionan, cuál fue la tasa y los intereses pactados y efectivamente pagados, por tanto, tampoco nos consta si se otorgaron o no garantías, y mucho menos de haberse otorgado cuál fue su costo, y si estas se constituyeron para garantizar la ejecución del contrato celebrado con **ENERCA** o para apalancar o ejecutar otros contratos u otras obligaciones a cargo de **CENERCOL**.

No es cierto que **ENERCA** se hubiera obligado a suministrar flujo de caja al contratista, en ninguna parte del pliego de condiciones o del contrato celebrado existe esta obligación, la cual, por demás, de haberse pactado, por tratarse de una empresa de servicios públicos oficial debió haberse estipulado a manera de anticipo, lo cual tampoco se pactó.

Al hecho 13.

No es cierto. **ENERCA** no incumplió las obligaciones pactadas. Contrario a lo sostenido por **CENERCOL**, ante los continuos y graves incumplimientos de su parte, **CENERCOL** solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

comunicación GG-CLI-013-199. Dentro del proceso de pago **ENERCA** detectó el incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se reconoce, entre otros documentos, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, sobre el requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL** se han realizado con algunos días de retardo, lo que evidencia, contrario a lo afirmado en este hecho es el incumplimiento de **CENERCOL** y no de mi representada.

Al hecho 14.

No es cierto. En este proceso no están probadas las supuestas dificultades relatadas por **CENERCOL** en el documento de reforma de la demanda de reconvencción. Contrario a lo sostenido por **CENERCOL**, **ENERCA**, dentro del proceso de pago detectó el incumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se evidencia en los diferentes informes de interventoría y que reconoce, la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL** **se han realizado con algunos días de retardo**, lo que evidencia, contrario a lo afirmado en este hecho es el incumplimiento de **CENERCOL** y no de mi representada. La terminación del contrato, iniciada por solicitud de la propia **CENERCOL**, culminó con la aceptación de **CENERCOL**, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 15.

No nos consta si **CENERCOL** requirió o no el apalancamiento del proyecto y mucho menos, de existir este apalancamiento se hubiera realizado o no y menos nos consta si este, de haber existido, se hizo con recursos propios o con créditos obtenidos del sector financiero.

Igualmente, **no nos constan** cuáles son los costos de este apalancamiento, de haber existido. En el contrato se pactó, como contraprestación por un servicio efectivamente prestado el pago de una suma de dinero, previa presentación de la factura con el lleno de los requisitos y cumplimiento de las condiciones pactadas. Esta forma de pago, obliga a **CENERCOL** a contar con recursos propios para la ejecución del contrato, para el pago de salarios, prestaciones sociales, dotación, elementos de protección, seguridad social, aportes parafiscales, etc, siendo en consecuencia su obligación solventar y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

cumplir con sus obligaciones en los términos y condiciones pactados, circunstancia que no cumplió.

Al hecho 16.

No es cierto. Contrario a lo sostenido por **CENERCOL, ENERCA**, dentro del proceso de pago detectó el incumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se evidencia en los diferentes informes de interventoría y que reconoce, la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo**, lo que evidencia, contrario a lo afirmado en este hecho es el incumplimiento de **CENERCOL** y no de mi representada. Así las, de existir un costo financiero, como se expresa en este hecho, no es imputable a mi representada sino a **CENERCOL**.

Al hecho 17.

No es cierto. El retraso en la radicación de las facturas, contrario a lo expresado por **CENERCOL**, en este hecho, de haberse presentado, es un hecho imputable exclusivamente a **CENERCOL** y no a **ENERCA**, por cuanto el obligado a facturar, radicar o presentar la factura para su pago es el contratista y no la entidad contratante. **No nos constan** las dificultades que plantea **CENERCOL** en este hecho. Desconocemos la existencia o no de falta de liquidez de **CENERCOL** y mucho menos la real causa de la misma. También desconocemos, de haber existido la falta de liquidez, si esta afectó o no el flujo de caja de **CENERCOL** necesarios para atender otros compromisos de pagos, su monto o condiciones de pago, así como sus acreedores. No es cierto que no haber recibido los pagos de los servicios prestados a **ENERCA** a tiempo hubieran generado una crisis de liquidez. De haberse presentado esta circunstancia, **ES IMPUTABLE** exclusivamente a **CENERCOL**, por cuanto, contrario a lo sostenido por **CENERCOL, ENERCA**, dentro del proceso de pago detectó el incumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se evidencia en los diferentes informes de interventoría y que reconoce, la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo**, lo que evidencia, contrario a lo afirmado en este hecho es el incumplimiento de **CENERCOL** y no de mi representada.

Al hecho 18.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No es cierto como está formulado. De conformidad con la cláusula décima segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 y con el anexo 1 tabla de faltas y descuentos del mismo contrato, **ENERCA** pretende el pago de lo adeudado contractualmente, especialmente las reconocidas por **CENERCOL** en correspondencia cruzada con **ENERCA** y la interventoría del contrato.

Al hecho 19.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.

No es cierto. Es temerario sostener que **ENERCA** fabricó su propia prueba, por cuanto no es cierto que **ENERCA** hubiera instruido a la interventoría por vía de reconvención para para constituir un supuesto incumplimiento.

Contrario a lo afirmado, se tiene que la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo**. Esto desvirtúa lo afirmado por **CENERCOL** en este hecho.

No sobra recordar que ENERCA como entidad pública con régimen de contratación especial no es ajena a cumplir con las normas de orden público que rigen la contratación de la interventoría para los contratos estatales.

Al hecho 20.

No es cierto. **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria y no por los requerimientos y exigencias de **ENERCA** o de la interventoría del contrato que deben velar por la correcta ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista.

hecho 21.

No es cierto. **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria. Adicional a las constancias de incumplimiento presentado por la interventoría, **CENERCOL** a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo**. Esto desvirtúa lo afirmado por **CENERCOL** en este hecho.

Al hecho 22.**No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.**

No es cierto. **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria. **ENERCA**, dentro del proceso de pago detectó el incumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se evidencia en los diferentes informes de interventoría y que reconoce, la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo**.

Al hecho 23.**No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.**

No es cierto. **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria. **ENERCA**, como entidad pública le corresponde exigir a sus contratistas el cumplimiento de las obligaciones contractuales. El reiterado incumplimiento de **CENERCOL** motiva su solicitud para acordar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, proceso que termina con su aceptación de terminarlo el 28 de marzo de 2014, periodo en el cual **ENERCA** cumplió con sus obligaciones dentro de la buena fe contractual.

Al hecho 24.**No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.**

No es cierto. **ENERCA** pagó las facturas previa verificación del cumplimiento de los términos y condiciones contractuales. **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria. **ENERCA**, dentro del proceso de pago detectó el incumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a cargo de **CENERCOL**, circunstancia que se evidencia en los diferentes informes de interventoría y que reconoce, la propia **CENERCOL**, a través de su representante, en la comunicación fechada el 26 de noviembre de 2013, identificada como GG-CLI-013-197, y con radicado interno de correspondencia recibido de **ENERCA** No.2013015347 del 27 de noviembre de 2013, al dar respuesta al requerimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, laborales y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

pago a terceros, en la cual, entre otras cosas, se reconoce que estos pagos a cargo de **CENERCOL se han realizado con algunos días de retardo.**

Al hecho 25.

No es cierto como está formulado. No es cierto que la cláusula de indemnidad pactada en el contrato objeto de la presente litis hubiera generado para **ENERCA** una obligación de minimizar el riesgo. Por el contrario, la cláusula de indemnidad pactada entre las partes, no es, en ningún caso, exonerante de responsabilidad ni suprime la responsabilidad de **ENERCA**. Por el contrario, la cláusula válidamente celebrada entre las partes, obliga exclusivamente a las partes que expresaron su consentimiento y no es oponible a terceros. **No es cierto** que la cláusula de indemnidad sea una cláusula abusiva e ilegal, ni mucho menos traslada al contratista la obligación al contratista de prestar un servicio aún sin recibir remuneración. Tampoco es cierto que **ENERCA se hubiere exonerado de su incumplimiento.** Mucho menos, de la cláusula de indemnidad, se puede concluir, como erradamente lo sostiene **CENERCOL** en este hecho una condonación del dolo futuro.

Recordemos que el artículo 63 del Código Civil colombiano define el dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro. existe condonación del dolo. Así las cosas, **no es cierto** que **ENERCA** con la cláusula de indemnidad se hubiere exonerado de su incumplimiento, haciendo recaer única y exclusivamente, en cabeza del contratista, los efectos derivados del no pago de los servicios prestados y mucho menos que en esta cláusula se hubiere pactado la condonación del dolo futuro.

Al hecho 26.

No es cierto. Es jurídicamente imposible que **ENERCA** que abrió una licitación pública para la celebración del contrato objeto de la presente controversia hubiera, “por vía de reconvención” incluido disposiciones que lo exoneran del cumplimiento del mismo o de sus obligaciones legales.

La minuta del contrato a celebrar se incluyó en el Pliego de Condiciones, y fue conocida previamente por **CENERCOL**, el cual tuvo la oportunidad para presentar observaciones a las condiciones del contrato a celebrar, sorprendiendo ahora, en la reforma a la demanda con la supuesta existencia de cláusulas con objeto ilícito, afirmación que **no es cierta**, circunstancia que dentro de la buena fe precontractual y contractual debió advertir en su debido momento y no esgrimir, en esta instancia, en forma genérica, como mecanismo para exonerarse de su responsabilidad contractual.

Este hecho no está debidamente determinado, como lo exige el artículo 82 del CGP, por cuanto **CENERCOL** omite precisar las cláusulas contractuales que a su juicio considera que tiene objeto ilícito, lo que impide controvertir en concreto esta afirmación falsa y hace improcedente cualquier pretensión en este sentido.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Al hecho 27.

No es cierto. La conducta de mi representada se ajusta al principio de la buena fe y a lo que manda la ley, que obliga a las entidades públicas a exigir el cumplimiento de los contratos válidamente celebrados. Las cláusulas del contrato fueron válidamente celebradas y no van en contra de la ley y mucho menos tiene objeto ilícito.

Insistimos en el hecho de que la minuta del contrato a celebrar se incluyó en el Pliego de Condiciones, y fue conocida previamente por **CENERCOL**, el cual tuvo la oportunidad para presentar observaciones a las condiciones del contrato a celebrar, sorprendiendo ahora, en la reforma a la demanda con la supuesta existencia de cláusulas con objeto ilícito, afirmación que **no es cierta**, circunstancia que dentro de la buena fe precontractual y contractual debió advertir en su debido momento y no esgrimir, en esta instancia, en forma genérica, como mecanismo para exonerarse de su responsabilidad contractual.

Este hecho no está debidamente determinado, como lo exige el artículo 82 del CGP, por cuanto **CENERCOL** omite precisar las cláusulas contractuales que a su juicio considera que tiene objeto ilícito, lo que impide controvertir en concreto esta afirmación falsa y hace improcedente cualquier pretensión en este sentido.

Al hecho 28.

No es cierto. La cláusula de indemnidad del contrato no es nula absolutamente.

No es cierto que la cláusula de indemnidad pactada en el contrato sea contraria a las normas de orden público y de imperativo cumplimiento y mucho menos contraria al artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

El párrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, no exonera de la responsabilidad solidaria que le corresponde a **ENERCA** como beneficiario de las actividades contratadas a **CENERCOL**.

En virtud de este acuerdo interpartes, no oponible a terceros, **CENERCOL** declaró mantener indemne a **ENERCA** como contratante, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros serán reconocidas y pagadas por el contratista a sus expensas.

Nótese que la anterior declaración es una manifestación libre y autónoma de **CENERCOL**, en virtud de la cual se compromete a mantener indemne a **ENERCA**, pero de esta obligación no se infiere ni existe ninguna expresión contraria al orden público y mucho menos que exonere a **ENERCA** de su

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

Al hecho 29.**No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.**

No es cierto. En ninguna parte del contrato **ENERCA** se pactó exoneración de **ENERCA** de un eventual y futuro incumplimiento.

No es cierto. En ninguna parte del contrato celebrado entre **CENERCOL** y **ENERCA** se pactó que el contratista esté obligado a cumplir aún que no se le pagara por los servicios, y mucho menos es cierto que **ENERCA** hubiere celebrado el contrato pretendiendo exonerarse de una obligación legalmente establecida.

Al hecho 30.

No es cierto. **ENERCA** cumplió con sus obligaciones y deberes contractuales.

ENERCA como entidad pública está obligada a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual.

Por lo especializado del contrato **ENERCA**, como manda la ley, contrató la interventoría del contrato a efectos de realizar el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 y en virtud a este se determinó que **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria, **no siendo CIERTA** la afirmación de **CENERCOL** de que a partir de esta contratación **ENERCA**, buscó la forma de desmejorar para el contratista de la ejecución del contrato.

La cláusula 15 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, claramente acordó que la interventoría podría ser delegada. De otro lado, las normas de orden público, a las cuales está sometida la ejecución de los contratos de las entidades públicas, como mi representada, autorizan la celebración de contratos de interventoría técnica, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

Desconocemos cuales son las nuevas obligaciones o la desmejora para el contratista para la ejecución del contrato, que se dice en la reforma de la demanda de reconvención busco mi representada frente a **CENERCOL**. De otro lado, llama la atención que solo con esta reforma a la demanda de reconvención **CENERCOL** presente reparo frente a la interventoría contratada, cuando desde su vinculación el contratista suscribió sin reparo alguno actas, informes etc., con esta interventoría.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De otro lado este hecho no está debidamente determinado, como lo exige el artículo 82 del CGP, por cuanto **CENERCOL** omite precisar en qué consistió la supuesta desmejora desmejorar para el contratista de la ejecución del contrato, lo cual hace improcedente cualquier pretensión en este sentido.

Al hecho 31.

No es cierto. ENERCA pagó las facturas que durante la ejecución de contrato cumplieron con los requisitos y condiciones de pago. ENERCA no incumplió el contrato. cumplió con sus obligaciones y deberes contractuales.

Al hecho 32.

No es cierto. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo. La decisión aceptada por **CENERCOL** de terminar el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 no le pudo generar perjuicios a **CENERCOL** y de llegarse a haberse presentados perjuicios estos nos son imputables a **ENERCA** sino a los propios actos de **CENERCOL**.

Recordemos que ante los continuos y graves incumplimientos por parte de **CENERCOL** ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que se terminara el día 28 de marzo de 2014, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101

Al hecho 33.

No es cierto. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo. La terminación del contrato culminó con la aceptación de CENERCOL de que terminara el día 28 de marzo de 2014, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 34.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL o un fundamento de derecho.

Al hecho 35.

No es cierto como está formulado. Siendo **ENERCA** una empresa de servicios públicos oficial con régimen especial del derecho privado, celebró el contrato estatal objeto de esta controversia, el cual culminó con la aceptación de **CENERCOL**, de que terminara el día 28 de marzo de 2014, como consta en comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 36.

No es cierto como está formulado. Omite **CENERCOL** a ser mención que en virtud de la consideración que cita parcialmente, el contrato también se rige por el Reglamento de Contratación vigentes, aprobado mediante acuerdo de Junta Directiva No. 005 del 24 de agosto de 2006.

Al hecho 37.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.

No es cierto. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo. La terminación del contrato culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que terminara el día 28 de marzo de 2014, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 38.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.

No es cierto. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo, en consecuencia, no fue arbitraria, ilegal y abusiva y por tanto no constituye un incumplimiento del contrato. **CENERCOL** solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, C terminación culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que se terminara el día 28 de marzo de 2014, como consta en la comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Al hecho 39.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Las eventuales demoras en el pago, de haber existido, se debieron no por causa imputable a mi representada sino en virtud al incumplimiento de **CENERCOL** de acreditar, entre otras cosas, el cumplimiento por parte del contratista – **CENERCOL** – de sus obligaciones laborales a su cargo como el pago de los aportes a los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, del personal contratado por esta sociedad para la ejecución del contrato, no siendo posible librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que **CENERCOL** no prestó los

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para exigir el pago y para que mi representada, como entidad pública, pudiera realizar el pago en los términos de ley.

Adicionalmente, de las pretensiones de la demanda se advierte que se pretende el pago de la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, la cual nunca fue presentada ni radicada en **ENERCA** no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

Al hecho 40.

No es cierto como está formulado. De conformidad con la cláusula décima segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 y con el anexo 1 tabla de faltas y descuentos del mismo contrato, **ENERCA** requirió el pago de lo adeudado contractualmente, especialmente las reconocidas por **CENERCOL** en correspondencia cruzada con **ENERCA** y la interventoría del contrato.

Al hecho 41.

No es cierto. **ENERCA** cumplió con sus obligaciones y deberes contractuales.

La cláusula 15 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, claramente acordó que la interventoría podría ser delegada. De otro lado, las normas de orden público, a las cuales está sometida la ejecución de los contratos de las entidades públicas, como mi representada, autorizan la celebración de contratos de interventoría técnica, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

ENERCA como entidad pública está obligada a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual.

Por lo especializado del contrato **ENERCA**, como manda la ley, contrató la interventoría del contrato a efectos de realizar el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 y en virtud a este se determinó que **CENERCOL** incumplió con sus obligaciones contractuales, producto de su propia incuria, **no siendo CIERTA** la afirmación de **CENERCOL** de que con ello impuso al contratista obligaciones diferentes a las previstas en contrato originalmente pactado. Llama la atención que solo con esta reforma a la demanda de reconvención

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CENERCOL presente reparo frente a la interventoría contratada, cuando desde su vinculación el contratista suscribió sin reparo alguno actas, informes etc., con esta interventoría los que sustentan los pagos realizados a **CENERCOL**, en los cuales se hizo constar reiteradamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista.

Al hecho 42.

No es cierto. **ENERCA** cumplió con sus obligaciones y deberes contractuales.

No es cierto. **ENERCA** no impuso a **CENERCOL** nuevas obligaciones no pactadas originalmente, y mucho menos, que estas, de haber existido hubieran conllevado al desarrollo de actividades no contratadas y mucho menos que estas no le hayan sido remuneradas.

Dada la naturaleza jurídica de **ENERCA**, su capacidad de contratación está limitada a la disponibilidad presupuestal de los recursos, siendo jurídicamente imposible cambiar o imponer obligaciones a un contratista por fuera del contrato válidamente celebrado, otrosí celebrados entre las partes. Por ley **ENERCA**, no puede pagar servicios no contratados y amparados en la respectiva disponibilidad presupuestal.

De otro lado este hecho no está debidamente determinado, como lo exige el artículo 82 del CGP, por cuanto **CENERCOL** omite precisar cuáles son las supuestas actividades no contratadas que supuestamente le impuso mi representada, cuál fue la forma para esta imposición o el soporte, y mucho menos indica cómo ejecutó estas supuestas obligaciones, las cuales, de haber existido y haberse ejecutado, son de su exclusiva responsabilidad siendo imposible reclamar pago alguno por tratarse, en el derecho presupuestal, de un hecho cumplido.

Al hecho 43.

No es un hecho, es una apreciación subjetiva de CENERCOL.

No es cierto. **CENERCOL** solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, C terminación culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que se terminara el día 28 de marzo de 2014; como consta en la comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo, en consecuencia, no puede considerarse esta manifestación de voluntad como un hecho en desmedro de **CENERCOL**.

Al hecho 44.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

pago. Las eventuales demoras en el pago, de haber existido, se debieron no por causa imputable a mi representada sino en virtud al incumplimiento de **CENERCOL** de acreditar, entre otras cosas, el cumplimiento por parte del contratista - **CENERCOL** - de sus obligaciones laborales a su cargo como el pago de los aportes a los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, del personal contratado por esta sociedad para la ejecución del contrato, no siendo posible librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que **CENERCOL** no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para exigir el pago y para que mi representada, como entidad pública, pudiera realizar el pago en los términos de ley.

Adicionalmente, de las pretensiones de la demanda se advierte que se pretende el pago de la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, la cual nunca fue presentada ni radicada en **ENERCA** no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

No existió resolución de pleno derecho, la terminación del contrato culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que se terminara el día 28 de marzo de 2014, como consta en la comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, la manifestación de **CENERCOL** de aceptar la terminación en esa fecha si le causo perjuicios, hecho que se debe demostrar, no es imputable a **ENERCA** sino a una decisión libre y espontánea de **CENERCOL**, independientemente de sus motivaciones.

La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo, en consecuencia, no puede considerarse como un hecho que cause perjuicios a **CENERCOL**, por cuanto a la postre la terminación, en virtud de la aceptación de que fuera el día 28 de marzo de 2014, fue una decisión libre y autónoma de **CENERCOL** que impide, por esta aceptación, dentro de la buena fe contractual, ahora reclamar la utilidad dejada de percibir en un contrato que aceptó que se terminara el día 28 de marzo de 2014.

Al hecho 45.

No es cierto. En la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios objeto de la presente demanda y proceso arbitral, se acordó la forma de pago. Las eventuales demoras en el pago, de haber existido, se debieron no por causa imputable a mi representada sino en virtud al incumplimiento de **CENERCOL** de acreditar, entre otras cosas, el cumplimiento por parte del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contratista – **CENERCOL** – de sus obligaciones laborales a su cargo como el pago de los aportes a los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, del personal contratado por esta sociedad para la ejecución del contrato, no siendo posible librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente ó a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que **CENERCOL** no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para exigir el pago y para que mi representada, como entidad pública, pudiera realizar el pago en los términos de ley.

Adicionalmente, de las pretensiones de la demanda se advierte que se pretende el pago de la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, la cual nunca fue presentada ni radicada en **ENERCA** no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

CENERCOL solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, terminación culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que se terminara el día 28 de marzo de 2014, como consta en la comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, aceptación que impide algún reconocimiento sobre la supuesta utilidad que hubiera obtenido dentro del plazo inicial de ejecución del contrato, el cual término en virtud de la aceptación de **CENERCOL** de que terminara el día 28 de marzo de 2014 y no producto de que **ENERCA** le hubiere impedido ejecutar el contrato hasta su terminación. La terminación del contrato fue por mutuo acuerdo, en consecuencia, no puede considerarse esta manifestación de voluntad como un hecho en desmedro de **CENERCOL**.

RESPECTO A LAS PRETENSIONES PROPUESTA EN LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN POR LA PARTE DEMANDADA, EL DEMANDANTE SE PRONUNCIÓ ASÍ:

En cuanto a las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción procede el siguiente pronunciamiento expreso y concreto.

Las peticiones identificadas con los números, 1, 2, 3, 4 5 y 6 de la demanda de reconvencción estarán llamadas a prosperar, conforme se pruebe en el presente proceso arbitral.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias formuladas, indistintamente, por **CENERCOL** identificadas con los números 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

En concreto, son fundamento de la oposición a las pretensiones principales formuladas por **CENERCOL** identificadas con los números 7, 8, 9, 10, y 11, las siguientes:

A la pretensión 7.

No está llamada a prosperar. **ENERCA** no incumplió con el contrato ni con las obligaciones pactadas. Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de **CENERCOL** ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, terminación que culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que dicha terminación fuera el día 28 de marzo de 2014, como consta en comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

A la pretensión 8.

Esta pretensión subsidiara de la anterior, o está llamada a prosperar. No puede declararse el abuso del derecho cuando **ENERCA** no incumplió con el contrato ni con las obligaciones pactadas. Por el contrario, Ante los continuos y graves incumplimientos por parte de **CENERCOL** ésta solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, terminación que culminó con la aceptación de **CENERCOL** de que dicha terminación fuera el día 28 de marzo de 2014, como consta en comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Habiendo expresado **CENERCOL** su aceptación a la terminación del contrato el día 28 de marzo de 2014, no existe abuso del derecho.

A la pretensión 9.

No está llamada a prosperar. **ENERCA** no incumplió el contrato. Realizó el pago en los términos pactados contractualmente y conforme a la ley.

De presentarse alguna demora en el pago esta obedece al incumplimiento contractual de **CENERCOL**, así como, al incumplimiento en el pago oportuno por parte del contratista - **CENERCOL** - de sus obligaciones laborales y de las obligaciones a su cargo con los sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, requisito que disposición de orden público debe ser acreditado y verificado para la realización de cada pago derivado del contrato de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

prestación de servicios No. 009 de 2012. Adicionalmente, a la omisión de **CENERCOL** de presentar y radicar la factura para su pago.

A la pretensión 10.

No está llamada a prosperar. La Factura de Venta está definida como título valor, en los términos del artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1° de la Ley 1231 de 2008 y como tal son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, tal como lo establece el artículo 619 del Código de Comercio y para su cobro procede la acción cambiaria a través de la vía ejecutiva.

De otro lado debe recordarse que la ley establece que no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que **CENERCOL** no podía librar las facturas sobre las cuales demanda su pago por cuanto no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para librar las facturas y para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

En cuanto a la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, cabe aclarar que esta factura no fue presentada ni radicada en **ENERCA** no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

A la pretensión 11.

No está llamada a prosperar. El cobro de intereses por el pago de las facturas no está llamado a prosperar por cuanto **CENERCOL** no podía librar las facturas por cuanto no acreditó la prestación de los servicios y el cumplimiento previo del pago de las obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje.

Tampoco procede el pago de intereses moratorios sobre la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, por cuanto esta factura no fue presentada ni radicada en **ENERCA** para su pago y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Tampoco procede el cobro de intereses desde la fecha de vencimiento de la factura por cuanto mí representada por cuanto nunca se le requirió ni se constituyó en mora.

A la pretensión 12.

No está llamada a prosperar. **ENERCA** no incumplió el contrato. Realizó el pago en los términos pactados contractualmente y conforme a la ley. El contrato término por aceptación de **CENERCOL** de que terminar el día 28 de marzo de 214 y en consecuencia el contrato terminó por mutuo acuerdo, y no por terminación unilateral antes de lo pactado, lo cual hace improcedente el pago de cualquier indemnización de perjuicios por esta circunstancia.

A la pretensión 13.

No está llamada a prosperar. El parágrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, no es contraria al artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

El parágrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, no exonera de la responsabilidad solidaria que le corresponde a **ENERCA** como beneficiario de las actividades contratadas a **CENERCOL**.

En virtud de este acuerdo interpartes, no oponible a terceros, **CENERCOL** declaró mantener indemne a **ENERCA** como contratante, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros serán reconocidas y pagadas por el contratista a sus expensas, manifestación lícita de **CENERCOL** que no exonera de la responsabilidad solidaria que por mandato de la ley le corresponde a **ENERCA** de las obligaciones laborales.

El hecho de que **CENERCOL** en virtud del contrato celebrado hubiere declarado mantener indemne a **ENERCA**, no es una manifestación contraria al orden público y por tanto carente de objeto ilícito, y, por el contrario, es una declaración válidamente expresada con plenos efectos interpartes.

Nótese que la anterior declaración es una manifestación libre y autónoma de **CENERCOL**, en virtud de la cual se compromete a mantener indemne a **ENERCA**, pero de esta obligación no se infiere ni existe ninguna expresión contraria al orden público y mucho menos que exonere a **ENERCA** de su responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo y por tanto esta pretensión no está llamada a prosperar.

A la pretensión 14.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No está llamada a prosperar. Esta pretensión no está llamada a prosperar por ser contraria a los requisitos de la demanda, consagrados en el artículo 82 del CGP, que en el numeral 5° exige que la demanda debe contener “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”.

Nótese que esta pretensión no tiene fundamento en ninguno de los 45 hechos formulados en la reforma de la demanda de reconvención. Al carecer de fundamento en los hechos de la demanda esta pretensión no puede ser declarada en la sentencia por ausencia de congruencia entre los hechos y las pretensiones de la demanda, en los términos del artículo 281 del CGP.

De otro lado, tampoco está llamada a prosperar la solicitud de nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones, por cuanto no es contraria a los artículos 1522, 1603 y 1609 del Código Civil “CC”.

La condonación de que trata el artículo 1522 del CC, nada tiene que ver con la condición establecida en el pliego y de la cual se solicita la declaratoria de nulidad absoluta.

Tampoco, atenta contra el principio de buena fe contractual, por el contrario, reafirma el principio de que el contrato es ley para las partes y a la intención de las partes de que se cumpla con lo pactado.

Siendo el contrato un contrato bilateral, las partes están en obligación de cumplir con lo pactado, no existiendo en la condición que se demanda la nulidad exoneración alguna en favor del **ENERCA** de incumplir con lo pactado.

Por el contrario, **CENERCOL** pretende exonerarse de responsabilidad derivada de su incumplimiento contractual, alegando precisamente lo contrario a la condición que lo obliga.

A la pretensión 15.

No está llamada a prosperar. Esta pretensión no está llamada a prosperar por ser contraria a los requisitos de la demanda, consagrados en el artículo 82 del CGP, que en el numeral 5° exige que la demanda debe contener “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”.

En esta pretensión se pretende se declare que los presuntos daños irrogados a contratistas y empleados de **CENERCOL** en los contratos de prestación de servicios celebrados, fueron ocasionados por **ENERCA**. Esta pretensión carece de tiene fundamento en ninguno de los 45 hechos formulados en la reforma de la demanda de reconvención. Obsérvese que in ninguno de los 45 hechos formulados en el escrito de reforma de la demanda de reconvención, **CENERCOL** qué daños o a qué contratistas o a qué empleados o en virtud

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de cuáles contratos de prestación de servicios mi representada causo daño propio.

Tampoco está llamada a prosperar esta pretensión por cuanto **CENERCOL**, carece de interés legítimo para solicitar en este proceso la declaratoria de daños irrogados a terceros contratistas o empleados a su servicio.

Al carecer de fundamento en los hechos de la demanda esta pretensión no puede ser declarada en la sentencia por ausencia de congruencia entre los hechos y las pretensiones de la demanda, en los términos del artículo 281 del CGP.

FORMULÓ EXCEPCIONES DE MÉRITO O DE FONDO, ASÍ:**PRIMERA. - Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales**

El artículo 82 del CGP, aplicable a este asunto, por mandato del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

Dentro de los requisitos formales de la demanda, el numeral 5° del artículo 82 establece claramente, como requisitos formales, el requisito de “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.”

Así las cosas, se advierte la ineptitud formal de la reforma de la demanda de reconvencción presentada por **CENERCOL** por cuanto dos de las pretensiones formuladas no tiene fundamento en ninguno de los 45 hechos de la demanda.

Obsérvese que en la pretensión 14, se solicita la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones, por considerar que es violatoria de los artículos 1522, 1603 y 1609 del CC. Sin embargo, no se observa congruencia entre esta pretensión y los 45 hechos de la demanda formulada. Lo que permite concluir que esta pretensión no tiene fundamento en ninguno de los hechos formulados, lo que trae como consecuencia la ineptitud formal de la demanda.

Igualmente, la pretensión 15 de la demanda, se solicita declare los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contrato de prestación de servicios celebrados. Al revisar la congruencia de esta pretensión con los 45 hechos de la reforma a la demanda de reconvencción se encuentra que en ninguno de ellos se hizo mención a los sufridos por contratista o empleados de **CENERCOL**, ni se mencionó, ni identificó, en estos hechos, contratista y empleados ni contratos de prestación de servicios celebrados por **CENERCOL**, confirmando la ineptitud formal de la demanda por falta de requisitos formales.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

SEGUNDA. - Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones

En cuanto al contenido de la demanda de reconvención presentada por **CENERCOL** se advierte una indebida acumulación de pretensiones por cuanto al contenido de la demanda la ley es clara en exigir que esta se debe formular con precisión y claridad.

En este punto se advierte que no existe precisión y claridad en la pretensión décima, por tratarse de la petición del pago de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, el pago pretendido de cada una de ellas, por ser títulos valores autónomos debió formularse por separado.

TERCERA. - Falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrogados a contratistas y empleados de CENERCOL

Frente a la pretensión No 15, formulada por **CENERCOL**, se advierte la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de arbitramento para declarar que los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contratos celebrados fueron ocasionados por **ENERCA**, siendo este un daño propio para la empresa contratante.

Las únicas partes del contrato de prestación de servicio No 009 de 2012 son **ENERCA** y **CENERCOL** y en virtud del pacto arbitral, las únicas controversias sobre las cuales tiene competencia para dirimir es las suscitadas con ocasión a la celebración y ejecución de este contrato.

Así las cosas, no es posible pretender extender la jurisdicción de este arbitramento a terceros, contratistas y empleados de **CENERCOL**, sobre los cuales no solo se desconoce la existencia de los contratos de prestación de servicios que se dice celebraron, sino que se desconoce con quién se celebraron, los cuales no suscribieron el pacto arbitral que legitima la jurisdicción y competencia en este asunto.

CUARTA. - Inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrogados a contratistas y empleados

CENERCOL, carece de interés legítimo y representación legal para solicitar que en este proceso se declare que los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contratos celebrados fueron ocasionados por **ENERCA**, siendo este un daño propio para la empresa contratante.

Adicionalmente, carece de capacidad legal para solicitar esta declaratoria indeterminada, sin indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

como sin individualizar a las personas naturales o jurídicas sobre las cuales pretende esta declaratoria.

QUINTA. - Incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda

No existe congruencia entre los 45 hechos formulados por **CENERCOL** en la reforma de la demanda de reconvención presentada, frente a las pretensiones propuestas en los numerales 14 y 15, lo cual hace improcedente la sentencia en este sentido.

SEXTA. - Inexistencia de responsabilidad de ENERCA

No existe responsabilidad de **ENERCA S.A. E.S.P.** en este asunto, por cuanto su proceder se ajustó a lo estipulado contractualmente y al cumplimiento de normas de orden público que obligan a verificar previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de **CENERCOL** como contratista, la prestación de los servicios y verificar el pago de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

De otro lado, en cuanto a la terminación del contrato esta fue aceptada por **CENERCOL**, por cuanto, ante los continuos y graves incumplimientos de su parte solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, la cual culminó con la aceptación de **CENERCOL**, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

SÉPTIMA. - Responsabilidad exclusiva de CENERCOL

Existe responsabilidad de **CENERCOL** al no incumplir con sus obligaciones contractuales, entre otras, el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Igualmente, al incumplir la obligación contractual y legal de hacer el pago de los aportes al sistema de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

OCTAVA. - Culpa exclusiva de CENERCOL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De lo expuesto reiteradamente en la presente contestación de la demanda de reconvencción es improcedente que **CENERCOL** termine beneficiándose de su propia culpa, por cuanto incumplió las obligaciones a su cargo, como son el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, así como, la obligación contractual y legal de hacer el pago oportuno de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Adicionalmente existe culpa exclusiva de **CENERCOL** en el retardo o la no radicación o no presentación de las facturas, en los términos y condiciones pactados contractualmente.

NOVENA. - Inexistencia de perjuicios por terminación del contrato por mutuo acuerdo

El contrato de prestación de servicios No. 009 se terminó por aceptación de **CENERCOL** de la fecha del 28 de marzo de 2014. Así las cosas, al haber aceptado la terminación como lo comunicó a **ENERCA**, no existen perjuicios que demandar, haciendo evidente el mutuo disenso de las partes para continuar ejecutando el contrato después de esa fecha.

DÉCIMA. - Incumplimiento del contrato por parea de CENERCOL

Como se ha manifestado desde la presentación de la demanda, la contestación de la demanda de reconvencción y ahora con la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción, las pretensiones de **CENERCOL** no están llamadas a prosperar por la existencia del incumplimiento de su parte en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

UNDÉCIMA. - Pago

ENERCA realizo el pago de los servicios que **CENERCOL** acreditó haber prestado en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, demostrando, entre otras cosas, el pago de los aportes al sistema de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

DUODECIMA. - Compensación

En caso de que no prosperen las excepciones antes propuestas y por cualquier causa se orden a mi representada pagar suma de dinero a mi representada a favor del **CENERCOL** solicito se compense esta condena contra las sumas de dineros que **CENERCOL** deba cancelar a **ENERCA** de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

prosperar las pretensiones de la demanda arbitral formulada por mi representada contra **CENERCOL**.

DÉCIMA TERCERA. - Existencia de trámite especial

Las pretensiones 10 y 11 de la demanda de reconvenición no pueden tramitarse dentro de la presente controversia, por cuanto con estas pretensiones CENERCOL pretende el pago, con sus respectivos intereses de mora de las de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, títulos valores autónomos e independientes del negocio jurídico subyacente, y esta pretensiones deben ejercerse con fundamento en el ejercicio de la acción cambiara, por cuanto las excepciones a este tipo de títulos son especialísimas de conformidad con lo establecido en el artículo 784 del Código de Comercio.

De otro lado el cobro de un título valor da lugar al procedimiento ejecutivo, en los términos del artículo 793 del Código de Comercio.

DÉCIMA CUARTA. - Genérica o innominada

Solicito, con todo respeto que al momento de dictar el Laudo Arbitral, se dé aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso declarando de oficio cualquier excepción cuando halle probados los hechos de la misma.

Mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2017, radicado por la parte demandada CENERCOL S.A. se solicitó al tribunal el llamamiento en garantía de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. mediante auto No. 05 de fecha treinta y uno (31) de octubre de 2016, se admitió la solicitud de llamado en garantía de COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. la cual fue notificada personalmente conforme a los términos legales, así mismo en fecha 22 de diciembre de 2016 COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., a través de su apoderado ARTURO SANABRIA, dio Contestación de la demanda presentada por Empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P. y dio Contestación del llamamiento en garantía formulado por Consorcio Energía Colombia S.A.

Mediante auto No. 22 de fecha 03 de agosto de 2017. El tribunal expuso que "Ahora bien, respecto de la falta de jurisdicción y competencia aducida por el llamado en Garantía, Mundial de Seguros S.A., se manifiesta lo siguiente:

Es claro que el pacto arbitral es la fuente que habilita a los árbitros para administrar justicia en un caso concreto. El pacto arbitral constituye un contrato cuyos efectos se extiende y vincula a quienes han suscrito el pacto o aquellas que se adhieren a este, así las cosas, el principio de relatividad de los contratos establece que solo se puede crear derechos y obligaciones en beneficio y en contra de quienes han intervenido en su celebración, surtiendo de esta manera efectos solo respecto a las partes que lo celebraron

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

y suscribieron. A pesar de lo anterior, cada vez es mayor la expansión del convenio arbitral a terceros que no han suscrito el pacto arbitral o que no han suscrito el contrato principal que contiene el pacto arbitral, tan es así, que los artículos 36 y 37 de la Ley 1563 de 2012, regulan el tema en concreto.

Respecto al llamado en garantía, el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 hace una vinculación del llamado en garantía al proceso, sin necesidad que haya voluntad expresa respecto del pacto arbitral, a razón que el llamado en garantía garantiza el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato que contiene el pacto arbitral en sí, es decir, más que una habilitación voluntaria a los árbitros a través del pacto arbitral, por disposición legal le es oponible el pacto arbitral, vinculando al llamado en garantía.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a este tema en específico señalando que lo que existe es una manifestación tácita del llamado en garantía porque en él existe la obligación de garantizar un contrato que contiene un pacto arbitral y por lo tanto, conoce sobre la cláusula compromisoria:

“Como el llamamiento en garantía implica la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante (garantizado) y llamado (garante) y permite traer al último a un proceso (el arbitral por ejemplo) como tercero, con el propósito de exigirle la declaración de condena que llegare a sufrir el llamante como resultado del laudo arbitral, esta relación es la que autoriza la posibilidad de vincular a este tercero garante a los efectos del pacto arbitral. Por ello, el tercero es vinculado por la decisión adoptada en el proceso al que es llamado, con fundamento en que ha suscrito un contrato de garantía con una de las partes del proceso, y no con fundamento en que ciertas características de su participación en el proceso lo asimilen a quienes tienen la calidad de parte. (ii) La proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral (...)”³

El parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 establece lo siguiente:

“Cuando se llame en Garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.”

Conforme a la Ley 1563 de 2012, las compañías de seguros siempre deberán participar en los procesos arbitrales relacionados con los contratos garantizados debido a que el pacto arbitral se extiende hasta ellas por

³ Sentencia C-170 de la Corte Constitucional.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

disposición legal, pese a que no haya suscrito el respectivo contrato o pacto arbitral.

Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-170 de 2014, expuso su posición respecto a la aplicabilidad de la Ley en el tiempo en relación a si el contrato de seguros se había suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, y por ende, si la vinculación que hace la Ley 1563 de 2012 del llamado en garantía le es aplicable a esos contratos.

La Corte Constitucional expuso lo siguiente respecto al parágrafo 1° del artículo 37:

" (...) Pese a que lo anterior es suficiente para sustentar la constitucionalidad de la norma acusada por el cargo que se ha analizado en la presente providencia, la Sala encuentra pertinente agregar que la propuesta del Procurador de declarar exequible la norma bajo la condición de que ella solo se aplique a contratos de garantía suscritos con posterioridad a su entrada vigencia, resulta un asunto que se soluciona con la aplicación de los efectos generales de las leyes en el tiempo, y aunque no hace parte del estudio de constitucionalidad propuesto en esta oportunidad a la Corte, conviene hacer una breve referencia a ello.

En efecto, le asiste razón al Procurador al advertir que como la legislación anterior (artículo 127 de la Ley 446 de 1998) no estableció la vinculación del tercero garante derivada únicamente de la suscripción por éste de la garantía del contrato con cláusula compromisoria, a los contratos de garantía suscritos en vigencia de dicha norma (antes de la entrada en vigencia de la disposición actualmente estudiada por la Corte) no se les puede aplicar los efectos de la norma estudiada en la presente providencia.

Como se dijo, la anterior conclusión surge de la aplicación de los efectos generales en el tiempo de las normas jurídicas, lo cual de entrada no supone duda alguna en el caso de la disposición objeto del presente control de constitucionalidad. Estos efectos generales se derivan de los artículos 11 de la Ley 57 de 1887 y 40 de la Ley 153 de 1887, según los cuales los efectos de las normas en el tiempo tienen vigencia hacia el futuro desde el momento de su promulgación (sin efectos retroactivos, por regla general) y los asuntos iniciados con la norma anterior se siguen tramitando con base en aquella.

De ahí que, se deba afirmar que la norma estudiada se aplica en el sentido explicado por el Procurador, esto es, únicamente para contratos de garantía suscritos después de su entrada en vigencia."

Como bien lo estableció la Corte Constitucional, el asunto de si es aplicable o no la Ley 1563 de 2012 en relación a la extensión de los efectos del pacto arbitral a la sociedad Mundial de Seguros S.A. es un asunto que se debe solucionar conforme a la aplicación de las Leyes en el tiempo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

citarlo o notificarlo sobre la fecha de la instalación, aunado a esto, las causales de nulidad son taxativas y se señalan expresamente en la ley. La razón para la que el Tribunal hizo un control de legalidad fue para sanear un posible vicio que no viene desde la instalación del Tribunal como equivocadamente lo trata de hacer ver el Ministerio Público, sino que se genera posteriormente cuando la Entidad pública Empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P.- ENERCA S.A. E.S.P., fue demandada. Es de reiterar así, que solo hasta el 1 de febrero de 2017 la Entidad Pública se convierta en PARTE DEMANDADA al interior del presente trámite arbitral, y solo hasta ese preciso momento se admite mediante Auto No. 10 la reforma de la demanda de reconvenición instaurada por la sociedad Consorcio de Energía Colombia S.A.-CENERCOL S.A., momento procesal oportuno que la Ley 1564 de 2012 (C.G.P) ordena notificar el auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Cuando una Entidad Pública es parte demandada al interior de un proceso o trámite, la norma que ordena notificar el auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como al Ministerio Público, es sin duda alguna el artículo 612 del C.G.P., el cual por motivos garantistas al estar inmiscuida una entidad Pública, debe ser aplicada.

El artículo 612 del C.G.P establece:

Artículo 612. Modifíquese el Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda. (...)"

Como se observa de la norma señalada, sin duda alguna cuando se admite el auto admisorio de una demanda que está dirigida contra Entidades Públicas se debe notificar dicho auto al Ministerio Público, para que, si a bien quiere, siendo facultativo su actuar, intervenga al interior del trámite o proceso, ya que el Ministerio Público no es Parte sino un interviniente, respetándose así el debido proceso y las posibles intervenciones que pueda realizar.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

No se debe perder de vista que la posible causal de nulidad que se podía llegar a configurar al interior del trámite arbitral es la señalada en el numeral artículo 133 del C.G.P que establece:

"Artículo 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(..)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado."

Para el caso concreto del Ministerio público, una vez demandada la Entidad público ENERCA S.A. E.S.P., se le debía notificar el auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención conforme al artículo 612 del C.G.P, pues así lo establece la norma; como no se hizo en ese preciso momento por desconocer este Tribunal hasta esa fecha la naturaleza de la Empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P.- ENERCA S.A. E.S.P., el Tribunal de Arbitramento conforme al artículo 132 del C.G.P. hizo control de legalidad para corregir y sanear los vicios que configuraban nulidades o irregularidades, actuar que es jurídicamente idóneo, pues esa es la finalidad de esa figura y no otra, como lo señala equivocadamente el Ministerio público.

Hecho el control de legalidad y conforme al artículo 612 del C.G.P. se procedido a notificar el auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención al Ministerio Público, teniendo en cuenta el numeral 3° del artículo 93 que señala:

El demandante podrá corregir, aclarar, o reformar la demanda en cualquier momento, desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial. (...) 3. Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito.", es decir, el documento de reforma de demanda de reconvención integra la demanda de reconvención inicial, motivo por el cual se le notificó al Ministerio público, el Auto N° 10 de fecha 1 de febrero de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió la reforma de la demanda de reconvención interpuesta por Consorcio de Energía de Colombia S.A. -CENERCOL S.A., corriéndosele traslado de la misma.

Conforme a lo anterior, la posible nulidad que hubiera surgido al interior del trámite arbitral era no haber notificado al Ministerio público del Auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención en virtud del artículo 612 del C.G.P., el cual en este caso es aplicable por ser parte DEMANDADA una Entidad Pública.

Por otro lado, es inentendible lo que expresa el Ministerio público cuando manifiesta que no se le notifica el "Auto admisorio de la demanda ni se le corrió traslado de la misma", es de precisar que el Ministerio público no es

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

nada claro respecto de su afirmación, pues ni siquiera identifica cual es el auto admisorio de la demanda que se le dejo de notificar, para lo cual este Tribunal va a ser enfático y explicito, pues dicho señalamiento no tiene fundamento de hecho ni de derecho.

Mediante Auto No. 18 de fecha 9 de mayo de 2017 se le notificó al Ministerio público el Auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención que se interpuso contra la Entidad Publica Enerca S.A. E.S.P., Auto que es el que corresponde notificarle al Ministerio público, aclarándole que el presente Tribunal ha proferido dos (2) autos admisórios de demanda, el primero de fecha 25 de agosto de 2016 (Auto No. 3) y el segundo de fecha 1 de febrero de 2017 (Auto No. 10), pues hubo por un lado y en principio, demanda contra una sociedad privada llamada Consorcio de energía de Colombia S.A.- CENERCOL S.A., y por otro, hubo demanda de reconvención contra la sociedad Empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P.- ENERCA S.A. E.S.P. quien es Entidad Pública y solo hasta esa fecha fue parte demandada, es así como al Ministerio publico solo se le debe notificar el Auto No 10 mediante el cual se admite la reforma de la demanda de reconvención contra la Entidad pública, puesto que solo hasta ese momento se convierte en parte demandada ENERCA S.A. E.S.P.

Igualmente el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, establece claramente lo siguiente:

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

Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.

Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda.

La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral.

Con lo anterior, se enfatiza un más que el escrito de demanda que es trascendental e indispensable para conocimiento del Ministerio publica es aquel que se instaura CONTRA una Entidad Pública, es decir, cuando la Entidad Publica es la entidad demandada, no antes.

Así las cosas, con el Auto No 18 de fecha 9 de mayo de 2017 quedo saneada la posible nulidad relacionada con la notificación al Ministerio Publico (artículo 6 12 del C.G.P.), reiterándose que el mismo no es PARTE, pero

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

puede intervenir como sujeto procesal por estar demandada una Entidad Pública. Acorde a lo anterior y con la finalidad que el Ministerio publica ejerza su facultad si la quiere ejercer, mediante el Auto No. 18 se le corrió traslado de la reforma de la demanda de reconvenición presentada por la sociedad Consorcio Energía Colombia S.A. por los términos establecidos en el artículo 612 del C.G.P. y 21 de la Ley 1563 de 2012, respetándose así el debido proceso.

Ahora bien, el Ministerio público también manifiesta que su intervención "en la audiencia de conciliación es indispensable habida cuenta que podría intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan".

Respecto a lo anterior, es de manifestar que la presencia e intervención del Ministerio público en la Audiencia de Conciliación no es indispensable ni obligatoria, ya que son las PARTES del proceso las que deciden o no, llegar a un acuerdo conciliatorio conforme a sus conflictos, son ellas igualmente las facultadas para proponer fórmulas de arreglo, no terceras personas ni intervinientes. El artículo 24 de la Ley 1563 de 2012 es claro al señalar:

"ARÍCULO 24. AUDIENCIA DE CONCILIACION. Vencido el termino de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvenición, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el termino de traslado de la demanda, el tribunal señalara día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.

En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral instar a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podría proponerles formulas, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobarla mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, presta merito ejecutivo.

El Ministerio público y la Agenda Nacional de Defensa jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan."

Para que el Ministerio Publico este informado, el Tribunal de Arbitramento insto a las partes para que resolvieran sus diferencias mediante el mecanismo de solución de conflictos llamado Conciliación, sin que las partes quisieran acordar alguna solución respecto a sus problemas, así mismo, y como se puede observar de la audiencia de Conciliación de fecha 10 de marzo de 2017 (Audio), las PARTES ni siquiera propusieron fórmulas de arreglo como para que el Ministerio Publico pudiera dar su punto de vista al respecto, de este modo, el Tribunal con la finalidad que no haya duda respecto a que la Audiencia de Conciliación realizada en fecha 10 de marzo de 2017 es válida y no tiene vicio alguno, se trae a colación el numeral 4 del artículo 136 del C.G.P. que señala:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

"Saneamiento de la nulidad. Art 136.- La nulidad se considera saneada en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

(...)"

Conforme a lo anterior, el Tribunal de Arbitramento considera que la Audiencia de Conciliación cumplía su finalidad y las PARTES decidieron voluntariamente no llegar a un acuerdo conciliatorio sin haber propuesto si quiera fórmulas de arreglo, así mismo no se violó el derecho de defensa de las Partes como tampoco se le viola dicho derecho al ministerio público ya que su intervención no es obligatoria y son las partes conforme al pacto arbitral y por mera liberalidad quienes quieren continuar con el tramite arbitral.

Es de precisar que el arbitramento se rige por el principio de voluntariedad donde las partes manifiestan previa y libremente la intención de deferir a un particular la solución de sus diferencias, conforme a esto, las PARTES en el presente trámite han decidido que sus diferencias se resuelvan a través de arbitramento y no a través de la conciliación.

Conforme a lo anterior y dentro del citado auto el tribunal resolvió:

"PRIMERO: RECHAZAR la solicitud presentada por el Ministerio Publico respecto a declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del presente tramite arbitral, es decir, desde el Auto de fecha 11 de agosto de 2016 mediante el cual se declare legalmente instalado el Tribunal Arbitral.

SEGUNDO: Continuar con el tramite arbitral, respetando lo dispuesto en Auto No. 18 de fecha 9 de mayo de 2017, a la espera que si bien lo quiere el Ministerio publico intervenga dentro de los términos establecidos en el numeral tercero de la parte resolutive del Auto No. 18.

A la fecha se ha notificado de todos los autos y actas dentro del trámite arbitral y se le ha notificado para que asista a las diferentes audiencias y se pronuncie sobre las mismas.

4.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

La audiencia de conciliación como lo contemplan los artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012 y de los artículos 107 y 372 del CGP, se celebró el diez (10) de marzo de 2017, la cual contó con la presencia tanto de los representantes legales de la sociedad demandante y demandada como también de sus apoderados. El resultado de la audiencia fue de NO CONCILIAR, razón por la cual el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios correspondientes, los cuales oportunamente fueron consignados en su totalidad por las partes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Se llevó a cabo el 03 de agosto de 2017, en ella el Tribunal se declaró competente y dio inicio a la etapa probatoria, que se desarrolló así:

PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE (ENERCA S.A. E.S.P) CON LA DEMANDA INICIAL.

2.1. DOCUMENTALES.

Se tuvieron como pruebas con el valor que les asigna la ley, todos los documentos citados en el escrito de demanda y subsanación de la demanda, salvo los siguientes, pues a pesar de mencionarse en el escrito de demanda y de subsanación no aparecen aportadas como anexos en medio físico ni en medio magnético de la demanda.

Así, no se decretan los siguientes documentos del escrito de demanda:

1. El documento señalado en el numeral 34 del acápite de pruebas documentales identificado como "Acta parcial No. 37 de fecha 10 de abril de 2014". El acta parcial No. 37 es la única que falta como anexo de las señaladas en el numeral 34.
2. El documento señalado en el numeral 35 del acápite de pruebas documentales identificado como "Fotocopia de la comunicación del 14 de marzo de 2016, identificada con el radicado No. 2016021657, mediante la cual ENERCA requirió a CENERCOL el cumplimiento de la cláusula de indemnidad".

Por otro lado, el Tribunal Arbitral inadmitió la demanda interpuesta por ENERCA S.A. E.S.P. para que dentro del término de ley fuera subsanada, se solicitó que fueran aportados por ENERCA S.A. E.S.P., documentos que estaban en su poder y que en la demanda inicial se pedían oficiar. De acuerdo con lo anterior, ENERCA S.A. E.S.P., subsanó la demanda y aportó con la subsanación de la demanda pruebas documentales, no obstante, en el expediente no fueron encontrados como anexos, por lo que no se pueden decretar:

1. Copia de orden de pago N° 1541 del 2013 (Este documento fue esgrimido en el escrito de subsanación de demanda en el acápite llamado "*D-Se subsana los defectos relacionados con documentos en poder de Enerca*" Numeral 2.)
2. Copia de orden de pago N° 2890 del 2013 (Este documento fue esgrimido en el escrito de subsanación de demanda en el acápite llamado "*D- Se subsana los defectos relacionados con documentos en poder de Enerca*" Numeral 2.)
3. Copia de orden de pago N° 3130 del 2013 (Este documento fue esgrimido en el escrito de subsanación de demanda en el acápite

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

llamado “D- Se subsana los defectos relacionados con documentos en poder de Enerca” Numeral 2.)

2.2. OFICIOS.

Se decretó como pruebas las siguientes:

1. Líbrese oficio al Representante legal de la sociedad 2C Ingenieros S.A.S., con domicilio en la ciudad de Bogotá, ubicados en la carrera 4 No. 58-59 oficina 301, teléfonos 2121865, 3153419129, para que allegue al trámite arbitral copia de todos los requerimientos realizados a CENERCOL S.A., por el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012, así como de las cartas remisorias con sus respectivos soportes de las multas y descuentos por faltas determinadas y calculadas por la interventoría.

Mediante acta 33 de fecha 30 de octubre de 2017, Se exhibieron los documentos presentados por la Sociedad 2C INGENIEROS S.A.S. mencionados como “copia de todos los requerimientos realizados a la sociedad CENERCOL S.A., por el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012, así como de las cartas remisorias con sus respectivos soportes de las multas y descuentos por faltas determinadas y calculadas por la interventoría”; documentos que fueron radicados en este Tribunal en fecha 02 de octubre de 2017, los cuales se encuentran en medio magnético. Se entregó copia magnética a la parte convocante en audiencia y a la parte convocada mediante correo a la dirección de notificación y se dio término hasta el nueve de noviembre de 2017 para que las partes se pronuncien sobre la exhibición.

2. Líbrese oficio al Juzgado Único Laboral del Circuito de Yopal Casanare, con el objeto que remita copia de la demanda ordinaria laboral instaurada por el Ex trabajador de CENERCOL S.A., el Señor Orlando Guzmán Becerra, proceso identificado con el radicado No. 2015-544, en fecha 25 de septiembre de 2017, dio respuesta Juzgado Único Laboral del Circuito de Yopal.

2.3 INTERROGATORIO DE PARTE CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

Se decretó el interrogatorio de parte del Representante legal de CENERCOL S.A., el Señor JAIRO DE JESÚS JARAMILLO PARRA o quien haga sus veces, para lo cual se fijó y practico el día viernes 11 de agosto de 2017 a las 9.00 a.m.

3. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCADA (CENERCOL S.A.) CON LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INICIAL.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

3.1 DOCUMENTALES.

Se tuvieron como pruebas con el valor que les asigna la ley, todos los documentos citados en el escrito de contestación a la demanda inicial, salvo los siguientes, pues a pesar de mencionarse en el escrito de contestación a la demanda inicial no aparecen aportadas como anexos en medio físico ni en medio magnético.

1. Comunicación de la firma interventora 2C Ingenieros identificada como DP-STRENERCA 029-13-007.
2. Comunicación de la firma interventora 2C Ingenieros identificada como RL- STRENERCA 029-13-076, se precisa que este documento fue aportado de manera incompleta por lo que no se puede hacer un análisis de un comunicado que no es aportado en su totalidad.

3.2 TESTIMONIAL.

Recíbese las declaraciones de las siguientes personas:

1. Se decretó el testimonio del Señor Libardo Villamizar, director del proyecto que trata el contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012, el testimonio fue fijado y practicado el día viernes 11 de agosto de 2017 a las 10.30 a.m.
2. Se decretó el testimonio del representante legal de la firma 2C ingenieros, en calidad de interventor, dirección AVENIDA MARGINAL DE LA SELVA número 7 -222 oficina 115, Rosal del Piedemonte, en la ciudad de Yopal Casanare. Mediante acta 33 de fecha 30 de octubre de 2017, se refirió que no se hizo presente el testigo, se debe tener en cuenta que el testigo ha sido notificado ya en varias ocasiones por este Tribunal, para que asista al mismo y rinda su testimonio, por tanto, al no haber asistido, esta prueba se entiende agotada conforme al numeral primero del artículo 218 del C.G.P.

3.3. OFICIOS.

Se decreta como prueba de oficio las siguientes:

1. Librese oficio a la Compañía Mundial de Seguros S.A. para que remita copia de todos los informes y los requerimientos hechos por ENERCA S.A. E.S.P. en cumplimiento y ejecución del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012, en relación a las pólizas que garantizan dicho contrato.

Esta prueba no fue entregada por Compañía Mundial de Seguros S.A., a pesar de enviar tres requerimientos a Compañía Mundial de Seguros S.A. sin embargo, nunca allego respuesta alguna.

2. Librese oficio a la Superintendencia de Sociedades, grupo de reorganización para que remita al trámite arbitral copia auténtica de la providencia por medio de la cual la sociedad Consorcio Energía de Colombia S.A. CENERCOL S.A. fue admitida en proceso de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

reestructuración y copia auténtica de la providencia por medio de la cual se hizo la calificación y graduación de créditos con sus anexos, en especial el listado de todos y cada uno de los acreedores reconocidos en el trámite concursal.

La Superintendencia de Sociedades dio respuesta en fecha 12 de septiembre de 2017.

3.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

Teniendo en cuenta que la solicitud de exhibición de documentos cumple con lo establecido en el artículo 266 del C.G.P., se decreta y ordena la exhibición de los siguientes documentos en poder de ENERCA S.A. E.S.P. y de la sociedad 2C Ingenieros, los cuales serán exhibidos en audiencia el día viernes 11 de agosto a la hora de las 2.00 p.m. en el lugar las instalaciones de ENERCA SA ESP dichos documentos deberán ser aportados también en medio magnético (art 266 C.G.P. párrafo 3).

Se precisa que las copias tienen el mismo valor probatorio que las originales de conformidad con el artículo 246 del C.G.P., ello a razón que la sociedad CENERCOL S.A. solicita exhibición de originales, pero este Tribunal no lo considera necesario.

Así los documentos a exhibir son:

1. Original o Copia en poder de ENERCA S.A. E.S.P., de todas las comunicaciones documentales y/o electrónicas que enviara y/o recibiera de la firma interventora 2C Ingenieros, que tengan relación con el contrato materia de controversia, contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012, en relación a la terminación del contrato.
2. Original o Copia en poder de 2C Ingenieros, de todas las comunicaciones documentales y/o electrónicas que enviara y/o recibiera de ENERCA S.A. E.S.P. que tengan relación con el contrato materia de controversia, contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012, en relación a la terminación del contrato.

Así mismo en auto 26 de fecha 01 de septiembre de 2017, se ordenó exhibir documentos solicitados por la parte convocada, mediante memorial de fecha 28 de agosto de 2017, los cuales fueron entregados por ENERCA en fecha 22 de septiembre de 2017.

4. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE (ENERCA S.A. E.S.P.) EN ESCRITO QUE DESCORRE EL TRASLADO DE EXCEPCIONES DE MÉRITO PRESENTADAS POR CENERCOL S.A. EN CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INICIAL.

4.1. OFICIOS

Se decreta como prueba de oficio las siguientes:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Librese oficio a la Gobernación del Casanare ubicada en la carrera 20 No. 08-02 Edificio CAD del municipio de Yopal para determinar y tener certeza de la naturaleza jurídica de ENERCA S.A. E.S.P. y si la misma está obligada a cumplir con el estatuto orgánico de presupuesto que la obliga a exigir requisitos para la realización de pagos:
 - a) Certifique si la Empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos oficial perteneciente al Departamento del Casanare.
 - b) Certifique cuál es la participación accionaria o el porcentaje de participación accionaria o el porcentaje de participación que el departamento del Casanare posee en la empresa de Energía del Casanare S.A. E.S.P- ENERCA S.A. E.S.P.
 - c) Certifique si dada la naturaleza jurídica y la composición accionaria de ENERCA S.A. E.S.P., está o no obligada a cumplir con el Estatuto Orgánico de Presupuesto, contenido en la ordenanza No. 102 de 1996 expedida por la Asamblea Departamental del Casanare.

La gobernación de Casanare dio respuesta en fecha 14 de septiembre de 2017.

2. Librese Oficio a la Asamblea Departamental del Casanare, ubicada en la calle 23 No.20-18, Barrio Provivienda del municipio de Yopal para que remita copia de la ordenanza No. 102 de 1996.

La Asamblea Departamental de Casanare dio respuesta en fecha 14 de septiembre de 2017.

3. Librese oficio al Juzgado del Circuito Promiscuo de Monterrey Casanare, ubicado en la carrera 6 No. 16-16 del municipio de Monterrey Casanare, al Juzgado de Circuito Promiscuo de Paz de Ariporo ubicado en la calle 10 No. 9-51 del Municipio de la Paz de Ariporo Casanare, Al Juzgado único Laboral del Circuito de Yopal ubicado en la Calle 7 No. 19-10 palacio municipal del Municipio de Yopal Casanare para que certifiquen solamente respecto del Estado Actual de los procesos señalados en el documento presentado por ENERCA S.A. E.S.P. mediante el cual recorrió el traslado de excepciones de mérito presentadas por CENERCOL S.A. en la contestación a la demanda principal (páginas 19-23 del escrito original). Así mismo, certifiquen, en caso de haber sentencia en dichos procesos si ENERCA S.A. y CENERCOL S.A. fueron condenadas y en qué valor.

En fecha 26 de octubre de 2017, el Juzgado del Circuito Promiscuo de Monterrey Casanare dio respuesta por correo electrónico.

4.2 DICTAMEN PERICIAL.

Conforme al artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 decrétese la práctica de una prueba pericial con intervención de un perito contable para que verifique los hechos relacionados con la no devolución de elementos retirados del sistema y no reintegrados durante la ejecución del contrato

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de prestación No. 009 de 2012, así como el valor de los mismos, adicionalmente verificará si existe o no devolución del stock de materiales a la terminación del contrato. Para lo anterior deberá examinar la contabilidad de ENERCA S.A. E.S.P., libro de inventarios, balances y Kardex de almacén.

Para la práctica de esta prueba se designa como perito al Doctor CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ, inscrito como perito en la Cámara de Comercio de Yopal, con correo electrónico: mauricio@ochoa.com.co; Angela.restrespo@ochoa.com.co; teléfono 2666474, celular 3148852565, a quien se le comunicará su nombramiento al correo electrónico y celular descrito.

El dictamen fue entregado por el perito experto en fecha 20 de octubre de 2017, mediante acta 32, se dio traslado a las partes de los peritajes o informes presentado por el doctor CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ, perito contable, presentados por esté, el día 20 de octubre de 2017, el termino del traslado se contó desde el día 25 de octubre de 2017, hasta el día 09 de noviembre de 2017.

5. PRUEBAS SOLICITADAS POR CENERCOL S.A. EN LA REFORMA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.**5.1. DOCUMENTALES.**

Ténganse como prueba con el valor que les asigna la ley, todos los documentos citados en el escrito de Reforma de la demanda de reconvencción, salvo los siguientes, pues a pesar de mencionarse en el escrito de reforma de demanda de reconvencción acápite de "COMUNICACIONES" no aparecen aportadas como anexos en medio físico ni en medio magnético.

1. Comunicación ENERCA del 5 de noviembre de 2014.
2. Comunicación ENERCA del 24 de Julio de 2014 radicado 2014024130.
3. Certificado ENERCA suscrito por Interventor para la zona norte del contrato de prestación de servicios N° 009 de 2012 expedido el 18 de agosto de 2012.
4. Comunicación CENERCOL del 14 de agosto del 2013 GG-EXT-013-067.
5. Comunicación 2C Ingenieros del 22 de agosto del 2013 IR3-STRENERCA-029-13-095.
6. Comunicación 2C Ingenieros del 31 de agosto del 2013 IR3-STRENERCA-029-13-099.
7. Comunicación 2C Ingenieros del 11 de junio de 2014 IR3-STRENERCA-029-13-266.
8. Comunicación CENERCOL del 29 de julio de 2013 CPS 009-013-93.

5.2 TESTIMONIAL.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Decrétese el testimonio de las siguientes personas:

- Mónica Llanos.
- Javier Gaona.

Mediante memorial de fecha 23 de agosto de 2017, el apoderado de la parte convocada CENERCOL, desistió de la práctica de los anteriores testimonios.

5.3 DECLARACIÓN DE PARTE.

Citar a declaración de parte al representante legal de CENERCOL S.A. que será citado en la Carrera 63 No. 68-57 de Bogotá para que rinda su declaración en fecha 27 de septiembre de 2017., el apoderado de la sociedad Cenercol S.A., presento desistimiento de la declaración de parte mediante correo electrónico de fecha veintiséis (26) de septiembre de 2017, la cual fue aceptada por el tribunal mediante auto 26 de fecha 01 de septiembre de 2017.

5.4 EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

Decrétese la exhibición de los siguientes documentos por parte de la sociedad ENERCA S.A. E.S.P., se necesitará la compañía del perito contable, pues los documentos a exhibir son de naturaleza contable y financiera, esto se realizará en las instalaciones de ENERCA S.A. E.S.P.

Dichos documentos deberán ser aportados en medio magnético (parágrafo 3 del artículo 266 C.G.P). Se aclara que las copias tienen el mismo valor probatorio que los originales conforme al artículo 246 del C.G.P, ello a razón que la sociedad CENERCOL S.A. solicita exhibición de originales, pero este Tribunal no lo considera necesario.

Los documentos a exhibir son:

1. Estados financieros básicos, es decir los referidos al artículo 22 del decreto 2649 de 1993 (Balance General, Estado de Resultados, Estado de cambios en el patrimonio, estado de cambios en la situación financiera y estado de flujos de efectivo) años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. Con esta prueba CENERCOL S.A. pretende probar que la sociedad ENERCA S.A. E.S.P. le adeuda las sumas de dinero que niega en la contestación de la demanda de reconvención.
2. Informes de gestión en los términos definidos en el artículo 1 de la Ley 603 de 2000 que modificó el artículo 47 de la Ley 222 de 1995, de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016. Con esta prueba CENERCOL S.A. pretende que se verifique la exposición que debió hacer la administración de ENERCA S.A. E.S.P. en relación con el contrato No. 009 de 2012.
3. Actas de Asamblea de accionistas donde se consideraron los estados financieros de la sociedad ENERCA S.A. E.S.P. y los informes de gestión años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, con el fin de verificar el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

análisis o presentación que se hizo del asunto materia del presente proceso, en especial qué se dijo en relación con las cuentas por cobrar y pagar a la sociedad CENERCOL S.A.

4. Facturas en poder de ENERCA S.A. E.S.P, emitidas por CENERCOL S.A. en la ejecución del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012, así como los soportes de tales facturas, aprobaciones de tesorería y administradores del contrato con sus correspondientes constancias de pago. Lo anterior para constatar el momento de radicación de dichas facturas en las instalaciones de ENERCA S.A. E.S.P. y establecer el momento de cuándo fueron pagadas.

Adicionalmente, conforme al artículo 268 del C.G.P y teniendo en cuenta que la sociedad CENERCOL S.A. mediante documento de reforma a la demanda de reconvencción solicitó exhibición de libros y papeles contables de ENERCA S.A E.S.P., se solicita que el perito realice un examen y análisis de los libros y papeles solicitados como prueba "exhibición de documentos" señalados en el escrito de reforma a la demanda de reconvencción (página 16 y 17 del documento original) y resuelva lo expuesto en la prueba de exhibición de documentos ya que para ello se requieren especiales conocimientos contables.

Así, se solicita resuelva sobre lo siguiente:

1. Resuelva si conforme a los Estados financieros básicos de ENERCA S.A. E.S.P. que se exhibirán en fecha posteriormente será decretada, la sociedad ENERCA adeuda las sumas de dinero que reclama la sociedad CENERCOL S.A.
2. De los informes de gestión que se exhibirán en fecha posteriormente será decretada, verifique la exposición que debió hacer la administración de la sociedad ENERCA S.A. E.S.P. en relación con el contrato de prestación de servicios No 009 de 2012.
3. Verifique en las actas de asamblea de ENERCA S.A. E.S.P. que serán exhibidas en fecha posteriormente será decretada, qué se dijo en relación con las cuentas por cobrar y pagar a CENERCOL S.A. respecto al contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
4. Constate de las facturas, soportes de facturas, constancias de pago, aprobaciones de tesorería, que fueron emitidas por CENERCOL S.A. y que están en poder de ENERCA S.A. E.S.P., cuál fue el momento en que dichas facturas fueron radicadas en ENERCA S.A. E.S.P. y cuándo fueron pagadas.

Mediante acta 35 de fecha veinte (20) de noviembre de 2017, fueron exhibidos los documentos anteriores por parte de ENERCA, así mismo el árbitro manifiesto que se le otorgaba al perito CESAR MAURICIO OCHOA PEREZ hasta el día 18 de diciembre de 2017, como fecha máxima para que resuelva las preguntas de exhibición de documentos. Conforme a ello en fecha 14 de diciembre de 2017 el perito CESAR MAURICIO OCHOA presento "exhibición de documentos por parte de la sociedad ENERCA S.A. E.S.P. a solicitud de CENERCOL S.A. y respuesta al cuestionario ordenada por el tribunal

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

5.5 DICTAMEN PERICIAL

Decretase la práctica de una prueba pericial, con intervención de un perito contable para que dictamine y determine en forma concreta sobre los siguientes puntos y preguntas:

- Cuál es el valor de los servicios contratados por ENERCA S.A. E.S.P. y que dan lugar al contrato de prestación de servicios No 009 de 2012 con sus correspondientes Otro si.
- Cuál es el valor de los servicios pagados por ENERCA S.A. E.S.P. en la ejecución del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012 celebrado entre las partes.
- Determinar si en la contabilidad de ENERCA S.A. E.S.P. existen rubros diferentes a los del contrato objeto de la controversia que hubiesen sido pagados a CENERCOL S.A.
- Identificar si todos los pagos hechos por ENERCA S.A. E.S.P. a CENERCOL S.A. tuvieron el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal en la contabilidad de ENERCA S.A. E.S.P.
- Determinar el valor de la utilidad dejada de percibir por CENERCOL S.A. desde la supuesta terminación unilateral del contrato No 009 de 2012 hasta la fecha que hubiera terminado el contrato de conformidad con el plazo consignado en el mismo.
- Determinar el valor del AIU dejado de percibir por CENERCOL S.A. desde la supuesta terminación unilateral del contrato No 009 de 2012 hasta la fecha que hubiere terminado el contrato de conformidad con el plazo consignado en el mismo.
- Cuál es el valor de los supuestos perjuicios sufridos por CENERCOL S.A. en la ejecución del contrato No 009 de 2012.

Para la práctica de esta prueba se designa como perito al Doctor CESAR MAURICIO OCHOA PÉREZ, inscrito como perito en la Cámara de Comercio de Yopal, con correo electrónico: mauricio@ochoa.com.co; Angela.restrespo@ochoa.com.co; teléfono 2666474, celular 3148852565.

El dictamen fue entregado por el perito experto en fecha 20 de octubre de 2017, mediante acta 32, se dio traslado a las partes de los peritajes o informes presentado por el doctor CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ, perito contable, presentados por esté, el día 20 de octubre de 2017, el termino del traslado se contó desde el día 25 de octubre de 2017, hasta el día 09 de noviembre de 2017.

6. PRUEBAS SOLICITADAS POR ENERCA S.A. E.S.P. EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y REFORMA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.**6.1. DOCUMENTALES.**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Fotocopia del oficio dirigido al doctor Jairo de Jesús Jaramillo Parra de fecha 2 de agosto de 2016 identificado con radicado No. 2016025837.
2. Fotocopia de oficio dirigido al doctor Jairo de Jesús Jaramillo Parra de fecha 20 de septiembre de 2016 identificado con radicado No. 2016027185.

TESTIMONIO:

El testimonio del representante legal de la firma 2C ingenieros, en calidad de interventor, dirección AVENIDA MARGINAL DE LA SELVA número 7 -222 oficina 115, Rosal del Piedemonte, en la ciudad de Yopal Casanare.

No se hizo presente el testigo, se debe tener en cuenta que el testigo ha sido notificado ya en varias ocasiones por este Tribunal, para que asista al mismo y rinda su testimonio, por tanto, al no haber asistido, esta prueba se entiende agotada conforme al numeral primero del artículo 218 del C.G.P.,

XIII. ALEGACIONES DE ENERCA S.A. E.S.P.

A.- LO DEMOSTRADO

En atención a los debatido a lo largo del presente proceso arbitral se encuentra demostrado lo siguiente:

1.- Existencia del contrato de prestación de servicios

Conforme a los hechos de la demanda arbitral, con la contestación de la demanda y la demanda de reconvencción y la reforma a la de reconvencción se demuestra que el apoderado de **CENERCOL**, confesó, sin lugar a dudas, la existencia de la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 009 de 2012, celebrado **CENERCOL S.A.** y **ENERCA S.A E.S.P.**

2.- Validez del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 y de sus obligaciones

Está plenamente demostrado en el presente trámite arbitral que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, es un contrato válidamente celebrado entre **CENERCOL S.A.** y **ENERCA S.A E.S.P.**, no existiendo ningún vicio del consentimiento, su objeto y causa tiene un objeto lícito y ninguna de sus estipulaciones es contraria al orden público.

Si bien en el transcurso de este proceso **CENERCOL S.A.** argumentó que dentro de la ejecución del contrato este se ejecutó sin la totalidad de los recursos presupuestales, motivando, según sus afirmaciones, su modificación y adición.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Lo anterior, no es un tema de poca relevancia o trascendencia jurídica, por cuanto de demostrarse, sería un hecho que afecta la validez del contrato, lo que conllevaría a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato objeto del presente trámite arbitral. No se puede perder de vista, como está demostrado que **ENERCA S.A E.S.P.**, es una entidad pública, perteneciente al sector descentralizado de la administración del Departamento de Casanare y su naturaleza corresponde a la de empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, en la cual, más del 90% de su capital es de propiedad del Departamento del Casanare y en consecuencia, para efectos presupuestales, su régimen es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 111 de 1996.

Por tanto, la capacidad para contratar de **ENERCA S.A E.S.P.**, no solo está regida por el régimen general para la celebración de actos y contratos establecida en derecho civil, sino que su capacidad de contratar y comprometer a nombre de la sociedad o de esta persona jurídica, de la cual hacen parte y ordenar el gasto, en virtud del Estatuto Orgánico del Presupuesto, que como entidad pública con participación mayoritaria del Departamento del Casanare, está obliga a cumplir por mandato de la ley, solo existe en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto, conforme lo establece en el artículo 110 de decreto 111 de 1996, y en virtud a que la autoridad, las personas que administran recursos públicos y las entidades estatales, en Colombia está obligada a contar con disponibilidad presupuestal previa que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos e igualmente, contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

Lo anterior, tiene fundamento en el mandato constitucional contenido en el artículo 345 de la Constitución Política que establece que establece que podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto **no previsto en el respectivo presupuesto.**

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados, tal como lo establece el artículo 71 del Decreto 111 de 1996.

De aceptarse la afirmación y la tesis de **CENERCOL**, sobre la supuesta inexistencia de disponibilidad presupuestal, o haber adquirido mayores obligaciones a las comprometidas en el presupuesto, es decir, en exceso de saldo disponible, lo que a juicio de esa sociedad motivó el supuesto incumplimiento a cargo de mi representada, conllevaría la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato, por cuanto, de haberse demostrado, **ENERCA**, no solo sería incapaz para celebrar el contrato por no contar con la disponibilidad y el registro presupuestal requerido para

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

comprometer, sino que existiría nulidad absoluta por objeto ilícito al haberse celebrado contra expresa prohibición legal, contrariando el orden público, conforme al artículo 71 del decreto 111 de 1996 en concordancia con el artículo 345 constitucional.

Hecha la anterior precisión y contrario a lo expresado por **CENERCOL** en este aspecto se advierte que está demostrado en el expediente arbitral que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, es un contrato válidamente celebrado entre **CENERCOL S.A.** y **ENERCA S.A. E.S.P.**, así como, sus adiciones, modificaciones y otrosí, se celebraron con la respectiva disponibilidad previa y registro presupuestal, lo anterior se demuestra con la documental allega al proceso y el dictamen pericial rendido dentro del proceso.

3.- Validez de las obligaciones contenida en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012

Demostrada, como se expresó anteriormente, la validez del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, merece nuestro análisis entrar a analizar la validez del contenido de las obligaciones contractuales, en especial, por la pretensión de **CENERCOL** de decretarse la nulidad del párrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, en la cual se estableció, adicional a las otras obligaciones, la responsabilidad del contratista, en los siguientes términos:

“DÉCIMA: RESPONSABILIDAD. -EL CONTRATISTA.- Responderá por la calidad del objeto contratado, por ocultar inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o por suministrar información falsa. Así mismo responderá civil y penalmente por las acciones y omisiones en la actuación contractual, según lo establecido en la Ley. PARÁGRAFO: INDEMNIDAD. EL CONTRATISTA declara que mantendrá indemne a EL CONTRATANTE, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros, serán reconocidas y pagadas por EL CONTRATISTA a sus expensas.”

Como ya se expresó el, fue válidamente celebrado y esa validez se predica de todas las cláusulas y obligaciones en el contenidas.

Sostiene **CENERCOL**, en la reforma a la demanda de reconvención, que el párrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, es nulo por ser contrario a las disposiciones de orden público.

Así las cosas, lo que se debate, en este aspecto es determinar la legalidad o no del párrafo, sobre el cual se demanda la declaratoria de nulidad.

En primer término, nótese que el párrafo sobre el cual se demanda la nulidad, que dice:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“PARÁGRAFO: INDEMNIDAD. EL CONTRATISTA declara que mantendrá indemne a EL CONTRATANTE, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros, serán reconocidas y pagadas por EL CONTRATISTA a sus expensas.”

Por tanto, este párrafo no es otra cosa que una la manifestación de la capacidad de ejercicio, en este caso **CENERCOL S.A. y ENERCA S.A E.S.P.**, personas jurídicas de autorregular sus propios intereses, que como comerciantes, profesionales, expresaron libremente su voluntad de obligase correlativamente, en los términos y condiciones en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

De otro lado, no debemos perder de vista, al analizar la legalidad o no de esta cláusula, la prevalencia de la intención de las partes al celebrar el contrato objeto de este tribunal, es decir, conocida la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a la literalidad de las palabras y en este sentido se advierte que la intención de las partes no fue otra que contratar la prestación de servicio de la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades desarrolladas por ENERCA.

La anterior intención se reafirma en las obligaciones contractuales, dentro de las que se destaca, la cláusula segunda sobre obligaciones del contratista, dentro de las, cuales, para no hacer más extenso estos alegatos se destacan, pero sin restar importancia a todas las obligaciones contractuales allí contenidas, las siguientes:

1.- (numeral 1º) El CONTRATISTA debe contar con los recursos físicos, Humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del presente contrato, disponibles para ser dedicados a este contrato.

Nótese que es obligación del contratista contar con recursos físicos, humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del contrato, disponibles para ser dedicados al contrato.

2.- (numeral 3º) EL CONTRATISTA se compromete a cumplir con las condiciones y especificaciones relacionadas en los Pliegos de condiciones que hacen parte integral del presente contrato.

3.- (numeral 4º) EL CONTRATISTA se compromete a entregar de manera eficiente el objeto contratado, en el término fijado para la entrega del mismo, actuando de conformidad con las normas legales vigentes y cumpliendo con lo descrito en los Pliegos de Condiciones y la propuesta presentada y aprobada.

Obsérvese que él se obligó a cumplir, no solo con las obligaciones contractuales y las establecidas en el Pliego de Condiciones sino con las establecidas en las leyes vigentes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

4.- (numeral 7º) EL CONTRATISTA queda expresamente obligado al estricto cumplimiento de cuantas obligaciones le imponga la legislación vigente en materia fiscal, con ocasión de la legalización del contrato y que se requieran cancelar en cada momento para dar cumplimiento a las disposiciones legales de conformidad con la ley colombiana, la estampilla pro cultura según Ordenanza No.011 de 2009 equivalente al 1% del valor del contrato, estampilla pro adulto mayor según ordenanza 013 de 2009 equivalente al 3% del valor del contrato. EL CONTRATISTA, deberá pagar las estampillas en la Tesorería de la Gobernación y anexar el recibo correspondiente para la legalización del contrato, dentro de los cinco (05) días siguientes a la suscripción del contrato.

CENERCOL se obligó expresamente al estricto cumplimiento de cuantas obligaciones que le imponga la legislación vigente en materia fiscal.

Debe llamarse la atención sobre esta obligación por cuanto el pago de aportes a la seguridad social en salud, riesgos laborales o profesionales, pensiones, Caja de Compensación Familiar, Sena e ICBF, son obligaciones que impone la legislación vigente en Colombia en materia fiscal a cargo de los empleadores. Esta obligación en materia fiscal está definida en el artículo 29 del decreto 111 de 1996, así:
“ARTÍCULO 29. Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector.”

5.- (numeral 9º) El contrato estará vigente desde su perfeccionamiento hasta su liquidación total. Se entiende perfeccionado cuando se logre acuerdo sobre el objeto, la contraprestación se haya elevado a escrito y se haya suscrito. Para su ejecución se requerirá aprobación de la garantía única, registro presupuestal, estar cancelados los impuestos a cargo del CONTRATISTA y suscripción del Acta de Inicio.

6.- (numeral 10º) Solo podrán ejecutarse los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia no podrá pagarse suma alguna ni EL CONTRATISTA iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades establecidas en las normas legales que reglamentan la contratación en ENERCA S.A. E.S.P.

7.- (numeral 13) EL CONTRATISTA se obliga a presentar al finalizar cada vigencia fiscal un Informe de gestión en el que se compilen las actividades ejecutadas, durante la vigencia, el cual debe ir acompañado de la siguiente información mínima: a) Copia de las Actas. b) Registros fotográficos, modificaciones antes, durante y después de la ejecución de trabajos, en medio físico y digital. c) Informe de las actividades realizadas en medio físico y digital, d) Copia de las Pólizas debidamente aprobadas por la Oficina Jurídica de la Empresa, e) Recibo de pago de aportes parafiscales, de conformidad con el Decreto 562 de 1992. f) Nomina del personal empleado, g) Paz y salvo de los trabajadores en el caso de retiro de personal, h) Certificación de encontrarse al día en pagos de seguridad social y

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

parafiscales. l) Protocolos, garantías y certificados de calidad de los equipos y materiales suministrados, j) Los Informes se deberán presentar según Formatos previamente aprobados por la Interventoría. k) Estados Financieros de Propósito General, debidamente -certificados y dictaminados a corte de cada vigencia fiscal (2012, 2013, 2014), al igual que las declaraciones de renta de las vigencias en mención. Los indicadores financieros de las vigencias futuras deberán cumplir con las estipuladas en el numeral 2.8. de los Pliegos de Condiciones.

CENERCOL, entre otras cosas se obligó a presentar el recibo de pago de aportes parafiscales, nómina de empleados y paz y salvo de los trabajadores en el caso del retiro del personal, Certificación de encontrarse al día en pagos de seguridad social y parafiscales.

8.- (numeral 18) EL CONTRATISTA está en la libertad de establecer el número de personas que habrán de ejecutar los trabajos en el área administrativa, respetando los parámetros establecidos para los cargos y personal mínimo, de acuerdo con el enfoque de organización que le dé a los mismos y calidad del servicio a proponer. Sin embargo, los recursos humanos mínimos que se señalan, por cada una de las zonas para la ejecución del contrato y que deben integrar las cuadrillas del área operativa, deben permanecer en los lugares definidos durante la vigencia del contrato con el cual deberá garantizar el mejoramiento continuo de los indicadores de desempeño y satisfacción.

9.- (numeral 23) EL CONTRATISTA debe tener en cuenta que el personal debe cumplir con la jornada laboral normal fijada en la ley, teniendo en cuenta, las horas semanales y no exceder por ningún motivo el número de horas adicionales permitido, todo de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

10.- (numeral 26) Para efectos de jornada y horarios de ejecución del contrato, se deberá tener en cuenta lo siguiente: El horario diurno de acuerdo a las normas vigentes está determinado de 6:00 Hrs. a 22:00 Hrs. Para el caso específico de ENERCA S.A. E.S.P. se consideran los días hábiles de lunes a sábado.

11.- (numeral 27) Todas las cuadrillas sin excepción prestarán el servicio durante 48 horas semanales y estarán disponibles las 24 horas del día; los días, meses y años mientras esté vigente el contrato.

12.- (numeral 28). Todas las otras cuadrillas para las actividades de las clases 1, 2 y 3, y podas, prestarán el servicio tipo rotatorio durante 240 horas mensuales los doce (12) meses del año, EL CONTRATISTA deberá asegurar la disponibilidad de personal y contemplar el pago de horas extras, mientras se realice la ejecución del contrato; por lo tanto EL CONTRATISTA deberá establecer un sistema de rotación de personal que permita que la cuadrilla siempre trabaje con el número mínimo de personas establecidas en los Pliegos de condiciones, asegurando el tiempo total de servicio mencionado y respetando la jornada laboral establecida en el Código

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Sustantivo del Trabajo para cada trabajador; por lo cual el personal tendrá el período de descanso correspondiente.

13.- (numeral 30) EL CONTRATISTA deberá informar inmediatamente de manera verbal y escrita a ENERCA S.A. E.S.P. de los hechos de orden público demostrable o reconocido por la autoridad competente que impidan la ejecución de las órdenes de trabajo en el tiempo establecido y en los cuales se pongan en riesgo la integridad de su personal.

14.- (numeral 34) EL CONTRATISTA deberá asegurar las disponibilidades del personal durante planes de contingencia y turnos de servicio durante el periodo de vigencia del contrato; está clasificada dentro de los trabajos programados.

15.- (numeral 37) EL CONTRATISTA deberá **disponer del personal**, herramientas, equipos y materiales necesarios y suficientes para corregir la magnitud de la emergencia y restablecer el servicio en el menor tiempo con una óptima calidad.

16.- (numeral 38) Los materiales que EL CONTRATISTA deberá suministrar serán todos los de consumo y que sean necesarios para garantizar la correcta ejecución de las tareas, asociadas a la operación y mantenimiento del sistema eléctrico tales como: fusibles cortacircuitos, pararrayos cable, etc, de acuerdo con el cuadro y especificaciones de los Pliegos de Condiciones, el cual funcionara como **stock mínimo** a mantener y se deberá reponer mensualmente o por requerimiento explícito de ENERCA S.A. E.S.P.

17.- (numeral 41) En el caso de uso inadecuado de material, las rectificaciones, modificaciones, correcciones, como también las reposiciones que sean necesarias, serán de costo y responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA.

18.- (numeral 42) EL CONTRATISTA está en la obligación de utilizar los procesos y procedimientos que para el manejo de los materiales sean aprobados por ENERCA, llevará un control diario contable y físico de los materiales y equipos recibidos, **los instalados en la red, los retirados, los reinstalados y los reintegrados para dar de baja; además de los que tiene en stock; de tal forma que demuestre su consistencia exacta.** Esta exigencia se hace extensiva a las cuadrillas de operación móviles como a los instaladores de los municipios.

19.- (numeral 44) Al término del contrato o en el momento que ENERCA lo solicite, **EL CONTRATISTA deberá hacer devolución del stock de materiales existente a la fecha.**

20.- (numeral 45) En el caso de detectarse pérdidas o daño de algún material, ENERCA podrá exigir al contratista la reposición del material, el pago de éste o descontar de cualquier suma de dinero que adeude al contratista, en éste u otro servicio; con el valor total de los materiales

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

dañados o faltantes a los oreaos definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado.

21. (numeral 47) Todos los materiales, y equipos de propiedad de ENERCA S.A. E.S.P. que correspondan a sobrantes, después de trabajos efectuados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas, deberán ser entregados conforme a las instrucciones de orden, clasificación y en los lugares y plazos que oportunamente indique ENERCA; según los procedimientos establecidos.

22.- (numeral 48) La devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA; **es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas**, haciéndose el descuento respectivo en caso de incumplimiento.

23.- (numeral 56) EL CONTRATISTA deberá tener afiliado al sistema de seguridad social durante todo el plazo de ejecución del contrato, a todo el personal que destinará para la prestación del servicio a ENERCA S.A. E.S.P.

En concordancia con la obligación de a cargo de CENERCOL de cumplir con la totalidad de las obligaciones en materia fiscal, se advierte que esta, no solo por la ley, tributaria, laboral y de seguridad social integral, sino por esta obligación contractual se ratifica de que CENERCOL está obligado a la afiliación del personal por él contratado al sistema de seguridad social, lo que trae como consecuencia la obligación del pago de los aportes parafiscales.

24.- (numeral 62) EL CONTRATISTA debe desarrollar el contrato aplicando la Política de H.S.E. de ENERCA S.A. E.S.P., que a continuación se manifiesta: ENERCA S.A. E.S.P. como Empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica, Gas y Telecomunicaciones, está comprometida en mantener y mejorar el bienestar de todos sus trabajadores y personal de Empresas contratistas. Buscando proporcionar en todos los sitios de trabajo un ambiente sano y seguro para los funcionarios a través de actividades de vigilancia y control de agentes de Riesgo que puedan causar alteraciones en la Salud ocasionadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, mediante el mejoramiento continuo en la identificación, evaluación y control de sus Riesgos, a través de una adecuada planeación e implementación de los programas de medicina del trabajo, higiene y seguridad industrial. Bajo el liderazgo de la Gerencia, todos los trabajadores de los diferentes niveles de la Compañía, son responsables de mantener una cultura de Seguridad y Salud Ocupacional, convirtiéndola en un estilo de vida, cumpliendo con las normas y procedimientos establecidos, de acuerdo con la naturaleza de la actividad propia de la institución, procurando el mantenimiento del equilibrio ecológico y **el cumplimiento de la legislación Colombiana vigente**, generando de esta forma valor a la Empresa. Para el cumplimiento de esta Política EL CONTRATISTA dispondrá de los recursos humanos, técnicos, físicos y financieros necesarios.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Adicional a la obligación comentada en el numeral 1º CENERCOL se obligó a disponer de los recursos humanos técnicos, físicos y financieros necesarios para el cumplimiento de la legislación colombiana vigente, entre otras cosas.

25.- (numeral 73) Las certificaciones para el pago de actas parciales deberán llevar el Visto Bueno de la Interventora y de la supervisión del contrato.

26.- (numeral 74) EL CONTRATISTA se compromete **a cumplir con los pagos al sistema de seguridad social de todos los trabajadores que emplee** para la ejecución del contrato, **a pagar los salarios y Prestaciones sociales de ley**, a suministrar la Dotación al personal de conformidad con la periodicidad establecida en la ley y las condiciones técnicas de cada cargo.

27.- (numeral 75) EL CONTRATISTA debe acreditar el cumplimiento de la normatividad en materia de trabajo en alturas, para el personal que lo requiera por la naturaleza del cargo.

28.- (numeral 76) Al terminar cada vigencia la interventoria exigirá al contratista paz y salvo municipales y del personal que haya laborado en el desarrollo del contrato para efectos de liquidación.

29.- (numeral 77) El objeto del contrato se debe cumplir de conformidad con la propuesta presentada y con el personal ofrecido en la misma, sin aumentar el valor del recurso humano ya que en esas condiciones se contrató, si EL CONTRATISTA desea aumentar la planta de personal podrá hacerlo bajo su propia responsabilidad, sin que ello genere mayores costos para Enerca.

30.- (numeral 79) Para efectos de los correspondientes pagos parciales EL CONTRATISTA debe acreditar y soportar debidamente los valores que por concepto de imprevistos pretenda cobrar.

31.- (numeral 82) EL CONTRATISTA está obligado al cumplimiento del objeto contratado salvo cuando se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que se libera parcialmente de responsabilidad en estos casos.

32.- (numeral 83) Las demás Obligaciones que se desprendan de la naturaleza del Contrato y de los Pliegos de Condiciones.

En este orden de ideas se advierte que la responsabilidad de indemnidad no solo se refiere a las obligaciones de carácter laboral sino, atendiendo a la intención de las partes, esta responsabilidad se concreta en mantener indemne a **ENERCA** como CONTRATANTE, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros, serán reconocidas y pagadas por EL CONTRATISTA a sus expensas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Es decir que el alcance de la indemnidad es mucho mayor a la supuesta nulidad que se pretende sea declarada a favor de lo solicitado por CENERCOL, no existiendo disposición legal imperativa que limite o prohíba el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, al cual está garantizada el derecho fundamental del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad – autonomía privada, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C- 345 de 2017, en los siguientes términos:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente entendido con otras disposiciones constitucionales, confiere fundamento directo a la protección de la autonomía privada entendida, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. En efecto, además del artículo 16, la Constitución reconoce no solo (i) que todas las personas son igualmente libres ante la ley (art. 13), sino también que son titulares (ii) del derecho a la personalidad jurídica, esto es, a ejercer los atributos referidos a la capacidad de goce y ejercicio, (iii) de la libertad de asociarse o abstenerse de hacerlo (art. 38) y (iv) de los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de competencia (art. 333 C.P.). Dichas disposiciones otorgan entonces sustento constitucional a la capacidad de las personas de autorregular sus propios intereses, expresándose no solo en relación con las decisiones más personales, sino también en las que se toman en contextos en los que se desenvuelven las personas y que dan lugar a relaciones familiares, sociales, gremiales o mercantiles.”

En este contexto es claro, es claro que conforme a la intención de las partes y al principio y derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad – autonomía de la voluntad, y ante la inexistencia de disposición legal que lo prohíba y mucho menos limite a una persona para comprometerse con otra a dejarla indemne, es claro que no es procedente la declaratoria de nulidad de la cláusula solicitada.

Adicional a lo anterior, y frente al cuestionamiento sobre la nulidad de la indemnidad por considerarse contraria al orden público en materia laboral, considero que la misma no está llamada a prosperar, por cuanto dicha norma no limita la autonomía de la voluntad de las partes para comprometerse a mantener indemne a uno de los contratantes.

Para el efecto recordemos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define indemnidad como el “Estado o situación de indemne” y el mismo diccionario define “indemne” como “Libre o exento de daño”.

Así las cosas se observa que confunde **CENERCOL** los concepto de solidaridad e indemnidad y en esta sentido no está llamada a prosperar su pretensión.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Como ya se expresó, el parágrafo de la cláusula décima del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, no exonera de la responsabilidad solidaria que le corresponde a ENERCA como beneficiario de las actividades contratadas a CENERCOL.

Por el contrario, en virtud del principio del libre desarrollo de la personalidad, - autonomía de la voluntad, el parágrafo de la cláusula décima, por acuerdo interpartes, no oponible a terceros, **CENERCOL**, se obligó y declaró mantener indemne a **ENERCA** como contratante, de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de terceros serán reconocidas y pagadas por el contratista a sus expensas, manifestación lícita de **CENERCOL**, no contraria al orden público y que no exonera de la responsabilidad solidaria que por mandato de la ley le corresponde a **ENERCA** de las obligaciones laborales, sino que le permite a **ENERCA**, no solo por mandato de la ley, sino de esta obligación solicitar a **CENERCOL** exigir el cumplimiento de esta obligación.

El hecho de que **CENERCOL** en virtud del contrato celebrado hubiere declarado mantener indemne a **ENERCA**, no es una manifestación contraria al orden público y por tanto carente de objeto ilícito, y, por el contrario, es una declaración válidamente expresada con plenos efectos interpartes.

Nótese que la anterior declaración es una manifestación libre y autónoma de **CENERCOL**, en virtud de la cual se compromete a mantener indemne a **ENERCA**, pero de esta obligación no se infiere ni existe ninguna expresión contraria al orden público y mucho menos que exonere a **ENERCA** de su responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo y por tanto esta pretensión no está llamada a prosperar.

4.- Terminación del contrato por mutuo acuerdo

Está demostrado que el 13 de marzo de 2014 **ENERCA** comunica a **CENERCOL** la terminación del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014, esta decisión, independientemente de que en su literalidad se exprese que es una decisión unilateral, esta decisión es producto de los actos propios y de la intención de las partes.

Nótese que la iniciativa de la terminación del contrato surge de parte de **CENERCOL**, la cual sorprendentemente, desconociendo sus actos propios ahora sostiene que la terminación fue unilateral por parte de mi representada.

La intención de las partes y los actos propios de **CENERCOL**, demuestran plenamente su intención de terminar por mutuo acuerdo el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 la cual aceptó, consciente y plenamente la terminación del contrato, como consta en el numeral 2 de la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

comunicación con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en ENERCA, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

Antecedes los siguientes actos propios de **CENERCOL**, con los cuales se hace evidente su intención de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo:

Comunicación GG-CLI-013-199, en la cual solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 requerimiento que fue atendido ENERCA, con respuesta fechada el día 17 de diciembre de 2013, radicado No. 2013025668 del 18 de diciembre de 2013.

Acta de reunión celebrada el 23 de diciembre de 2013, con el objetivo de definir propuesta y metodología para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, suscrito con CENERCOL, como acuerdo de intención entre las partes, se acordó entre otras cosas, la fecha de terminación anticipada y bilateral del Contrato No. 009 de 2012, el 28 de febrero de 2014 y en materia de multas y faltas, se acordó la realización de una reunión previa con la Interventoría 2C INGENIEROS CENERCOL S A y Representantes de ENERCA S.A E.S.P., para la verificación de las multa; y descuentos contractuales el día de hoy 23 de diciembre de 2013, 2:30 pm.

Comunicación GG-CLI-014-005, del 17 de enero de 2014, en la cual **CENERCOL** expresó su desacuerdo con el análisis de los documentos enviados en el consolidado de descuentos, tasación de las multas y sanciones, con la finalidad de continuar adelante con los actos preliminares a la terminación anticipada del contrato 009 de 2012 suscrito entre las dos empresas, desacuerdo que no impidió que finalmente expresara la aceptación de la terminación del contrato comunicada por **ENERCA**.

Lo anterior se hace más evidente porque **CENERCOL**, con la comunicación GG-CLI-014-004, del 17 de enero de 2014, remitió a **ENERCA** propuesta del modelo del borrador del Acta de Terminación del Contrato 009 de 2012 para suscribir por ambas partes y anunció continuar adelantado de manera conjunta los procedimientos y trámites respectivos que traigan como resultado la formalización de la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo como lo conversaron en las reuniones sostenidas con anterioridad.

No cabe duda que la intención de las partes no fue otra que la de terminar de mutuo acuerdo el contrato, como efectivamente sucedió el día 28 de marzo de 2014.

Reafirma lo anterior, el hecho de que ninguna de las partes esta controversia está demandando **el cumplimiento del contrato**, por el contrario, se está demandado la declaratoria de terminación del contrato de una parte, por mutuo acuerdo y por la otra, la indemnización de perjuicios como consecuencia de la inexistente declaratoria unilateral de la terminación del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Adicionalmente y en gracia de discusión, de existir el supuesto incumplimiento del contrato imputable a mi representada, por el no pago de tres facturas por servicios prestados, las cuales, como está demostrado no se han pagado no por causa imputable a mi representada, sino a la omisión de **CENERCOL**, por el incumplimiento de su parte, plenamente demostrado con los documentos aportados al proceso, los informes de interventoría en los que mes a mes preparo y suscribió los representantes de **CENERCOL**, en diferentes meses, desde que asumió la interventoría 2C Ingenieros S.A.S, se hizo constar, el incumplimiento de **CENERCOL**, de estas y otras obligaciones contractuales, circunstancia que no solo se evidencio en la documental aportada al proceso, sino por la confesión provocada en este sentido, en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de **CENERCOL**, y los testimonios recibidos, todo lo cual valorado dentro de las reglas de la sana critica, más las demandas laborales que cursan contra **CENERCOL** y **ENERCA**, como responsable solidario, por ser el beneficiario de los servicios de los trabajadores contratados por **CENERCOL** para ejecutar labores propias del objeto principal de **ENERCA**, nos llevan a la certeza de la existencia del incumplimiento contractual de **CENERCOL**, por el no cumplimiento de las obligaciones laborales que le impone la ley, por el no pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social integral, que manda la ley, así como el incumplimiento en el pago de las obligaciones que en materia fiscal le corresponde como lo es el pago de los aportes parafiscales en materia de seguridad social integral previstos en la ley 100 de 1993 y el pago de los aportes parafiscales de Caja de Compensación Familiar, Aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Sena, que se obligó a cumplir expresamente en los términos y condiciones del contrato, por contar con los recursos humanos, técnicos y económicos para la ejecución del contrato.

Por lo tanto, como está planteado en la demanda presentada por mi representada, en la cual se alega el incumplimiento del contrato por parte del **CENERCOL** y como se planteó en la demanda de reconversión y su reforma presentada por **CENERCOL**, en la cual se alega el incumplimiento contractual contra mi representada, en gracias de discusión, estamos frente a un caso típico de consentimiento tácito o mutuo disenso que invalida la ejecución del contrato, por solución, tal como se establece en el artículo 1602 y el numeral 1° del artículo 1625 sobre los modos de extinguir las obligaciones.

Recordemos que la solución, que viene del latín "Solutio" que significa, significa:

"Disolución, soltura, pago."

En este mismo sentido se advierte que "Disolución" significa, entre otras cosas, "Acción y efecto de disolver", o "Relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Dentro de este contexto se construye la figura jurídica del mutuo disenso que corresponde al acuerdo tácito de las partes en un negocio jurídico encaminado, la acción y efecto, a la solución, disolución, a disolver o a la relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes, como efectivamente sucedió en el presente caso.

Así las cosas, en el remoto caso de que no procede la declaratoria de terminación del contrato por mutuo acuerdo, es evidente que la acción y efecto de las partes, no solo de su intención, plenamente demostrada, sino del incumplimiento recíproco que se alega, es decir, el incumplimiento mutuo, conllevan a la solución, disolución y relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre **CENERCOL** y **ENERCA** que se concretó el 28 de marzo de 2014, con lo expresaron, reconocieron y aceptan las partes.

5.- Incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL

En este aspecto se reitera el incumplimiento contractual a cargo de **CENERCOL**, el cual está plenamente demostrado con los documentos aportados al proceso, los informes de interventoría en los que mes a mes suscribieron los representantes de **CENERCOL**, en diferentes meses, desde que asumió la interventoría 2C Ingenieros S.A.S, en los que se hizo constar, el incumplimiento de **CENERCOL**, en el pago de aportes a la seguridad social integral, aportes para fiscales, el pago oportuno de las obligaciones laborales a su cargo, como: salarios, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías) vacaciones, para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

El no pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes a la seguridad social y demás aportes parafiscales estas y otras obligaciones contractuales, no solo se evidencio en la documental aportada al proceso, sino por la confesión provocada en este sentido, en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de **CENERCOL**, y los testimonios recibidos, todo lo cual valorado dentro de las reglas de la sana crítica, más las demandas laborales que cursan contra **CENERCOL** y **ENERCA**, como responsable solidario, por ser el beneficiario de los servicios de los trabajadores contratados por **CENERCOL** para ejecutar labores propias del objeto principal de **ENERCA**, nos llevan a la certeza de la existencia del incumplimiento contractual de **CENERCOL**, por el no cumplimiento de las obligaciones laborales que le impone la ley, por el no pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social integral, que manda la ley, así como el incumplimiento en el pago de las obligaciones que en materia fiscal le corresponde como lo es el pago de los aportes parafiscales en materia de seguridad social integral previstos en la ley 100 de 1993 y el pago de los aportes parafiscales de Caja de Compensación Familiar, Aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Sena, que se obligó a cumplir expresamente en los términos y condiciones del contrato, por contar con los recursos humanos, técnicos y económicos para la ejecución del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De otro lado, ante el incumplimiento en el pago oportuno de las liquidaciones definitivas de salarios, prestaciones sociales, a la terminación de los contratos de trabajo para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se reitera el incumplimiento contractual a cargo de **CENERCOL**, lo cual está demostrado no solo con la existencia de los procesos laborales que cursan contra las partes, y que de su existencia obra plena prueba dentro del proceso, sino del dictamen pericial aportado, en virtud del cual el perito concluye la inexistencia de evidencia contable del pago de las liquidaciones repostadas como pagadas, sino que relaciona y hace evidente la existencia de liquidaciones de salarios y prestaciones sociales pendientes de pago y liquidaciones reportadas sin soporte impreso de liquidación y otras que no cuenta con firma de recibido de los beneficiarios ni comprobantes de egreso o pago que permita al perito determinar el pago efectivo de las mismas.

En estas condiciones dentro de las reglas de la sana crítica, atendiendo a los testimonios rendidos, el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de **CENERCOL**, los informes de interventoría, la prueba pericial practicada de la cual, adicional a lo ya expuesto se evidencia la inexistencia de comprobantes contables que respalden las operaciones mercantiles, relacionadas con el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal desvinculado por **CECERCOL**, así como la existencia de diferentes comprobantes sobre los mismos actos, como es el hecho de registrar como pagadas unas liquidaciones sin soporte contable alguno o sin firma de recibido de los beneficiarios y sin evidencia alguna de su pago, constituyendo un fraude, lo que conlleva a que sus libros y papeles solo tiene valor probatorio en su contra, conforme lo establece el artículo 264 de Código General del Proceso, se demuestra plenamente el incumplimiento contractual.

Demostrado el incumplimiento del contrato por parte de **CENERCOL** es procedente la declaratorio de los incumplimientos solicitados en las pretensiones de la demanda, en materia del pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, aportes para fiscales, indemnizaciones y demás obligaciones de carácter laboral y en materia fiscal.

En cuanto los otros incumplimientos contractuales sobre los cuales de demanda la declaratoria, relacionados con el incumplió las obligaciones relacionadas con: (i) la entrega de material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato; (ii) el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por **ENERCA**; (iii) la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos indicados por la Interventoría delegada para el contrato por **ENERCA**, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas; (iv) el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

insumos contratados; (v) la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo; y (vi) la presentación de informes de gestión, se advierte con los informes de ejecución del contrato suscritos por la interventoría de la existencia de estos incumplimientos, documentos que tienen plena validez probatorio, en virtud a que su autenticidad no fue tachada de falsa por parte de **CENERCOL**, ni obra prueba en el expediente que controvierta la evidencia de dichos incumplimientos no siendo de recibo en esas condiciones aceptar como válidas las simples afirmaciones de **CENERCOL** sobre unos hechos que no probó y sobre los cuales le corresponde la carga de la prueba.

6.- Obligación de indemnidad a cargo de CENERCOL

Demostrado el incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales antes comentadas es procedente la condena por obligación de hacer para que se condene a la sociedad **CENERCOL** a mantener indemne a ENERCA de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir con ocasión de las reclamaciones, demandas laborales o de la sentencia de las mismas, laborales relacionadas en la presente demanda o las reclamaciones, demandas o sentencias de demandas laborales que en el futuro se llegaren a presentar por el personal contratado por **CENERCOL** para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

de la existencia y celebración del contrato de prestación de servicios los siguientes hechos de la demanda de la demanda arbitral de formulada por ENERCA en su contra.

7.- Obligación relacionada con la devolución de materiales a cargo de CENERCOL

Demostrado el incumplimiento contractuales a cargo de **CENERCOL** relacionados con: (i) la entrega de material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato; (ii) el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por **ENERCA**; (iii) la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos indicados por la Interventoría delegada para el contrato por **ENERCA**, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas; son procedentes las siguientes condenas contra la sociedad **CENERCOL**: (i) a hacer la devolución del stock de materiales existente a la fecha de terminación de contrato; (ii) hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas; (iii)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

8.- Obligación relacionada con la devolución de materiales a cargo de CENERCOL

En virtud a estar demostrado con los informes de ejecución del contrato suscritos por la interventoría de la existencia de los siguientes incumplimientos: (i) las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros insumos contratados; (ii) la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo; (iii) la presentación de informes de gestión; y como consecuencia de estos incumplimientos se condene a CENERCOL a devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA a CENERCOL, que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas o incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, "Tabla de Faltas y Descuentos", en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.

B.- IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En cuanto a las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción, conforme a lo demostrado en el presente proceso no están llamadas a prosperar, toda vez que no existe incumplimiento del contrato por parte de mi representada, toda vez que, en el transcurso de la ejecución del contrato ella pagó las facturas, a pesar de los incumplimientos evidenciados por la interventoría, **ENERCA** pago las facturas en los términos y condiciones contractuales, hecho que fue reconocido mediante confesión por el representante legal de **CENERCOL** en el interrogatorio de parte practicado y en el testimonio rendido por el director del proyecto. En cuanto a las facturas pendientes de pago, como se evidencia en su contenido fueron expedidas, las identificadas con los números 4691 y 4692 el día 7 de mayo de 2014, es decir, 40 días después de la terminación del contrato que ocurrió el día 28 de marzo de 2014, la cuales no es posible pagar a **ENERCA** precisamente por el incumplimiento contractual de **CENERCOL**, en especial por el no pago de los aportes parafiscales y la no devolución de los elementos devolutivos.

En cuanto a la factura 4734, **CENERCOL** tan solo la expide el día 13 de junio de 2014, es decir, 76 días después de la terminación del contrato.

La anterior, también es evidencia en el dictamen pericial en el cual el perito contable hace constar las facturas pendientes de pago, indicándose la fecha de su expedición, lo que evidencia que la mora en el pago de estas facturas son producto de la culpa exclusiva de **CENERCOL**, primero por el hecho de no expedir las facturas sino mucho tiempo después de la terminación del contrato y segundo por el incumplimiento plenamente demostrado del no pago de las obligaciones laborales y en materia fiscal a su cargo como son el no pago de los aportes parafiscales en seguridad social integral (pensión, salud, ARL), Caja de Compensación Familiar, Sena e ICBF.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

En cuanto al pago de las facturas demandado, este no procede, por cuanto en el presente proceso no obra el título valor original de ninguna de las facturas de venta emitidas por **CENERCOL**, identificadas con los números 4691 y 4692 el día 7 de mayo de 2014 y la factura No. 4734 del 13 de junio de 2014, por cuanto se aportaron en el proceso ejecutivo instaurado por **CENERCOL**, en fecha posterior al inicio de este proceso arbitral, ante el Juzgado 3° Civil del Circuito de Yopal, identificado con Radicado 85001-31-03-003-2017-00080-00, el cual puede ser consultado por el Honorable Tribunal en la página de consulta de procesos judiciales habilitada por el Consejo Superior de la Judicatura, en contra de **ENERCA**, y del cual adjunto copia del auto que rechazo la demanda y levanto las medidas cautelares, por falta de jurisdicción, por tratarse de la ejecución de un título complejo derivada de la celebración de un contrato estatal, ejecución que es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, ordenándose la remisión del expediente a dicha jurisdicción para lo de su competencia, para que sea tenido como prueba, en virtud a que es un hecho posterior al decreto de pruebas.

Finalmente, ante la evidencia de la existencia del proceso que legalmente corresponde resolver sobre la procedencia o no del pago de las facturas demandadas se advierte que la Factura de Venta está definida como título valor, en los términos del artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1° de la Ley 1231 de 2008 y como tal son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, tal como lo establece el artículo 619 del Código de Comercio y para su cobro procede la acción cambiaria a través de la vía ejecutiva, acción que no es de recibo en este procedimiento y que de serlo no se ejerció por parte de **CENERCOL** no siendo así procedente el cobro demandado por estas facturas.

De otro lado debe recordarse que la ley establece que no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados y en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se advierte que **CENERCOL** no podía librar las facturas sobre las cuales demanda su pago por cuanto no prestó los servicios contratados, en los términos contratados al incumplir con su obligación de pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, pagos que debió acreditar para librar las facturas y para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

En cuanto a la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, cabe aclarar que esta factura no fue presentada ni radicada en **ENERCA** no siendo aceptado el contenido de la factura, y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura, no existiendo así título valor que cobrar.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Tampoco procede el pago de intereses moratorios sobre la factura de N° 4734 de fecha 13/06/2014, por cuanto esta factura no fue presentada ni radicada en ENERCA para su pago y por el contrario fue rechazada y devuelta la copia de la factura remitida, toda vez que no existe acta de ejecución contractual que soporte dicha factura.

Tampoco procede el cobro de intereses desde la fecha de vencimiento de la factura por cuanto mí representada por cuanto nunca se le requirió ni se constituyó en mora.

C. PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE EXCEPCIONES PROPUESTAS CONTRA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Considero oportuno insistir en la declaratoria de la procedencia de las excepciones propuestas contra la demanda de reconvencción y su reforma:

PRIMERA. - Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales

El artículo 82 del CGP, aplicable a este asunto, por mandato del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

Dentro de los requisitos formales de la demanda, el numeral 5° del artículo 82 establece claramente, como requisitos formales, el requisito de “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.”

Así las cosas, se advierte la ineptitud formal de la reforma de la demanda de reconvencción presentada por **CENERCOL** por cuanto dos de las pretensiones formuladas no tiene fundamento en ninguno de los 45 hechos de la demanda.

Obsérvese que en la pretensión 14, se solicita la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones, por considerar que es violatoria de los artículos 1522, 1603 y 1609 del CC. Sin embargo, no se observa congruencia entre esta pretensión y los 45 hechos de la demanda formulada. Lo que permite concluir que esta pretensión no tiene fundamento en ninguno de los hechos formulados, lo que trae como consecuencia la ineptitud formal de la demanda.

Igualmente, la pretensión 15 de la demanda, se solicita declare los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contrato de prestación de servicios celebrados. Al revisar la congruencia de esta pretensión con los 45 hechos de la reforma a la demanda de reconvencción se encuentra que en ninguno de ellos se hizo mención a los sufridos por contratista o empleados de **CENERCOL**, ni se mencionó, ni identificó, en estos hechos, contratista y empleados ni contratos de prestación de servicios celebrados por **CENERCOL**, confirmando la ineptitud formal de la demanda por falta de requisitos formales.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

SEGUNDA. - Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones

En cuanto al contenido de la demanda de reconvencción presentada por **CENERCOL** se advierte una indebida acumulación de pretensiones por cuanto al contenido de la demanda la ley es clara en exigir que esta se debe formular con precisión y claridad.

En este punto se advierte que no existe precisión y claridad en la pretensión décima, por tratarse de la petición del pago de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, el pago pretendido de cada una de ellas, por ser títulos valores autónomos debió formularse por separado.

TERCERA. - Falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrogados a contratistas y empleados de CENERCOL

Frente a la pretensión No 15, formulada por **CENERCOL**, se advierte la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de arbitramento para declarar que los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contratos celebrados fueron ocasionados por **ENERCA**, siendo este un daño propio para la empresa contratante.

Las únicas partes del contrato de prestación de servicio No 009 de 2012 son **ENERCA** y **CENERCOL** y en virtud del pacto arbitral, las únicas controversias sobre las cuales tiene competencia para dirimir es las suscitadas con ocasión a la celebración y ejecución de este contrato.

Así las cosas, no es posible pretender extender la jurisdicción de este arbitramento a terceros, contratistas y empleados de **CENERCOL**, sobre los cuales no solo se desconoce la existencia de los contratos de prestación de servicios que se dice celebraron, sino que se desconoce con quién se celebraron, los cuales no suscribieron el pacto arbitral que legitima la jurisdicción y competencia en este asunto.

CUARTA. - Inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrogados a contratistas y empleados

CENERCOL, carece de interés legítimo y representación legal para solicitar que en este proceso se declare que los presuntos daños irrogados a contratista y empleados de **CENERCOL** en contratos celebrados fueron ocasionados por **ENERCA**, siendo este un daño propio para la empresa contratante.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Adicionalmente, carece de capacidad legal para solicitar esta declaratoria indeterminada, sin indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como sin individualizar a las personas naturales o jurídicas sobre las cuales pretende esta declaratoria.

QUINTA. - Incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda

No existe congruencia entre los 45 hechos formulados por **CENERCOL** en la reforma de la demanda de reconvención presentada, frente a las pretensiones propuestas en los numerales 14 y 15, lo cual hace improcedente la sentencia en este sentido.

SEXTA. - Inexistencia de responsabilidad de ENERCA

No existe responsabilidad de **ENERCA S.A. E.S.P.** en este asunto, por cuanto su proceder se ajustó a lo estipulado contractualmente y al cumplimiento de normas de orden público que obligan a verificar previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de **CENERCOL** como contratista, la prestación de los servicios y verificar el pago de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, para que mi representada pudiera realizar el pago en los términos de ley.

De otro lado, en cuanto a la terminación del contrato esta fue aceptada por **CENERCOL**, por cuanto, ante los continuos y graves incumplimientos de su parte solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 tal como consta en comunicación GG-CLI-013-199, la cual culminó con la aceptación de **CENERCOL**, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en **ENERCA**, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101.

SÉPTIMA. - Responsabilidad exclusiva de CENERCOL

Existe responsabilidad de **CENERCOL** al no incumplir con sus obligaciones contractuales, entre otras, el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Igualmente, al incumplir la obligación contractual y legal de hacer el pago de los aportes al sistema de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

OCTAVA. - Culpa exclusiva de CENERCOL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De lo expuesto reiteradamente en la presente contestación de la demanda de reconvencción es improcedente que **CENERCOL** termine beneficiándose de su propia culpa, por cuanto incumplió las obligaciones a su cargo, como son el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, así como, la obligación contractual y legal de hacer el pago oportuno de los aportes al sistemas de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Adicionalmente existe culpa exclusiva de **CENERCOL** en el retardo o la no radicación o no presentación de las facturas, en los términos y condiciones pactados contractualmente.

NOVENA. - Inexistencia de perjuicios por terminación del contrato por mutuo acuerdo

El contrato de prestación de servicios No. 009 se terminó por aceptación de **CENERCOL** de la fecha del 28 de marzo de 2014. Así las cosas, al haber aceptado la terminación como lo comunicó a **ENERCA**, no existen perjuicios que demandar, haciendo evidente el mutuo disenso de las partes para continuar ejecutando el contrato después de esa fecha.

DÉCIMA. - Incumplimiento del contrato por parte de CENERCOL

Como se ha manifestado desde la presentación de la demanda, la contestación de la demanda de reconvencción y ahora con la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción, las pretensiones de **CENERCOL** no están llamadas a prosperar por la existencia del incumplimiento de su parte en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

UNDÉCIMA. - Pago

ENERCA realizó el pago de los servicios que **CENERCOL** acreditó haber prestado en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, demostrando, entre otras cosas, el pago de los aportes al sistema de salud, riesgos laborales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrato para la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

DUODECIMA. - Compensación

En caso de que no prosperen las excepciones antes propuestas y por cualquier causa se orden a mi representada pagar suma de dinero a mi representada a favor del **CENERCOL** solicito se compense esta condena

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contra las sumas de dineros que **CENERCOL** deba cancelar a **ENERCA** de prosperar las pretensiones de la demanda arbitral formulada por mi representada contra **CENERCOL**.

DÉCIMA TERCERA. - Existencia de trámite especial

Las pretensiones 10 y 11 de la demanda de reconvención no pueden tramitarse dentro de la presente controversia, por cuanto con estas pretensiones CENERCOL pretende el pago, con sus respectivos intereses de mora de las de las facturas No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, títulos valores autónomos e independientes del negocio jurídico subyacente, y estas pretensiones deben ejercerse con fundamento en el ejercicio de la acción cambiaria, por cuanto las excepciones a este tipo de títulos son especialísimas de conformidad con lo establecido en el artículo 784 del Código de Comercio.

De otro lado el cobro de un título valor da lugar al procedimiento ejecutivo, en los términos del artículo 793 del Código de Comercio.

DÉCIMA CUARTA. - Genérica o innominada

Solicito, con todo respeto que al momento de dictar el Laudo Arbitral, se dé aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso declarando de oficio cualquier excepción cuando halle probados los hechos de la misma, siendo procedente por esta vía declarar de oficio, en la remota eventualidad de que no se declare la terminación del contrato por mutuo acuerdo, la existencia de mutuo disenso tácito para la terminación del contrato el día 28 de marzo de 2014. Así como, de prosperar la excepción de procedimiento especial para el cobro de las facturas demandada, se declare de oficio la excepción de inexistencia de la factura de ventas originales No. 4691, 4692 y 4734 de 2014, y como tal la inexistencia de título ejecutivo. De no ser procedente esta excepción de declare de oficio la existencia de temeridad y mala fe de parte de CENERCOL al pretender en dos jurisdicciones distintas el cobro de las mismas facturas de ventas originales No. 4691, 4692 y 4734, sobre el cual existe un pleito pendiente ante la jurisdicción competente.

**ANTECEDENTES PROCESALES**

1. El 22 de marzo de 2016, la sociedad convocante (convocada por vía de reconvención) presentó demanda arbitral ante esta Cámara de Comercio, con el fin que se accediera a las siguientes pretensiones:
 - a. La declaratoria de integración e instalación del Tribunal de Arbitramento.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- b. La declaratoria de terminación, por mutuo acuerdo, del Contrato 009 de 2012 (en adelante el "Contrato"), celebrado entre ENERCA y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.
- c. La declaratoria de incumplimiento del pago oportuno de aportes a la seguridad social durante la ejecución del Contrato, por parte de la demandada.
- d. La declaratoria de incumplimiento del pago oportuno de aportes parafiscales durante la ejecución del Contrato, por parte de la demandada.
- e. La declaratoria de incumplimiento del pago oportuno de obligaciones laborales durante la ejecución del Contrato, por parte de la demandada.
- f. La declaratoria de incumplimiento del pago oportuno de liquidaciones definitivas de personal por parte de la demandada.
- g. La declaratoria de incumplimiento de obligaciones relacionadas con la entrega de material e indisponibilidad del *stock*, por parte de la demandada.
- h. La declaratoria de incumplimiento del reintegro de material sobrante, por parte de la demandada.
- i. La declaratoria de incumplimiento de la devolución de materiales retirados y reintegrados de acuerdo a lo establecido por la interventoría, por parte de la demandada.
- j. La declaratoria de incumplimiento de personal mínimo requerido, por parte de la demandada.
- k. La declaratoria de incumplimiento de la mejora continua de indicadores, por parte de la demandada.
- l. La declaratoria de incumplimiento de entrega de informes de gestión, por parte de la demandada.
- m. La declaratoria de indemnidad a favor de ENERCA por los eventuales reclamos que se constituyan debido a los supuestos incumplimientos ya relacionados.
- n. La devolución, por parte de la demandada, del *stock* de materiales que existieran al momento de terminar el contrato.
- o. La devolución o reintegro, por parte de la demandada, de los materiales que sobran por trabajos ejecutados, sea por mal estado o por retiro a partir de las tareas realizadas por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- p. La devolución, por parte de la demandada, de todos los dineros que ENERCA hubiese pagado por concepto de descuentos pactados, faltas o incumplimientos.
 - q. La condena en costas a la demandada.
 - r. De manera subsidiaria, y en caso que la demandada no pudiese devolver o reintegrar los materiales sobrantes por no estar en su poder, la reposición, pago o devolución de descuentos para reintegrar dichos materiales.
2. El 25 de agosto de 2016, tras recibir escrito de subsanación de la demanda, el Tribunal Arbitral admitió la misma. CENERCOL EN LIQUIDACIÓN se notificó personalmente del auto admisorio el 13 de septiembre siguiente.
 3. La demanda presentada fue ratificada tras decidir recurso de reposición interpuesto dentro de término por la pasiva.
 4. El 24 de octubre de 2016, dentro del término de traslado de la demanda, CENERCOL EN LIQUIDACIÓN hizo uso de su derecho de contradicción mediante la presentación de los siguientes documentos:
 - a. Contestación a la demanda impetrada por ENERCA.
 - b. Demanda de reconvención contra ENERCA.
 - c. Llamamiento en garantía a la sociedad MUNDIAL DE SEGUROS S.A.
 5. Mediante providencia del 31 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral admitió la demanda de reconvención presentada por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN. Asimismo, se tuvo por contestada, por parte de la misma sociedad, la demanda inicial.
 6. La parte actora y la sociedad llamada en garantía ejercieron en término su derecho de defensa.
 7. En la medida que las tres sociedades intervinientes presentaron excepciones de mérito en sus escritos de defensa, se corrió traslado de las mismas en auto del 26 de diciembre de 2016. También se corrió traslado de las objeciones realizadas al juramento estimatorio presentado por ENERCA.
 8. El 26 de enero de 2017 CENERCOL EN LIQUIDACIÓN presentó escrito de reforma de demanda de reconvención, para que se accediera a las siguientes pretensiones:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- a. Que se celebró el Contrato 009 de 2012 entre ENERCA y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.
 - b. Que el Contrato fue modificado por 3 otrosíes modificatorios, 2 adiciones en valor y un otrosí aclaratorio.
 - c. Que ENERCA fungía como contratante en el vínculo celebrado con CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.
 - d. Que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN fungía como contratista en el vínculo celebrado con ENERCA.
 - e. Que el plazo de ejecución del Contrato era de treinta y un (31) meses contados desde la suscripción del acta de inicio.
 - f. Que el objeto del Contrato fue el estipulado en la cláusula primera del mismo.
 - g. Que ENERCA incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente el 13 de marzo de 2014. Subsidiariamente, que ENERCA incumplió el Contrato al terminarlo con abuso del derecho.
 - h. Que ENERCA incumplió el Contrato al no pagar oportunamente los servicios suministrados por el contratista. Consecuencialmente, que ENERCA sea condenada a pagar los dineros adeudados en tres facturas, así como a los intereses moratorios a la tasa máxima permitida.
 - i. Que ENERCA sea condenada a pagar todo perjuicio de daño emergente y lucro cesante que se cause por el incumplimiento contractual de ésta.
 - j. Que el parágrafo de la Cláusula Décima del Contrato sea declarado nulo absolutamente por contrariar normas de orden público.
 - k. Que el inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones del Contrato sea declarado nulo absolutamente por contrariar normas de orden público.
 - l. Que los daños causados a contratistas y empleados de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN fueron causados por ENERCA.
 - m. Que ENERCA, por su propio incumplimiento, causó que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN incumpliera sus obligaciones.
9. La reforma de la demanda de reconvención fue admitida por el Tribunal Arbitral en auto del 1 de febrero de 2017.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

10. En término, la actora contestó el escrito de reforma de la demanda de reconvencción. Igualmente se corrió traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio presentadas por la misma.
11. El 10 de marzo de 2017 se celebró audiencia de conciliación, sin llegarse a acuerdo alguno, declarándose fracasada la etapa de arreglo. Inmediatamente después, se fijaron los gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral, así como los honorarios del árbitro y su secretario.
12. En auto del 3 de mayo de 2017 se decidió fijar la primera audiencia de trámite para el 12 de mayo subsiguiente, diligencia que no pudo cumplirse por cuanto el Tribunal Arbitral decidió hacer control de legalidad del proceso, ordenando la notificación del mismo al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
13. Así, el Ministerio Público, al conocer el proceso, presentó una solicitud de nulidad del mismo, la cual fue rechazada por el Tribunal Arbitral a través de auto fechado el 5 de junio de 2017. El mismo fue recurrido por el Ministerio Público, y confirmado en providencia del 21 de junio subsiguiente.
14. Finalmente, el 3 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral evacuó la primera audiencia de trámite, que transcurrió sobre los siguientes puntos:
 - a. *Competencia del Tribunal:* En primer lugar, se discernió sobre la competencia de las partes para suscribir el Contrato, así como su representación, por medio de apoderado, dentro de la Litis. Posteriormente, se asentó que la controversia era de carácter contractual, susceptible de transacción, y que cumplía con el factor territorial. Asimismo, se citó el pacto arbitral en virtud del cual ENERCA demandó inicialmente y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN reconvino con posterioridad, siendo reconocido por las partes y dando competencia al Tribunal para dirimir la totalidad de las controversias entre ambas sociedades.
 - b. *Sobre el llamamiento en garantía:* El Tribunal Arbitral también se pronunció sobre la excepción de falta de jurisdicción y competencia impetrada por MUNDIAL DE SEGUROS en la contestación del llamamiento en garantía presentado por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, afirmando que, de acuerdo a los límites presentados en la sentencia C-170 de 2014 de la Corte Constitucional, no es posible predicar la aplicación del llamamiento en garantía obligatorio en contratos de seguros firmados con antelación a la Ley 1563 de 2012, con lo que MUNDIAL DE SEGUROS quedó excluida del proceso al no existir competencia del Tribunal.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- c. *Apertura a pruebas*: Seguidamente, el Tribunal Arbitral abrió el periodo probatorio decretando diferentes pruebas solicitadas por ENERCA y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, sin embargo, negó otras más, lo que fue objeto de reposición de manera inmediata en audiencia, siendo revocada parcialmente (específicamente sobre la declaración de parte de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN y el testimonio del representante de la interventora 2C INGENIEROS).
15. El 11 de agosto se realizó la primera audiencia de pruebas, que versó sobre el interrogatorio de parte al representante de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, así como del señor José Libardo Villamizar Jáuregui. También se cumplió diligencia de exhibición documental por parte de ENERCA, en los términos fijados en la primera audiencia de trámite, así como diligencia de posesión del perito César Mauricio Ochoa, nombrado por el Tribunal Arbitral para llevar el experticio solicitado tanto por ENERCA, como por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, e igualmente de oficio por el Tribunal.
16. Igualmente, se realizaron diligencias de recepción de pruebas el 17 de agosto de 2017, 27 de septiembre de 2017, 30 de octubre de 2017 y 20 de noviembre de 2017.
17. El señor perito presentó su experticio el 20 de octubre de 2017, siendo objeto de solicitud de aclaración y complementación por parte de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, aclaraciones contestadas por memorial fechado el 28 de noviembre de la misma anualidad.
18. Asimismo, el señor perito presentó informe pericial decretado de oficio por el Tribunal en fecha 15 de diciembre de 2017.
19. El presente escrito se presenta dentro del término establecido por el Tribunal Arbitral en providencia de 10 de enero de 2018, notificada el 16 de enero subsiguiente.

ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Vale la pena señalar que lo puesto a consideración del Tribunal Arbitral para su solución son las controversias nacientes de la suscripción, ejecución y terminación del Contrato 009 de 2012, cuyo objeto era *“la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR) y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA S.A. E.S.P.”*, como quedó consignado en la cláusula primera de dicho instrumento jurídico. En lo demás, CENERCOL EN LIQUIDACIÓN se atiene a los hechos y excepciones presentados en la demanda de reconvención y su posterior reforma, así como en el pronunciamiento realizado en la contestación de la demanda sobre los hechos esgrimidos por ENERCA en su momento.

SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PRESENTADAS POR ENERCA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Previo a referirnos sobre lo probado en la controversia, así como de los fundamentos de derecho que dan justificación a las peticiones de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, se hará un breve repaso de las excepciones presentadas por ENERCA al contestar la reforma de la demanda de reconvencción presentada por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, advirtiendo desde este momento que las mismas no tienen sustento alguno, como pasa a explicarse:

- ***Sobre la denominada “ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales”***

ENERCA acusa que las pretensiones formuladas como 14 y 15 dentro del escrito reformativo no guardan relación alguna con los hechos presentados por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN en el mismo libelo. De acuerdo a su ataque, la pretensión 14 (referente a la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del Pliego de Condiciones) carece de soporte fáctico dentro de la exposición realizada por la demandante en reconvencción (a su vez convocada inicial).

Igual crítica se hace a la pretensión 15 (que versa sobre la declaratoria de responsabilidad, en contra de ENERCA, de todos los daños pecuniarios causados a los contratistas y empleados de CENERCOL), de la que se predicó la inexistencia de la referencia a los individuos a quienes se les irrogaron tales daños.

La convocante (demandada en reconvencción), peca completamente de falta de interpretación de los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, en la medida que las pretensiones 14 y 15 se conectan completamente con, por ejemplo, los hechos referentes a las medidas que tuvo que tomar CENERCOL EN LIQUIDACIÓN para mantener su operación dentro de la ejecución del Contrato. Deténgase el Tribunal, por ejemplo, en el siguiente hecho, numerado como 15 en el escrito de reforma de la demanda de reconvencción:

“Así, CENERCOL, se vio obligado al apalancamiento del proyecto y de las actividades propias del mismo, repito, con préstamos realizados en el sector financiero, teniendo que asumir los costos que ello genera, encontrándose CENERCOL, incluso, algunas veces, obligada al uso de recursos propios y de otros proyectos, para poder solventar y cumplir con la ejecución del contrato celebrado.” (Énfasis añadido)

No basta señalar que es evidente la plena conexión que tiene el hecho con la declaratoria de nulidad perseguida en la decimocuarta pretensión de la demanda de reconvencción, en la medida que el mismo permitía, en un total y clarísimo ejercicio del abuso del derecho, que ENERCA no diera ni una ínfima suma del dinero que correspondía a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN por los servicios prestados, y que aun así ésta se obligara a iniciar o dar cumplimiento a las cláusulas del Contrato sin seguridad financiera. Inclusive, esa inseguridad financiera se acentuó más cuando ENERCA se

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

decidió, sin ninguna justificación, a no pagar las facturas radicadas por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN por la prestación de sus servicios.

Asimismo, la excepción presentada por ENERCA parece desconocer que las pretensiones y los hechos se sirven de las mismas pruebas, en las que se halla evidente cuáles fueron las personas afectadas por el impago de las facturas por parte de ENERCA, hecho sobre el cual la actora ni siquiera ha dado visos de confrontar, a riesgo de querer aceptar, explícitamente, **que hasta el momento no ha hecho pago alguno a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN de servicios efectivamente prestados.**

Por ejemplo, dentro de los anexos presentados al perito para la realización de su experticio (más allá del análisis que se haga del mismo dentro de este mismo documento), es evidente que la conducta desplegada por ENERCA afectó a diferentes trabajadores y contratistas de la convocada, los cuales no sabían en realidad que se trataba de conductas de completa responsabilidad de ENERCA (alentadas de manera desleal por 2C INGENIEROS, interventor del contrato que tenía interés oculto en celebrar exactamente el mismo negocio jurídico que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN tenía con ENERCA), en la medida que ésta se sustraía sistemáticamente de sus obligaciones.

Así pues, es claro el entendimiento de que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, atada a una cláusula (nula absolutamente a ojos de la ley) que le permitía a ENERCA, por simple capricho, dejar a la convocada sin dinero para sus obligaciones, irrogó daños a quienes trabajaban con ésta. Con ello, la excepción presentada por ENERCA no tiene sentido alguno.

- ***Sobre la denominada "ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones"***

La convocante acusa que la pretensión concerniente a la exigencia de pago de facturas nacientes del Contrato no posee el nivel de precisión y claridad que la norma exige, afirmando que la pretensión de pago de cada una de ellas debía formularse por separado al considerarlas, en su parecer, como títulos valores autónomos.

Sin embargo, en este medio exceptivo no se puede ver más que una conducta dilatoria y sin fundamento alguno que ni siquiera ataca el fondo del proceso, sino que únicamente quiere evadir un hecho completamente probado dentro de este trámite: el que **ENERCA no ha pagado ninguna de las facturas presentadas como parte del proceso**, lo que ha causado daños gravosos a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, a tal punto de ser determinante para que la Superintendencia de Sociedades hubiese decidido decretar la extinción de dicha persona jurídica.

Si en gracia de discusión se aceptara la crítica realizada por el actor, se ve que la misma no tiene ni el más mínimo fundamento legal, en la medida que las pretensiones de pago de facturas (más allá de la forma) están debidamente acumuladas. ENERCA pasa por alto (no se sabe si por ignorancia de la ley o con el mero objetivo de buscar algún provecho de manera desleal) los requisitos que nuestra legislación procesal ha consagrado para definir si se está o no ante pretensiones debidamente

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

acumuladas. En un ejercicio de diligencia, se explicarán las causales de manera detallada, en concordancia con lo que afirma el Código General del Proceso en su artículo 88:

- Identidad entre demandante y demandado: No cabe lugar que las facturas emitidas tienen al mismo emitente y el mismo obligado (respectivamente CENERCOL EN LIQUIDACIÓN y ENERCA). Por tal motivo, al encontrarse comprobado el incumplimiento del obligado respecto de la prestación a su cargo, nació el derecho de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN de ejercitar la respectiva acción.
- Competencia del juez: En la medida que ENERCA y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN aceptaron renunciar a la jurisdicción ordinaria con el fin que fuese un Tribunal Arbitral el que dirimiera las controversias existentes, el árbitro sería igualmente competente para conocer de las controversias derivadas de la exigibilidad de pago de las facturas, en la medida que éstas son nacientes del Contrato.
- Formulación de pretensiones: Para la acumulación de pedimentos dentro del proceso, es evidente que debe guardarse la congruencia entre las que sean principales y las que sean subsidiarias. Sin embargo, al tratarse de facturas que no tienen relación de subordinación entre sí, las tres podían ser presentadas de forma principal dentro de las pretensiones de la demanda.
- Trámite por el mismo procedimiento: Al igual que se describió en el aparte de competencia del juez, al haber renunciado las partes a la presentación de la controversia en la jurisdicción ordinaria, todo aquel conflicto derivado de la celebración, ejecución y terminación del contrato recayó en la jurisdicción arbitral, quien también conocería sobre el impago de facturas por parte de ENERCA, con lo que el no se comprueba que existiese una indebida acumulación de pretensiones.

Sin embargo, no deja de extrañar al suscrito el siguiente aparte de la – pobremente argumentada – excepción que hoy se ataca:

“el pago pretendido de cada una de ellas, por ser títulos valores autónomos debió formularse por separado” (Énfasis añadido)

Se trata de un entendimiento completamente desatinado por parte del actor, quien no parece tener en cuenta que el pago de las facturas no se está persiguiendo de manera autónoma (como ocurre con el proceso ejecutivo encaminado en la jurisdicción ordinaria), sino como una **consecuencia plena de la ejecución del contrato**, mismo que ENERCA se sustrajo de cumplir de manera injustificada y sin sentido alguno. En la medida que la actora, mediante cláusulas abusivas, quedaba indemne de pagar los servicios prestados por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, ésta última presentaba las respectivas facturas, esperando únicamente la retribución de los servicios prestados, hecho que nunca ocurrió en este caso, por la conducta contraria a derecho por parte de la actora, conducta que es piedra angular de las pretensiones de la demanda de reconvencción, incluida la referente al pago de las facturas emitidas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Al ser un error de discernimiento, la excepción no puede prosperar.

- Sobre la denominada “falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrigados (sic) a contratistas y empleados de CENERCOL”

Sostiene el actor que la pretensión decimoquinta, la cual ya fue abordada brevemente en este escrito, trata únicamente de “*extender la jurisdicción de este arbitramento a terceros, contratistas y empleados de CENERCOL, sobre los cuales no solo se desconoce la existencia de los contratos de prestación de servicios que se dice celebraron*”.

Si bien el Tribunal Arbitral, en curso de la primera audiencia de trámite, desechó la excepción al considerar que las controversias de indemnidad (de las que nace la pretensión decimoquinta) son un conflicto vital para el desarrollo del presente trámite, el suscrito hará una pequeña acotación sobre la misma, al entender el punto al que quiere llegar el actor.

Salta a la vista que el único objetivo de ENERCA con la pretensión era que el Tribunal estableciera, indirectamente, la validez de la cláusula de indemnidad, sin presentar ningún hecho concluyente para esgrimir que la misma no contraviene a la ley. Incluso, ENERCA falta a la verdad material de la ejecución del contrato al afirmar que le son desconocidos los contratos celebrados por la pasiva con los terceros que finalmente se vieron afectados por el actuar de la convocante, cuando los mismos siempre le eran informados, al ser fundamental para la ejecución del contrato.

Inclusive, también era labor de 2C INGENIEROS, en su calidad de interventor del Contrato, de vigilar la ejecución del mismo, lo que evidentemente incluía el suministro de información de la totalidad de actos celebrados por CENERCOL con terceros y empleados a fin de cumplir sus obligaciones del Contrato. No se torna entendible, entonces, que ahora la actora pretenda desconocer contratos de los cuales sabía muy bien su objeto y los sujetos que los celebraron.

Por tal motivo, no se encuentra probada la excepción.

- Sobre la denominada “inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrigados (sic) a contratistas y empleados”

ENERCA considera que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN no tiene interés o representación para que se considere que los daños a contratistas y empleados fueron causados por la actora, al describir que se trata de una declaratoria indeterminada y que no individualiza a los afectados de la conducta realizada por ENERCA.

Sin más, se trata de una excepción deficiente en su argumento, sin fundamento legal o probatorio, basándose sólo en una serie de afirmaciones mediocres que demuestran que ENERCA no tiene mayor defensa para las conductas que ella misma impulsó con su incumplimiento contractual.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Evidentemente hay claridad en los afectados en tanto se dio curso a la prueba pericial, de la cual se presentaron los documentos respectivos en los que se demuestra que hubo contratistas y empleados de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN que sufrieron dificultades por la conducta de ENERCA.

Incluso, suficiente prueba – que es sobrevenida al periodo de decreto de pruebas, y sin embargo está dentro del expediente – es el auto emitido por la Superintendencia de Sociedades en virtud del cual decretó la liquidación de la sociedad convocada (demandante en reconvención), teniendo en cuenta que uno de los aspectos por los cuales CENERCOL EN LIQUIDACIÓN llegó al estado donde se encuentra hoy son los daños que le ha causado ENERCA a contratistas y empleados reconocidos en el respectivo acuerdo de reorganización (el cual también hizo parte de los documentos entregados al perito para su encargo), que tuvieron que ser acarreados por los pocos fondos que ya tenía CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, circunstancia que, se reitera, es de exclusiva responsabilidad de ENERCA, como se ha venido reafirmando durante la presente Litis.

- Sobre la denominada “incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda”

Sobre esta excepción ni siquiera vale la pena hacer un ataque argumentado, en la medida que se trata de la misma primera excepción con un minúsculo cambio de forma en su enfoque, lo que demuestra que ENERCA únicamente pretende defenderse a través de evasivas, cuando es evidente que su conducta durante la ejecución del contrato fue la única causante de los daños que sufrió CENERCOL EN LIQUIDACIÓN. Por tal motivo, y teniendo en cuenta que se trata de una mera reiteración de una excepción de la cual ya se desvirtuó su alcance, se hace necesario que esta igualmente sea rechazada.

- Sobre la denominada “inexistencia de responsabilidad de ENERCA”

Afirma la convocante que ENERCA cumplió con normas de orden público según las cuales debía monitorear el cumplimiento de las obligaciones por el contratista. Igualmente, asegura que la terminación del contrato fue aceptada por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, según su dicho, porque ésta aceptó haber incurrido en incumplimientos contractuales; solicitándose la terminación bilateral del negocio jurídico.

Sin embargo, las afirmaciones de ENERCA son plenamente contrarias a sus propios actos. Para ello, nos referiremos al informe presentado por el perito César Mauricio Ochoa en el cual analizó diferentes documentos en poder de ENERCA, entre ellos los informes de gestión y asambleas de accionistas de la mentada sociedad durante el tiempo de ejecución y terminación del contrato.

Así, en primer lugar, el informe de gestión correspondiente a 2014 señaló lo siguiente, como lo hace constar el perito:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

*“En el primer trimestre de 2014, y debido a inconformidades con el cumplimiento del objeto contractual, **la Gerencia General tomó la decisión de terminar y liquidar anticipada y unilateralmente** el contrato de operación y mantenimiento firmado con la empresa CENERCOL S.A. Luego de lo anterior, y una vez surtidos los procesos precontractuales correspondientes, OPSECOL SAS asume a partir del mes de abril la Operación y Mantenimiento del SDL y STR de ENERCA...” **(Énfasis añadido)***

Que tal declaración provenga tan frontalmente de ENERCA, deja sin piso las afirmaciones realizadas por su apoderado en el sentido de señalar que el Contrato se terminó de forma bilateral. Pero no se trata de la única ocasión en la que ENERCA deja plenamente claro que el contrato fue terminado de manera unilateral por ésta, toda vez que así quedó demostrado igualmente en el informe de gestión de la anualidad siguiente, como también lo consigna el perito en su informe:

“4.4.3.1 Decisión De Terminación Del Contrato

El representante legal de ENERCA, mediante comunicación fechada el 13 de marzo de 2014, recibida por CENERCOL el día 14 de marzo de 2014, tomó la decisión de dar por terminado el contrato en forma unilateral, al considerar la existencia de incumplimientos reiterados y graves del contrato (...)

Por otra parte se debe advertir, que el 20 de marzo de 2014, en respuesta a la Carta de Terminación Unilateral del Contrato, CENERCOL aceptó la terminación del contrato, pero por causas imputables directamente ENERCA por incumplimiento en el pago de las facturas en los servicios prestados por CENERCOL y circunstancias adicionales que cataloga como incumplimiento a cargo de las obligaciones a cargo de ENERCA (...)

ENERCA sabía con certeza que su terminación unilateral del Contrato no era legalmente posible, a la luz del régimen legal aplicable al mismo, que no es otro sino el referente al derecho privado. El informe de gestión del año 2015 así lo confirma:

“Como ya se expresó, dentro del régimen especial de actos y contratos al cual se encuentra sometido ENERCA, esta empresa no está sometida al Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Así las cosas, carece de la potestad legal para terminar unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios No. 009 (...)

(...) [E]n nuestro actual ordenamiento jurídico, considero, salvo mejor opinión en contrario, que el Contrato de Prestación de Servicios No. 009 de 2012 celebrado con CENERCOL, puede entenderse que subsiste jurídicamente hasta tanto un juez no declare su terminación (...)

(...) Finalmente, para la terminación del Contrato de Prestación de Servicios No. 009, no se advierte facultad legal expresa que permita a ENERCA terminar unilateralmente el contrato y mucho menos cuando la contraparte aceptó dicha terminación por causas imputables al incumplimiento de ENERCA”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Debe anotarse que el informe de gestión fue aprobado por unanimidad en la Asamblea de Accionistas celebrada el 31 de marzo de 2016.

Sin embargo, no es la única vez donde se señala que ENERCA no tiene ninguna potestad para terminar de manera unilateral el contrato. En concepto presentado por el abogado Carlos Figueredo, pasado deliberadamente de largo por la convocante al momento de allegar los documentos relacionados con la ejecución contractual, **y que es adjunto al presente escrito**, el mismo concluye, tajantemente, que la liquidación unilateral realizada por ENERCA con base en la declaratoria de terminación del contrato. Así, el mencionado profesional del derecho concluye:

“ENERCA SA ESP, Violo (sic) el régimen legal aplicable y el Debido proceso al desconocer las reglas del derecho administrativo y de la contratación Estatal, para aplicar en debida forma, la cláusula exorbitante de liquidación Unilateral, que al ser acto administrativo esta (sic) reglado”

Con ello, no es posible eximir de responsabilidad a ENERCA cuando no cabe duda que la misma actuó de manera contraria a derecho al declarar la terminación y liquidación unilateral del contrato, causando perjuicios a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN como se ha comprobado en el presente proceso, por lo que la excepción manifestada por la convocante no tiene fundamento.

- **Sobre la denominada “responsabilidad exclusiva de CENERCOL”**

ENERCA firma que existe responsabilidad de CENERCOL al incumplir con el pago de las obligaciones a su cargo, tanto las que se refieren a elementos de carácter laboral como a las de tipo prestacional.

Sin embargo, la excepción presentada flaquea en argumentación, siendo que sólo se limita a acusar, sin fundamento legal, probatorio o fáctico alguno, los supuestos incumplimientos en los que incurrió CENERCOL EN LIQUIDACIÓN en la ejecución contractual. Queda claro desde un principio que quien, en realidad, incumplió el Contrato fue ENERCA, como se ha venido demostrando a lo largo de este proceso.

Es evidente que en ningún momento ENERCA ha desvirtuado dos elementos centrales sobre los cuales se fundamenta la imposibilidad de que las excepciones prosperen:

1. ENERCA no ha podido desmentir que no ha pagado las facturas referentes a la prestación de servicios por parte de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.
2. ENERCA tampoco ha podido desmentir que la terminación del contrato fue un acto meramente unilateral y contrario a las leyes que gobiernan la materia, que se dio por inexistentes incumplimientos supuestamente causados por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.

Así las cosas, no es posible imputar responsabilidad alguna a una sociedad que únicamente se allanó a cumplir el Contrato hasta que la propia

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contratante cambió las condiciones del negocio jurídico, imposibilitándolo a ejecutar el objeto contractual. Por tal motivo, esta excepción debe desecharse.

- **Sobre la denominada “culpa exclusiva de CENERCOL”**

La convocada presenta esta excepción señalando que le es improcedente a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN beneficiarse de su propia culpa, refiriéndose a los supuestos incumplimientos en el pago de las obligaciones a su cargo, tanto laborales como prestacionales y parafiscales, así como a los supuestos retardos en la radicación y presentación de facturas.

Nuevamente se está ante una excepción carente de argumentos, que sólo se limita a lanzar acusaciones que no tienen trasfondo en alguna prueba, hecho o fundamento legal. Inclusive, de la mera formulación del cargo se evidencia que no existe plena certeza sobre los supuestos incumplimientos imputados a la convocada:

*“Adicionalmente existe culpa exclusiva de CENERCOL en el retardo o la no radicación o no presentación de las facturas, en los términos u condiciones pactados contractualmente” **(Énfasis añadido)***

Como es posible observar, ni siquiera se aclara cuál de las tres conductas supuestamente incurtidas por la convocada es la que realmente causa la “prosperidad” de la excepción. Incluso, del informe presentado por el auxiliar de la justicia se deja plena evidencia que CENERCOL EN LIQUIDACIÓN siempre presentó las facturas en tiempos razonables y prudenciales para que se declare su cumplimiento y que ENERCA realizase los respectivos pagos. Incluso, del informe surgido de la exhibición de ciertos documentos en poder de ENERCA se pudo observar que, en realidad, fue esta última quien no cumplió con su obligación de pagar las respectivas contraprestaciones.

Así las cosas, no es posible imputar algún tipo de responsabilidad o culpa a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, como lo pretende hacer la convocante de manera errada, sin antes observar que el único que incumplió con las obligaciones a su cargo fue ENERCA, Por tanto, la presente excepción no puede prosperar.

- **Sobre la denominada “inexistencia de perjuicios por terminación del contrato por mutuo acuerdo”**

El medio exceptivo se fundamenta en una supuesta aceptación de la terminación “por mutuo acuerdo” del Contrato, por parte de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, con lo que se estaría ante un disenso conjunto de las partes que impediría perseguir cualquier clase de perjuicio.

Nuevamente la convocante excepciona sin tener verdaderas razones para hacerlo. ENERCA ha admitido que la única forma en que se terminó el Contrato fue porque ésta lo finalizó de manera unilateral, siendo que CENERCOL aceptó la terminación unilateral del contrato, **señalando que era por incumplimientos por parte de la convocante**. Bajo ninguna

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

circunstancia esto puede considerarse como una terminación por mutuo disenso.

Como ya se ha demostrado en estos alegatos, lo cierto es que ENERCA decidió, junto a la interventoría, la terminación unilateral del contrato con CENERCOL EN LIQUIDACIÓN por supuestos incumplimientos en la ejecución del objeto contractual. Sin embargo, ENERCA no contaba con que su decisión era completamente contraria a derecho, admitiéndose que, bajo el marco legal donde se desarrollaba el Contrato, no era posible, en absoluto, la facultad de terminación unilateral del contrato; la cual es bien vista en acuerdos que se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero no en aquellos que, como en el que dio origen a esta Litis, se gobiernan por el derecho privado.

Así, en realidad el Contrato fue finalizado, contrario a la ley, por terminación unilateral, hecho incontestable que deja sin fundamento la excepción presentada.

- **Sobre la denominada "incumplimiento del contrato por parte de CENERCOL"**

ENERCA únicamente describe que, como ha señalado en los escritos en los que ha ejercido sus derechos de acción y contradicción, la convocada ha sido la única que incumplió el Contrato. Sin embargo, de lo visto durante la totalidad del proceso, es evidente que quien faltó a sus obligaciones fue ENERCA, como es posible advertir, se reitera, con la terminación unilateral del contrato por fuera de los parámetros legales, y con la negativa injustificada de la convocante a realizar los pagos de las facturas debidamente presentadas y radicadas por la prestación de servicios, lo que consecuentemente causó perjuicios, no sólo a CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, sino también en los contratistas y empleados de ésta, como ha quedado claro.

Así pues, no es posible que la excepción salga avante.

- **Sobre la denominada "pago"**

La convocante describe que realizó el pago de los servicios que la accionada acreditó haber prestado, incluyéndose también aquellos pagos de orden prestacional. A pesar de tal afirmación, salta a la vista que la actora **no prueba el hecho que describe**, incumpliendo con su deber de probar los hechos de su defensa, y yendo en contra de la realidad del negocio jurídico, donde se demostró que ENERCA no pagó determinadas facturas, entre ellas de las que su pago se persigue dentro del presente procedimiento. Igualmente, el perito César Mauricio Ochoa también concluyó que hubo tres facturas de las cuales no se acreditó el pago por parte de ENERCA, a pesar de tener comprobantes de egreso y ser radicadas en un plazo razonable, las cuales se revisarán más adelante. Es claro, entonces, que la súplica del accionante no tiene fundamento alguno.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- **Sobre la denominada "compensación"**

De forma subsidiaria ENERCA pide, siempre que se ordene el pago de alguna obligación a favor de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, la suma sea compensada con lo que CENERCOL deba cancelar a ENERCA en caso que prosperen las excepciones de la demanda inicial presentada por ésta.

Sin embargo, como queda patente, no sólo en la contestación a la demanda inicial y en la demanda de reconvenición, en realidad los fundamentos jurídicos de ENERCA no tienen la fuerza suficiente para ser prósperos, en la medida que se ha acreditado que el único que se sustrajo de las obligaciones a su cargo en la ejecución del Contrato, siendo posible concluir que el único interviniente que tiene algún tipo de acreencia pendiente es ENERCA.

- **Sobre la denominada "existencia de trámite especial"**

Según el dicho de la convocante, no es posible tramitar la persecución de las facturas y sus intereses dentro del trámite arbitral, siendo necesario acudir a la acción cambiaria consagrada en el Código de Comercio, a través del procedimiento ejecutivo que cursaría en la jurisdicción ordinaria. Como fundamento, ENERCA afirma que se trata de títulos valores autónomos e independientes del negocio jurídico del cual surgieron.

Ante tal afirmación, han de señalarse dos argumentos en su contra:

- i) Como se afirmó al contestar la excepción de indebida acumulación de pretensiones, el pago de las facturas no se pretendió ejercer en calidad autónoma, en la medida que se considera que la expedición de dichos instrumentos correspondía a la contraprestación de los servicios prestados por CENERCOL, contraprestación que no fue reconocida por ENERCA quien, como ya se sabe, se sustrajo del cumplimiento de las obligaciones. Al entenderse que las facturas hacen parte de la unidad que es el Contrato, es claro que las mismas dependen de las diferentes declaratorias previamente solicitadas en las pretensiones.
- ii) Si en gracia de discusión se adoptase que las facturas pueden ser perseguidas de forma autónoma, vale decir que ENERCA desconoce por completo que la jurisprudencia ha sido clara en permitir que los tribunales arbitrales también tomen conocimiento de las acciones ejecutivas, como lo ha consagrado la Corte Constitucional, máximo intérprete de la Carta y autoridad del control constitucional de las normas:

"Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

La segunda, ya insinuada, que **son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.**

Y una última, que **los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.**

Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, **no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?**⁴ **(Énfasis añadido)**

Ahora bien, a pesar que la sentencia aquí nombrada es anterior a la adopción de la Ley 1563 de 2012, estatuto arbitral hoy vigente y que gobierna la presente litis, del examen que se hace de la mencionada norma es claro que los postulados defendidos por el juez constitucional todavía encuentran asidero. En ningún aparte de la norma se prohíbe a las partes que suscriben el pacto arbitral acudir a éste cuando se trate de ejecuciones, como tampoco ocurría con las normas previas a la expedición del vigente estatuto arbitral.

Con ello, no es posible desprender la persecución de las facturas del resto del proceso, con lo que la excepción presentada por la actora no tiene posibilidad de salir adelante.

Sobre cualquier excepción innominada a la demanda de reconvencción

Es evidente que de los hechos de la demanda de reconvencción no es posible demostrar alguna otra excepción sobre lo esgrimido por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, así como tampoco de cualquiera de las actuaciones realizadas en la presente Litis.

LO PROBADO EN EL PROCESO

De lo que ha cursado en este trámite arbitral, se encuentra probado lo siguiente:

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995 [exp. D-791] M.P. Jorge Arango Mejía.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. La sociedad EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P. y CONSORCIO DE ENERGÍA COLOMBIA (respectivamente ENERCA y CENERCOL) suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios 009 de 2012, en virtud del cual se realizarían diferentes servicios de mantenimiento y operación de las redes de transmisión eléctrica.
2. El mencionado Contrato fue objeto de diferentes modificaciones en su momento, las cuales fueron referenciadas en su oportunidad.
3. El representante legal de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, en el momento de absolver interrogatorio, dio como probados los siguientes hechos:
 - a. Como se señaló en el numeral primero de este acápite, las partes aquí intervinientes suscribieron el Contrato, a fin de realizar el objeto ya especificado.
 - b. Se aceptó, por parte de CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, la terminación del Contrato únicamente por los incumplimientos en que incurrió ENERCA durante la ejecución contractual. Sin embargo, se objetó el modo de terminación y liquidación hecho por ENERCA (en la medida que ésta lo hizo de manera unilateral). Se explicó que el acta de liquidación no contenía los incumplimientos que ENERCA realizó y, en virtud de los cuales, no se pudo continuar con la ejecución. Especialmente se debe tener en cuenta que ENERCA no pagó las respectivas facturas de los respectivos servicios prestados por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN, al no existir flujo de caja sostenible por la convocante. Reiteradamente se presentaron comunicaciones exhortando a ENERCA a pagar sus deudas, sin éxito alguno.
 - c. CENERCOL EN LIQUIDACIÓN estuvo obligada a pagar las prestaciones sociales y laborales, sin embargo, tales pagos se condicionaban a que ENERCA cancelara las facturas de los servicios prestados. La convocada dio su máximo esfuerzo para no desproteger a sus empleados, a pesar que fueron evidentes los incumplimientos de la actora en el giro de recursos, lo que, si bien causó algunos retrasos, no obstó para que siempre se pagaran las prestaciones a su cargo. Se describió, como se dijo en la demanda de reconvención, que existía solidaridad laboral a cargo de ENERCA.
 - d. CENERCOL debía entregar en las actas los respectivos soportes de pago de seguridad social. Sin embargo, desde que la empresa de interventoría 2C INGENIEROS empezó sus labores se evidenció que la ejecución contractual se entorpeció (a comparación de cuando ENERCA realizaba directamente la interventoría), siendo que ésta pedía soportes superfluos que impedían la pronta y razonable conciliación de las actas de entrega, así como la respectiva facturación.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- e. CENERCOL EN LIQUIDACIÓN tenía un director de proyecto encargado quien firmaba las actas que serían entregadas a la interventoría y a la propia ENERCA. Ahora bien, la suscripción de las actas era condicionada al arbitrio de ambas entidades, esto es, de 2C INGENIEROS y ENERCA, quienes, como ya se ha visto, siempre procuraron dilatar el proceso. Vale la pena aclarar que este fenómeno únicamente se dio a partir de la entrada de la interventoría en el íter contractual, toda vez que, con anterioridad, la gestión de ENERCA era expedita y en un marco de colaboración.
- f. CENERCOL admite que sí se dejaban constancias, por parte de la interventoría, de eventuales impagos en la seguridad social, los cuales, únicamente, **fueron causados por la falta de pago, por parte de ENERCA, de los servicios prestados por CENERCOL EN LIQUIDACIÓN.** Ante ello, CENERCOL se dirigía directamente a las entidades recaudadoras de dichos pagos, con el fin de no dejar desprotegidos a sus empleados. Se reitera que 2C INGENIEROS incidió por completo en la ralentización de la ejecución contractual, como ha quedado demostrado.
- g. En efecto, 2C INGENIEROS, apenas entrar a realizar sus labores de interventoría, comienza a realizar conductas dilatorias, con pleno consenso de ENERCA. Se dan diferentes inconvenientes, siendo el principal la falta de pago de las facturas, lo que consecuentemente ocasionó problemas con el pago de prestaciones y aportes. En el Contrato, estos problemas sólo se dieron con la llegada del interventor, como también ocurrió con la aplicación de multas, las cuales únicamente se dieron con 2C INGENIEROS al frente de la interventoría.
- h. Ahora bien, CENERCOL siempre procuró cumplir con las programaciones que eran entregadas a ENERCA para el cumplimiento del servicio, e igualmente siempre procuró cumplir con las provisiones de material y la entrega de elementos no instalados.
- i. ENERCA notificó a CENERCOL sobre presuntas fallas en la entrega de materiales, sin embargo, lo hizo únicamente en la terminación y liquidación del contrato, sin tener en cuenta el dinamismo del contrato, que hacía perentorio que el monitoreo de materiales fuera con mayor periodicidad.
- j. **ENERCA pagaba o no pagaba, pero siempre tuvo demoras en la liberación de recursos.** Pero esta demora cumplía con dos condicionantes: la primera, que siempre se dieron desde que 2C INGENIEROS llegó a la interventoría del contrato, y la segunda, que las dilaciones existentes lo eran sin causa justificada alguna.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- k. CENERCOL, en ningún momento, buscó la terminación del contrato de mutuo acuerdo, hecho éste que igualmente se manifiesta en la declaratoria de terminación unilateral. Si hubo reuniones entre los aquí intervinientes, pero las mismas fueron encaminadas a mantener la ejecución contractual, así como para poner de presente la posibilidad de agilizar el trámite de recepción de actas y expedición de facturas.
- l. Para CENERCOL, ya conociendo de la terminación unilateral del contrato, era importante que se procediera a su liquidación consensuada, pero no en los términos en los que finalmente ENERCA, de manera completamente unilateral, lo liquidó al tomar la decisión, arbitraria y abusiva del derecho, de terminar el negocio jurídico.
- m. La finalización del Contrato se debió, **exclusivamente, porque el flujo de recursos se ralentizó e hizo ineficiente por causa del papel de la interventoría**, que actuó con total connivencia de ENERCA, quien no hizo nada para subsanar tal error. En la forma como se dio la prestación de obligaciones por parte de la convocante, la misma causó que diferentes empleados hicieran cese de actividades reclamando el pago de sus servicios.
- n. Como es posible observar, el no pago de lo debido a quienes eran empleados por CENERCOL se debió exclusivamente al comportamiento de la parte actora, lo que igualmente se convirtieron quejas ante las autoridades competentes, y finalmente, se convirtieron en procesos jurisdiccionales.
- o. La magnitud del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de ENERCA fue tal que la convocada tuvo que acogerse al proceso de reorganización empresarial, donde entre doscientos (200) y doscientos cincuenta (250) personas que tuvieron que ver en la ejecución del Contrato fueron graduados y calificados como acreencias existentes de carácter laboral.
- p. Como era necesaria la presentación y entrega del *stock* de los materiales, CENERCOL siempre cumplía con informar a ENERCA que los materiales que tenía a su cargo, a fin de permitir la conciliación de las actas y la expedición y pago de facturas.
- q. ENERCA y CENERCOL, a diferencia de la inducción a error que quiso procurar el apoderado de la actora, únicamente buscaron reuniones para buscar alternativas que permitieran salvar la ejecución del contrato, esencialmente con lo referente a los pagos a cargo de la convocante. Sin embargo, como es evidente,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

no se lograron soluciones de tipo alguno, toda vez que ENERCA no demostró interés en mantener la ejecución contractual.

4. Por su parte, mediante el dicho presentado al Tribunal, quien fuera director de proyecto en la ejecución del Contrato, José Libardo Villamizar, dejó probado lo siguiente:
 - a. Hubo diferentes personas que intervinieron en el contrato, de las cuales se llevaba el registro de la seguridad social para que, con base en ello, se realizaran los respectivos pagos de ello. Siempre se entregó a ENERCA las planillas de pago de seguridad social, sea por vía del señor Villamizar, o directamente desde el domicilio de CENERCOL en Bogotá. ENERCA tenía auxiliares que **corroboraban completamente la información de seguridad social presentada**, sin que existiera ningún tipo de incidencia reseñable sobre dichos pagos.
 - b. CENERCOL reportaba absolutamente todas las incidencias y actividades que ocurrían en la ejecución del contrato, toda vez que éstas, por pequeñas que fueran, resultarían en la disminución del monto facturado. Apenas se tenían los reportes de las incidencias, los mismos eran dirigidos a ENERCA para lo de su cargo, especialmente para los ajustes que fueran necesarios en la facturación.
 - c. CENERCOL actuaba en el Contrato no sólo prestando los servicios de mantenimiento referentes a la red de transmisión regional eléctrica, sino también en lo que respecta al gas natural, así como la poda de árboles que pudieran afectar, de uno u otro modo, la prestación de servicios por parte de ENERCA.
 - d. **ENERCA, inicialmente, se demoraba hasta 45 días para realizar el procedimiento de facturación de los trabajos y servicios realizados.** Esto ocurría cuando la relación jurídica era exclusiva entre ENERCA y CENERCOL, sin papel alguno de una firma de interventoría.
 - e. CENERCOL atendía, con cuadrillas de reparación eléctrica, las redes de distribución; también se hacían trabajos de gas natural, a través de mantenimientos correctivos; así como servicio de podas para subsanar problemas que los árboles causasen a las redes.
 - f. Las podas eran realizadas, no sólo en frío, sino en caliente, esto es, sin desconectar la red eléctrica, aun cuando esto no era lo especificado en el contrato, teniendo en cuenta que el mismo obligaba a realizar las labores de poda sin que las redes afectadas estuviesen conectadas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- g. Igualmente, CENERCOL tenía que realizar un recuento del alumbrado público, que no era más que contar bombillas. Sin embargo, esto tampoco se encontraba plasmado en el contrato.
- h. También se hicieron labores concernientes a líneas cuya potencia no era la que se había definido en el contrato, sino que eran de potencia diferente, incluso más altas de lo normal.
- i. Debe tenerse en cuenta que, previo a la entrada de 2C INGENIEROS como sociedad interventora del contrato, las labores de fiscalización de los servicios prestados eran realizadas por los ingenieros de zona de ENERCA, quienes nunca encontraron ningún tipo de problema con la prestación de los servicios por parte de CENERCOL. Sin embargo, por causa del ajustado presupuesto que manejó ENERCA para la ejecución del contrato, lo cierto es que CENERCOL a veces encontraba que el personal no era suficiente para cumplir con sus obligaciones, siendo esto algo de plena responsabilidad de ENERCA. Sin embargo, CENERCOL siempre procuró mantener el personal mínimo requerido para la ejecución contractual, sin que ENERCA demostrase lo contrario durante el proceso.
- j. El único “problema” que se dio en dicho periodo fue durante la transición entre los ingenieros de zona y la sociedad 2C INGENIEROS, donde se solicitó la modernización de la flota de vehículos, hecho que CENERCOL cumplió a cabalidad de manera expedita.
- k. Al entrar 2C INGENIEROS como sociedad interventora la relación fue, en principio, cordial, sin embargo, sin motivo aparente, 2C INGENIEROS empezó a buscar cualquier traba para impedir la ejecución del contrato. Esto causó que la sociedad que el suscrito representa se preguntase si era necesaria la contratación de un tercero para realizar labores de interventoría que ya eran realizadas por ENERCA.
- l. Desde el momento en que 2C INGENIEROS tomó cargo de la interventoría del contrato, CENERCOL vio cómo la misma empezaba a entorpecer los procesos de facturación, **a tal punto que la convocada (demandante en reconvención) duró hasta tres meses sin recibir los pagos facturados.** Esta demora era evidente en la medida que repercutió en la relación que CENERCOL tenía con sus proveedores, así como con los gastos a su cargo (como el pago de la seguridad social).
- m. CENERCOL hacía sus mayores esfuerzos para garantizar el pago de los sueldos a sus trabajadores, así como para evitar, dentro de su responsabilidad, el impago de obligaciones de seguridad social y aportes laborales. Ahora bien, en los últimos dos meses de ejecución contractual fue evidente que la falta de pago por

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

parte de ENERCA (causada por el actuar de 2C INGENIEROS) fue determinante para el atraso en las obligaciones de seguridad social a cargo de la convocada, siendo prueba de ellos las facturas no pagadas que se persiguieron en la demanda de reconvención.

- n. Durante la presencia de 2C INGENIEROS como entidad interventora, se utilizaba como excusa cualquier error minúsculo en la ejecución contractual con el fin de descontar sumas de dinero a CENERCOL, lo que impedía el cumplimiento de las metas supuestamente fijadas por ENERCA. Sin embargo, esto contrasta con la realidad de la ejecución contractual, donde se demostró que CENERCOL siempre cumplió con sus obligaciones y prestó todos los servicios a su cargo.
- o. **CENERCOL únicamente tenía a su cargo las obligaciones de mantenimiento correctivo, pero no las de carácter preventivo.** Sin embargo, 2C INGENIEROS presentó quejas por supuestas fallas en los mantenimientos preventivos, lo que era contrario a lo que se había pactado contractualmente. Esto representa claramente el objetivo que tuvo la firma interventora: perjudicar a CENERCOL en la ejecución contractual.
- p. Respecto a los materiales, ENERCA expedía la lista de los mismos, solicitándolos de acuerdo a lo presupuestado. Sin embargo, algunos materiales que eran asiduamente utilizados no coincidían con las cantidades inicialmente dadas por ENERCA, por lo que CENERCOL debía ajustar los mismos a lo presupuestado, ajustándose el presupuesto únicamente por la mala planeación de ENERCA.
- q. Las órdenes de materiales eran entregadas por la convocada a la convocante, llegando directamente a sus bodegas. ENERCA siempre expedía la respectiva certificación de entrega de materiales. En ese sentido, en las actas siempre se incluía la respectiva entrega de materiales que hubiera realizado CENERCOL, anexándose el formato revisado y aprobado por ENERCA.
- r. ENERCA era quien daba los materiales a CENERCOL para que los mismos fueran repartidos en los municipios donde se hacía necesario algún trabajo de mantenimiento. Ante esto, ENERCA obligaba a CENERCOL a presentar los reportes diarios de uso de materiales, así como de las personas que estuvieron encargadas de usar los mismos.
- s. ENERCA realizó la liquidación unilateral del contrato, junto con la interventoría, con lo cual lo único que CENERCOL hizo fue conocer el contenido de dicha liquidación. Tan intempestiva fue la terminación del contrato que CENERCOL sólo tuvo tiempo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

para parar “en seco” sus actividades y empezar la recogida de los materiales y elementos utilizados en la ejecución contractual.

- t. Los principales problemas en la ejecución contractual (en el entendido de ser los supuestos incumplimientos por parte de CENERCOL, lo que evidentemente no es cierto) se dieron en el aparte de las obras realizadas en el sistema de gas. En los últimos meses de ejecución del contrato, sin la disponibilidad presupuestal necesaria, ENERCA solicitó a CENERCOL que se continuara con la ejecución de los trabajos de mantenimiento de gas, a lo que la convocada procuró cumplir, con la aprobación de 2C INGENIEROS, quien igualmente sabía que tales actividades no contaban con disponibilidad presupuestal por parte de ENERCA.
- u. Igualmente, hubo desencuentros en el tema tributario, en la medida que ENERCA obligó a CENERCOL a realizar el pago de los impuestos sobre la totalidad del monto presupuestado para la ejecución del contrato, incluso sobre las vigencias futuras. Sin embargo, este impasse fue subsanado con la realización de un otrosí que estipuló el pago de impuestos de acuerdo a cada vigencia y no sobre la totalidad de lo presupuestado. Sin embargo, se trató de un inconveniente meramente jurídico.
- v. El gerente de ENERCA, al momento en que 2C INGENIEROS inició sus labores de interventoría, se mostró cordial con CENERCOL. Sin embargo, en la medida que 2C INGENIEROS realizó su “labor”, el comportamiento del gerente de ENERCA fue de total indiferencia y desidia con la ejecución contractual, sin tener siquiera interés en que se pagaran los servicios prestados por CENERCOL.
- w. Por las fallas de pago por parte de ENERCA, CENERCOL tuvo que acudir a EPS particulares con el fin de mantener la prestación de servicios de salud a sus trabajadores, así como a sus familias.
- x. ENERCA solicitó a CENERCOL, durante la ejecución contractual, que no volviera a suministrar los materiales. Debido a que el presupuesto suministrado a CENERCOL no incluía nuevos materiales, ENERCA decidió realizar la compra de los mismos por su cuenta.
- y. En diciembre de 2013 ENERCA solicitó a CENERCOL que suministrara algunos materiales en la medida que ellos no disponían de los mismos. Sin embargo, CENERCOL tuvo que negarse toda vez que la convocante no había realizado pago alguno de lo adeudado a la convocada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- z. El señor Villamizar **fue contactado por la sociedad OPSECOL S.A.S.** a fin de ser el director del proyecto del contrato que ésta suscribió con ENERCA **con el mismo objeto contractual del recién terminado con CENERCOL.** Debe anotarse desde este instante que OPSECOL se trata exclusivamente de una empresa constituida por la Junta Directiva de ENERCA, como consta en el Informe de Gestión correspondiente al año 2015.
5. Se encontró probado, igualmente, que la sociedad CENERCOL siempre entregó los diferentes descargos a los supuestos incumplimientos en la ejecución del contrato, los cuales, como se ha dejado claro a lo largo del proceso, no existieron en la realidad contractual, tratándose exclusivamente de una manifestación de la conducta desplegada por 2C INGENIEROS en su calidad de interventora del contrato, quien únicamente se empeñó en buscar el más ínfimo error para procurar impedir la facturación de CENERCOL, así como para solicitar descuentos en contra de la convocada por supuestas faltas que, se reitera, no eran cometidas.
6. Lo anterior fue probado, tanto con la exhibición documental solicitada a ENERCA, la cual fue objeto de solicitud de ampliación por parte de CENERCOL, decretada por el Tribunal en providencia del 15 de septiembre de 2017; como con la exhibición documental solicitada a 2C INGENIEROS, decretada por el Tribunal en la primera audiencia de trámite.
7. Por otro lado, se presentaron dos informes periciales, rendidos por el auxiliar de la justicia César Mauricio Ochoa Pérez, los cuales probaron lo siguiente:
- a. Respecto al cuestionario solicitado por ENERCA, se comprobó que la convocante actuó de manera negligente, lo que fue determinante para que el perito concluyera que no era posible probar y verificar la supuesta entrega de materiales por parte de la convocante, así como la supuesta no devolución de los elementos entregados a CENERCOL. Esto impide la prosperidad de las pretensiones 7, 8, 9, 14 y 15 de la demanda inicial, en la medida que CENERCOL siempre cumplió con sus obligaciones respecto a los materiales.

Especialmente importante es tener en cuenta que ENERCA, por su propia incuria, no poseía soporte alguno sobre los materiales a su cargo, queriendo sacar provecho de ello al acusar a ENERCA, de manera infundada, del extravío de materiales. Al respecto, vale la pena señalar el siguiente extracto del dictamen pericial:

“Los funcionarios de Enerca: Marja Belén Beltrán León – Asesora Jurídica, Leonid Estepa Roa – Líder de Contabilidad y Rudith Elvira Maldonado Rodríguez –

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Tesorerera, con quienes interactuó el Perito para la consecución de la documentación soporte del dictamen, informaron que no se contaba con ningún comprobante de carácter administrativo o contable, en los cuales constara la entrega por parte de Enerca, y/o el retiro de los elementos del sistema por parte de Cenercol o la devolución de los mismos; tampoco se halló un kardex o tarjetas de inventario de dichos elementos, puestos por Enerca a disposición de Cenercol”.

Ni siquiera le fue posible al auxiliar de la justicia, a través de la “conciliación” de los listados de materiales, señalar cuáles elementos no fueron supuestamente devueltos por la convocada (demandante en reconvención). En ese sentido, no fue posible encontrar ningún documento de soporte de los materiales.

Incluso, a manera de confesión, los encargados de tratar con el auxiliar de la justicia en ENERCA admitieron que no existía documento alguno en el cual se demostrara, con suficiencia, las supuestas conductas señaladas a CENERCOL, con lo que se reitera la conclusión ya descrita sobre las pretensiones de ENERCA concernientes a los materiales.

- b. En el mismo informe se absolvieron las preguntas hechas por CENERCOL respecto al componente pecuniario de la terminación del contrato, probándose lo siguiente:
 - i. El valor de los servicios prestados en la ejecución del contrato fue de veinticuatro mil trescientos veintisiete millones setecientos ochenta y tres mil doscientos pesos (\$24.327.783.200).
 - ii. De los mismos, se pagaron trece mil doscientos millones doscientos once mil ciento veintiséis pesos (\$13.200.211.126); quedando facturados y sin pagar dos mil trescientos treinta y ocho millones ciento sesenta y dos mil cincuenta pesos (\$2.338.162.050), los cuales hacen parte de la relación de pretensiones solicitadas por CENERCOL dentro de su demanda de reconvención. En este punto vale la pena señalar que las excepciones presentadas por ENERCA en contra del cobro de las facturas ya fueron desestimadas en el presente alegato.

Como es posible observar, el elemento facturado y no pagado se encuentra probado a cabalidad, lo que determina la prosperidad de las pretensiones de la convocada en su demanda de reconvención, así como en su reforma.
 - iii. Si bien es evidente que se encuentra probada la disponibilidad presupuestal para la realización del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

proyecto, lo cierto es que esta no se vio traducida en el pago total, por parte de ENERCA, de los servicios prestados por CENERCOL. Con ello, no existe justificación alguna para que la convocante no hubiese pagado servicios debidamente prestados, facturados y avalados por ella misma, lo que justifica las pretensiones de la demanda de reconvencción concernientes a las facturas no pagadas, así como lo dicho por el señor José Libardo Villamizar en el sentido de las obligaciones respecto al sistema de gas que tuvieron que realizarse con una supuesta falta de disponibilidad presupuestal.

- iv. Adicional a lo no pago por ENERCA en el apartado de facturas, también se probó la existencia de costos de administración, imprevistos y utilidades (AIU) dejados de percibir por CENERCOL, debido a la conducta de ENERCA, por un valor de mil ochocientos setenta y nueve millones doscientos noventa y un mil dieciocho pesos (\$1.279.291.018). De esta suma de dinero tampoco se encuentra justificación, por parte de ENERCA, para no proceder a su pago tras declarar la terminación **unilateral** del contrato.
 - v. A pesar que el perito afirma que no se encuentran probados perjuicios a favor de CENERCOL, es evidente que la conducta de ENERCA sí causó perjuicios económicos a la convocada, en el entendido que la conducta de la actora fue determinante para que CENERCOL entrase en proceso de reorganización y posterior liquidación (y en el cual todavía se encuentra en este momento), proceso en el cual se incluyeron la totalidad de las acreencias laborales relacionadas por el perito. Ante esto, no se comparte la postura del auxiliar de la justicia, quien no consideró tales deudas como perjuicios, en la medida que ENERCA, al sustraerse de sus obligaciones, impidió a CENERCOL honrar sus propias obligaciones. Misma suerte corren las deudas en las que la convocada incurrió por concepto de operaciones de crédito y leasing.
- c. Del mismo modo, y previa exhibición documental realizada por ENERCA, el perito presentó informe pericial sobre lo encontrado en dichas pruebas, dándose como probado lo siguiente:
- i. ENERCA, en sus Estados Financieros, no hace referencia a las sumas no pagadas ya probadas en el informe pericial anterior. De hecho, los montos referenciados por ENERCA como "provisiones diversas" ni siquiera encuentran coincidencia con las sumas efectivamente facturadas por CENERCOL y no pagadas por la actora.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- ii. ENERCA, a diferencia de lo que quiere hacer ver en este proceso, aceptó en sus informes de gestión que la decisión de terminar y liquidar el contrato con la convocada fue de manera unilateral. Resáltese como el apoderado de ENERCA siempre procuró, en el periodo de pruebas, hacer llevar a equívocos a los testigos que comparecieron en el proceso, a sabiendas que su representada no tenía la razón. Al respecto, el perito transcribió el siguiente aparte del informe de gestión del año 2014:

“(...) la Gerencia General tomó la decisión de terminar y liquidar anticipada y unilateralmente el contrato de operación y mantenimiento firmado con la empresa CENERCOL S.A.”

Ahora bien, esta decisión no tuvo otro fundamento sino permitir la entrada de la sociedad OPSECOL S.A.S. como contratista para ejecutar el mismo objeto contractual. La citada persona jurídica, en realidad, sólo se trata de una maniobra de ENERCA para despojar a la convocada de sus obligaciones contractuales sin ninguna causa justificada. En efecto, de lo descrito por los organismos de control, y por los mismos informes de gestión de la convocante, es evidente que OPSECOL se trata de una sociedad creada por ENERCA, con participación mayoritaria privada, cuyo único fin es participar en la utilidad del negocio. Lo anterior echa por tierra los argumentos pregonados por ENERCA sobre supuestos incumplimientos por parte de CENERCOL.

Del mismo modo, el Gerente de ENERCA igualmente admite, en el informe de gestión del año 2015, que las normas sobre las que se gobernaba el contrato suscrito con CENERCOL eran claras en vetar la posibilidad de terminar de manera unilateral el vínculo jurídico. En efecto, al ser este regido por las normas de derecho privado, es imposible aplicar las cláusulas exorbitantes que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Este punto ya fue considerado en los presentes alegatos al desvirtuar la excepción de “inexistencia de responsabilidad de ENERCA”, por lo que se concluye que se halla plenamente probada la responsabilidad de la convocante.

- iii. Si bien ENERCA afirmó durante la Litis que se hicieron todos los trámites necesarios para la terminación bilateral del contrato, en realidad nunca se comprobó que fuera así. De hecho, no queda duda de la terminación unilateral del contrato por parte de la convocante, lo que también ha sido evidenciado por los organismos de control.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Adicionalmente, y de acuerdo a las actas de Junta Directiva e informes de gestión, se halla plenamente probado que el objetivo de ENERCA fue dar la ejecución del contrato a una sociedad creada por ella misma, afirmando supuestos incumplimientos por parte de CENERCOL. Dicha sociedad (que no es otra sino OPSECOL), como ya se dijo, tiene a ENERCA dentro de su participación accionaria (más exactamente con el 49%, siendo el porcentaje restante de propiedad de sociedades con las que ENERCA previamente había contratado otros rubros contractuales).

OPSECOL fue matriculada en el Registro Mercantil unos días antes de la terminación unilateral del contrato celebrado con CENERCOL, como confiesa ENERCA a través del Informe de Gestión del año 2015, aportado en el plenario de pruebas, con lo que se encuentra probado que el incumplimiento en que incurrió la convocante respecto a la terminación del contrato fue a título de dolo, a sabiendas que desde la Gerencia General se hicieron los actos necesarios para la creación de una sociedad que ejecutase el contrato y en donde la convocante tuviese participación; incluso, y a efectos de poder lucrarse con mayor celeridad, usaron ilegalmente una cláusula exorbitante que no estaba dentro de sus potestades, lo que consecuentemente causó diferentes perjuicios a CENERCOL, los cuales fueron determinantes para llevar a la convocada a su estado actual.

iv. Adicionalmente, se encuentra probado, en la revisión hecha a las facturas entregadas por CENERCOL a ENERCA, así como de sus comprobantes de egreso y pago efectivo, que hay tres facturas (adicionales a las que se persiguen en las pretensiones de la demanda de reconvencción) cuyo pago nunca fue acreditado por la convocante, así:

- Factura 4109, expedida por CENERCOL el 21 de marzo de 2013.
- Factura 4114, expedida por CENERCOL el 2 de abril de 2013.
- Factura 4160, expedida por CENERCOL el 6 de mayo de 2013.

En la medida que la opinión del perito es experta en temas contables, y que la misma tuvo en cuenta los documentos que fueron suministrados por ENERCA, se constituyen los siguientes como saldos cuyo pago no fue acreditado:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- Seiscientos veintiún millones seiscientos cuarenta y dos mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$621.642.669), correspondientes a la Factura 4109.
- Trescientos cincuenta y cinco millones doscientos cuarenta y ocho mil setecientos noventa y siete pesos (\$355.248.797), correspondientes a la Factura 4114.
- Novecientos sesenta y tres millones ochenta mil setecientos veintidós pesos (\$963.080.722), correspondientes a la Factura 4160.

Por tal motivo, las sumas mencionadas deben tenerse en cuenta al momento de comprobarse la responsabilidad de la actora respecto al incumplimiento de sus obligaciones.

PRONUNCIAMIENTO FINAL SOBRE LAS PRETENSIONES

Tras hacer un repaso de los hechos que se encontraron probados en el trámite arbitral, y teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas allegadas al proceso (incluso aquellas que puedan considerarse como sobreviniente, como ocurre con el acta declaratoria de liquidación societaria de CENERCOL), estos alegatos se centrarán en estudiar la viabilidad de las peticiones elevadas por ambas partes, en la medida que las mismas presentaron sendas demandas con sus respectivas pretensiones. En el caso de los pedimentos deprecados por la actora, los mismos serán analizados en bloque siempre que versen sobre los mismos hechos o consecuencias jurídicas.

Sobre las pretensiones presentadas por ENERCA en su demanda inicial

Pretensión primera

La actora señala como pretensión primera de su demanda "*que se integre e instale el respectivo Tribunal de Arbitramento*"

En sí esta pretensión ni siquiera puede ser considerada como tal, en la medida que con la simple existencia de un pacto arbitral donde se especifique las condiciones de operación del eventual tribunal para dirimir controversias, el mismo **opera por el mero ministerio legal y sin necesidad de declaración alguna**, haciéndose en este caso innecesaria la petición elevada por ENERCA.

Incluso, al momento de haberse admitido la demanda inicial el Tribunal se integró e instaló en la forma prevista en la ley y el pacto arbitral. Pronunciarse de fondo sobre esta pretensión no sería más que hacer declaraciones sobre asuntos accesorios cuya existencia ya quedó comprobada en la Litis.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Pretensión segunda

ENERCA solicita que “una vez posesionado el Tribunal de Arbitramento éste declare que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre ENERCA y CENERCOL, con el objeto de contratar la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el sistema de distribución local (SDL) y otras actividades desarrolladas por ENERCA, se terminó por manifestación de las partes, mutuo acuerdo, el día 28 de marzo del año 2014”.

De esta pretensión hay que señalar que **la misma debe ser denegada**. Frente a la incontestable cantidad de pruebas que hay respecto al verdadero actuar de ENERCA, no es posible declarar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, en la medida que CENERCOL nunca estuvo de acuerdo con finalizar el contrato, sino que siempre buscó alternativas de solución a los problemas (especialmente al incumplimiento por parte de ENERCA en sus obligaciones).

Ahora bien, lejos de lo que pretende la demandante (demandada en reconvencción), hay plena prueba de la verdadera forma de terminación del contrato: fue de manera intempestiva y unilateral por parte de ENERCA, quien actuó a sabiendas que la ley le impide, por su constitución, hacer uso de la terminación unilateral del contrato por regla general, como pasa a exponerse:

- En el informe de gestión del año 2014 ya se había hecho referencia a la terminación del contrato por parte de ENERCA, encontrándose probado por parte del perito que la convocante terminó y liquidó el contrato **de manera unilateral**. De igual forma, en el informe de gestión correspondiente a 2015, la convocante analizó los escenarios legales que justificasen (o no) su decisión de terminar de manera unilateral el contrato.
- En efecto, el mencionado informe de gestión es concluyente al afirmar que ENERCA terminó de manera unilateral el contrato, como ya se transcribió en estos alegatos (específicamente al referirse a la excepción de inexistencia de responsabilidad de ENERCA), examinándose igualmente la viabilidad legal del tipo de terminación del contrato, concluyéndose que la convocante no tiene potestad legal para acabar el vínculo negocial en la forma realizada.
- Al revisarse la existencia de normas que gobiernan la actividad de ENERCA, se evidenció que las mismas corresponden al derecho privado (tal y como lo establecen las Leyes 142 y 143 de 1994), por lo que no es posible predicar la existencia de la facultad legal de imponer cláusulas existentes en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así, cualquier medida contraria a lo dictado por ley se constituye en un abuso del derecho.
- Para el caso de los contratos de servicios públicos, es necesario aclarar que, por excepción, es posible la utilización de cláusulas exorbitantes, siempre que el ente regulador así lo imponga, de acuerdo a la forma

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

señalada en la ley. Sin embargo, **ENERCA nunca probó haber consultado a la Comisión de Regulación de Energía y Gas con el objetivo de solicitar la inclusión de cláusulas exorbitantes**, con lo que es imposible concluir que ENERCA actuó bajo la legalidad a que está obligada.

- De hecho, la mera terminación unilateral del contrato se trata de un acto plenamente ilegal, que no sólo desconoce la normatividad vigente en materia de contratos de servicios públicos, sino que también desconoce lo pactado en el negocio jurídico. De la revisión de la cláusula séptima del contrato no es posible observar que ENERCA pueda ejercer una terminación unilateral como lo hizo en este caso, a pesar que en realidad fue lo que ocurrió.
- Inclusive, y previniéndose de lo que ocurriera en el proceso judicial, ENERCA buscó por diferentes medios reunirse con CENERCOL a fin de dar a la terminación la calificación “de mutuo acuerdo”, como se observa en el plenario de pruebas respecto de las reuniones sostenidas a finales de 2013. Sin embargo, estas reuniones no llegaron a buen término, básicamente por la falta de voluntad, por parte de ENERCA, para llegar a un acuerdo sobre la terminación del contrato.

Al no haberse logrado acuerdo alguno para la terminación por mutuo acuerdo del contrato, ENERCA decidió terminar el contrato unilateralmente, lo que fue admitido reiteradamente por la gerencia de la convocante en los informes de gestión presentados por ésta, los cuales hacen plena prueba, tanto en la exhibición documental, como en el informe pericial presentado por el auxiliar de la justicia. Igualmente constituye plena prueba el hecho de que la convocante haya decidido presentar un acta de liquidación unilateral del contrato, a pesar que CENERCOL, ya conociendo de la terminación unilateral del negocio jurídico, buscó que la conciliación final de las sumas de dinero correspondientes al contrato fuese pactada.

En tal sentido, y teniendo en cuenta la conducta desplegada por ENERCA durante la finalización del contrato, es imposible afirmar que la terminación del contrato fuese hecha de mutuo acuerdo, por lo que la pretensión solicitada no puede prosperar.

Pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta

La convocante solicita, en las mencionadas pretensiones, lo siguiente:

- Tercera: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social integral correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*
- Cuarta: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, la sociedad CENERCOL*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes parafiscales correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.

- Quinta: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las obligaciones laborales a su cargo, como: salarios, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), vacaciones, para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*
- Sexta: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las liquidaciones definitivas de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, a la terminación de los contratos de trabajo para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*

De acuerdo a lo demostrado por los hechos y pruebas del proceso, **ninguna de las pretensiones tiene fundamento para prosperar**. CENERCOL siempre honró las obligaciones de los empleados a su cargo, y en los momentos en que pudo existir cualquier tipo de demora en el pago, la misma únicamente tuvo causa en los incumplimientos incurridos por ENERCA en el pago de los servicios prestados.

La ralentización del proceso de facturación por parte de ENERCA causó diferentes problemas a la convocada (demandante en reconvención), en el sentido que, a mayor tiempo para hacer el desembolso efectivo de los pagos referidos en las facturas, más dificultades había para CENERCOL en el sentido de cumplir con sus obligaciones. También se demostró que las demoras para la entrega de recursos eran infundadas, toda vez que 2C INGENIEROS siempre buscaba cualquier excusa para dilatar el procedimiento, sin encontrarse realmente razones de peso que justificaran la no entrega de las sumas de dinero por concepto de los servicios prestados. ENERCA, a partir de la entrada de la firma interventora 2C INGENIEROS, se mostró reacia a realizar un proceso expedito de desembolso de recurso, pasando lapsos de hasta tres (3) meses en los que no se realizaba pago alguno a CENERCOL. Este hecho causó que la convocada no tuviese flujo de caja suficiente para honrar la totalidad de obligaciones a su cargo. Sin embargo, y teniendo en cuenta que debía procurarse el mayor bienestar para los trabajadores y sus familias, así como la imperatividad de las normas que obligan a pagar la totalidad de las obligaciones laborales, CENERCOL siempre procuró mantener el pago de dichas obligaciones, a pesar de la conducta injustificada de la convocante.

Como prueba del cumplimiento de la convocada, hasta el momento no se ha comprobado la existencia de reclamación alguna en contra de CENERCOL a

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

través del ente designado para la fiscalización de los aportes parafiscales, como lo es la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), sin que hubiese sido aportada ninguna prueba de ello por parte de ENERCA. Es bien sabido que la UGPP, en el momento que un aportante deja de cumplir con sus obligaciones, lo primero que hace es presentar un requerimiento a dicha sociedad para que realice los respectivos aportes.

Adicionalmente, de los testimonios dados por Jairo de Jesús Jaramillo – en su calidad de representante legal de CENERCOL – y José Libardo Villamizar – en su calidad de director del proyecto de ejecución del contrato – es posible observar que nunca se dejó de garantizar el acceso a los derechos a la seguridad social de los trabajadores y sus familias, quienes a pesar de la conducta de ENERCA nunca estuvieron desprotegidos.

Por otro lado, cabe anotar que, a sabiendas de su incumplimiento, ENERCA tampoco hizo lo necesario para cumplir con la solidaridad legal en los aportes parafiscales a la cual estaba atada, como se señaló en su momento en la demanda de reconvención, tras ser completamente ignorado por la convocante dentro de su demanda. Así, la convocante incumplió sus obligaciones al no hacer valer la solidaridad laboral consagrada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual es de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento por parte del beneficiario de la obra (en este caso, la convocante). Sin embargo, de la conducta desplegada por ENERCA es posible ver cómo esta solidaridad, bajo ningún motivo, sería observada: si la convocante no cumplió con el pago de los servicios prestados, mucho menos haría directamente el pago a los trabajadores.

Como es posible observar, la falta de pago por parte de ENERCA fue determinante para que CENERCOL no pudiese hacer frente a todas las obligaciones a su cargo, lo que conllevó a la búsqueda de un procedimiento de reorganización societaria para poder trazar un plan de cumplimiento de todo lo debido. Esto incluyó, por supuesto, la totalidad de las obligaciones laborales provenientes del contrato suscrito con ENERCA; las cuales fueron indudablemente agregadas al proyecto de calificación y graduación de créditos que fue elemento fundamental para el proceso de reorganización.

Aquí cabe anotar que la naturaleza del proceso de reorganización empresarial es permitir que los acreedores reciban el pago efectivo de las obligaciones contraídas con la sociedad insolvente, a fin de salvaguardar sus derechos. En el presente caso CENERCOL vio que el incumplimiento de pagos por parte de ENERCA podía ser totalmente contraproducente para los derechos de los trabajadores de la sociedad, en la medida que el flujo de caja sería menor de continuar la conducta de la aquí convocante. Siendo así, se halló justificada la inclusión de los trabajadores dentro de la calificación de créditos, teniendo en cuenta que sus obligaciones son de pago prioritario.

Por otro lado, también se justifica la entrada de los créditos de los trabajadores de CENERCOL en el acuerdo de reorganización para evitar, precisamente, la situación en la que hoy nos encontramos: una Litis fundamentada en el comportamiento de ENERCA, quien desea utilizar su propia mala fe en su beneficio, acusando a CENERCOL de incumplimiento en sus obligaciones cuando es claro que **cualquier retraso en el pago de**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

las obligaciones laborales fue causado por la falta de pago, por parte de ENERCA, de los servicios prestados por CENERCOL.

Así, la convocante no tuvo el menor interés por subsanar sus errores, sino que siempre quiso perjudicar a CENERCOL, con el único fin de poder terminar el contrato escudándose en una causa supuestamente justa, sin que la realidad fáctica pueda ser consonante con lo que persigue ENERCA. Así, se concluye nuevamente que las pretensiones atacadas no pueden abrirse paso en este proceso.

Pretensiones séptima, octava y novena (declarativas); decimocuarta y decimoquinta (condenatorias); única subsidiaria

ENERCA pide las siguientes declaraciones y condenas:

- Séptima: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la entrega material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*
- Octava: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA”.*
- Novena: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió la obligación número 48 de la cláusula segunda del contrato objeto de la presente demanda, relacionada con la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la interventoría delegada para el contrato por ENERCA, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas”.*
- Decimocuarta: *“Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión séptima de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución del stock de materiales existente a la fecha de terminación de contrato”.*
- Decimoquinta: *“Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión octava de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

tareas contratadas por ENERCA, en virtud a que no hizo el descuento respectivo a pesar del incumplimiento de CENERCOL.

- Única subsidiaria: *“En el caso de que CENERCOL no pueda a (sic) hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, por no estar en su poder se solicita, en estas circunstancias (sic) se condene a CENERCOL a la reposición del material, o al pago de éste o a través del descuento de cualquier suma de dinero que ENERCA adeude al contratista, con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los precios definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado, en los términos de los numeral 45 y 48 de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*

Como se observa, todas las pretensiones relacionadas en este punto se refieren a la supuesta existencia de materiales no restituidos a la convocante al momento de terminar el contrato, las cuales se sustentan en vagas afirmaciones realizadas por ENERCA, y sobre las cuales, en su momento, se refirió el perito en su informe.

Al respecto, y a efectos de aclarar desde este punto la postura de CENERCOL, se afirma que **no existe prueba que confirme lo dicho por ENERCA, al no existir un real incumplimiento por parte de la convocada**, lo que conlleva a solicitar la denegación de las pretensiones ya descritas. Del informe pericial (como se vio en el acápite relacionado a las pruebas) es posible observar que la convocante ni siquiera cumple con la carga probatoria de demostrar que existen materiales faltantes de restitución.

Dentro de las pruebas solicitadas, ENERCA pidió la intervención de un perito contable, cuya encomienda sería verificar todos los hechos relacionados con la supuesta no devolución de materiales, el valor de dichos materiales y la existencia o no de una restitución efectiva de materiales. Para ello, la convocante prestaría sus inventarios, balances, y el kardex que registra la mercancía.

Sin embargo, ENERCA admitió no tener un comprobante donde *“constara la entrega por parte de Enerca, y/o el retiro de los elementos del sistema por parte de Cenercol o la devolución de los mismos”*, sin tener tampoco un kardex o cualquier otro tipo de inventario que demostrase la entrega de los materiales. Incluso, los funcionarios de ENERCA que atendieron la diligencia admitieron que no existe información suficiente para identificar la restitución o no de materiales, con lo que ni siquiera es posible confrontar tal información con los elementos efectivamente instalados por CENERCOL.

Adicionalmente, el perito pone en consideración del Tribunal un informe realizado por ENERCA sobre los materiales entregados por ésta a diferentes entidades, entre éstas CENERCOL. Sin embargo, no existe método o prueba alguna que permita confrontar tal informe, por lo que no existe certeza plena de lo allí expresado. Así, se concluye en el mismo sentido que lo hizo el auxiliar de la justicia en su informe pericial, esto es, advirtiendo que no es posible la verificación de los hechos afirmados por ENERCA.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Esto es clara demostración de la violación que hace la convocante de su obligación de probar los hechos base de su demanda, lo que de larga data se conoce como "carga de la prueba". Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente:

*"Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio "onus probandi", el cual indica que por regla general **corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.***

*De acuerdo con la doctrina, **esta carga procesal se refiere a "la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado,** de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero". En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:*

*"En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que **presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción.** Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.*

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

*Desde luego, **al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan;** por ende, **la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”[83].

Esta institución pretende que **quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte**. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”.

En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del “onus probandi” fue consagrado en el centenario Código Civil. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas.”⁵ **(Énfasis añadido)**

No sólo el tribunal constitucional se ha pronunciado de fondo sobre el tema, sino que también la Corte Suprema de Justicia ha señalado, enfáticamente, cuál es el papel de los intervinientes en el proceso respecto a la prueba de los hechos que quieren hacer valer en el proceso:

“Dicho de otro modo, **el afán por defender una determinada posición exige y fomenta la participación de los litigantes en la etapa probatoria** y cada una de esas intervenciones contribuye, en buena medida, a la actividad del juez, que entre la cooperación de los concernidos y los límites de la competencia, debe asumir una participación decisiva en el hallazgo de la verdad, desideratum del proceso tan esquivo, como necesario.

Entonces, **el juez aborda una realidad extinta para superar el desconocimiento de los hechos con el que despunta todo litigio, y sobre el saber que le brindan las pruebas -analizadas todas bajo el tamiz de la sana crítica-, verifica los enunciados normativos que ilustran el caso y en la sentencia**, que es la pieza principal de la actuación, adopta las decisiones que el ordenamiento jurídico consagra, todo con miras a lograr la efectividad del derecho sustancial, cual ordenan perentoriamente diversos cánones constitucionales, y con el propósito último de disipar la incertidumbre que se cierne sobre los derechos en litigio.”⁶ **(Énfasis añadido)**

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-086 del 24 de febrero de 2016 [exp. D-10902] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010 [exp. 1998-00467-01] M.P. Edgardo Villamil Portilla.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Hasta este punto es posible advertir que la conducta de ENERCA, lejos de considerarse como una tarea diligente y efectiva en el sentido de probar los hechos correspondientes a los materiales, demuestra que no es posible endilgar algún incumplimiento a CENERCOL, teniendo en cuenta que siempre se entregaron los materiales que sobraron de la ejecución contractual y que, asimismo, no era posible retener alguna clase de material sin que esto fuese incluido en las actas de entrega, junto con las correspondientes dificultades que habría con el pago de los servicios prestados.

Tampoco se encontró evidencia, dentro de las pruebas documentales decretadas en el proceso, que CENERCOL no hubiese entregado los materiales sobrantes de la ejecución del contrato, así como los que, por algún u otro motivo, no pudieron ser instalados. Es así porque CENERCOL nunca se quedó (ni podría haberse quedado, como lo quiere hacer ver tercamente la convocante) con ningún material sobrante, toda vez que la intempestiva decisión, por parte de ENERCA, de terminar el contrato (dicho sea de paso, de manera unilateral, como consta en todo lo probado en el proceso) solamente dio posibilidad de informar a los trabajadores y suspender la prestación de servicio justo antes de la entrada de la nueva sociedad contratista.

Para entender lo anterior, es menester aclarar que ENERCA tomó la decisión de terminar unilateralmente el contrato exclusivamente para que la sociedad OPSECOL, de la cual la convocante era accionista, pudiese entrar a ejecutar el contrato de forma inmediata (incluyendo, claramente, los materiales). En este caso, es muy posible que los materiales que, de acuerdo a la convocante, están en poder de CENERCOL, en realidad hayan sido usados por OPSECOL, o incluso no hayan sido restituidos por dicha sociedad.

Por lo demás, es claro que CENERCOL no posee ningún tipo de material que haya podido ser utilizado en la ejecución del contrato, con lo que las pretensiones relacionadas no tienen fundamento y deben ser rechazadas.

Pretensiones décima, undécima y duodécima:

La convocante invoca lo siguiente como parte de su demanda:

- Décima: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros insumos contratados”.*
- Undécima: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo”.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- Duodécima: *“Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas la presentación de informes de gestión”.*

Sobre estas pretensiones, enfocadas a la realización del contrato, el cumplimiento de requisitos para el buen servicio y la entrega de reportes, debe decirse que siempre se dieron todas las explicaciones y se entregaron todos los documentos del caso, explicaciones y documentos que fueron omitidas deliberadamente dentro de la exhibición documental realizada por ENERCA. En efecto, de la misma se señalaba que debía entregar toda la correspondencia cruzada con la firma que, parcialmente, realizó la interventoría del contrato; sin embargo, se dejaron de lado los anexos donde constaba la inclusión, por parte de CENERCOL, de todas las inquietudes que hubieron en la ejecución del contrato (y las cuales ni siquiera versaban sobre el personal mínimo, sino que gravitaban en asuntos como el arreglo de transformadores y la atención de peticiones, quejas y recursos referentes a la prestación del servicio de energía eléctrica *per se*).

En todo caso, CENERCOL siempre se caracterizó por dar respuesta a todas las inquietudes que se causaron en la totalidad del contrato, sin embargo nunca recibió notificación de sanciones o multas sobre los puntos referentes a las pretensiones ya descritas. En el primer caso (cumplimiento del personal mínimo requerido) siempre se tuvo la mano de obra necesaria para cumplir con los servicios contratados, como bien lo señaló en testimonio el señor Libardo Villamizar, testimonio cuya veracidad nunca fue puesta en entredicho, a pesar que en ocasiones no podía ser posible, únicamente por la inexistencia un flujo de caja sostenible por parte de ENERCA, lo que dificultaba a CENERCOL el cumplimiento de sus obligaciones.

Respecto del segundo punto traído a colación (la mejora de los indicadores de gestión), se deben ver a profundidad las circunstancias fácticas que rodearon la ejecución del contrato. En primer lugar, como ya se ha reiterado y probado en diferentes obligaciones, ENERCA decidió no cumplir con los procesos de facturación en plazos expeditos y razonables, lo que obligó a CENERCOL a buscar alternativas para continuar con la ejecución del contrato enfrentándose a un flujo de caja bastante pobre, únicamente por la actuación de la convocada.

En ese sentido, CENERCOL apenas podía mantener la ejecución de los servicios más básicos, los cuales fueron prestados sin casi interrupción; sin embargo, dadas las condiciones del negocio, no pudo lograr mejora alguna en los indicadores de gestión al no poseer los medios económicos necesarios para mejorar la ejecución de servicios. Esto se debe a la mera conducta de ENERCA, la cual ha sido señalada durante todo este proceso, y se ha vuelto hecho notorio en la opinión pública del departamento de Casanare.

La conducta de ENERCA consistió en tercerizar inicialmente los servicios de mantenimiento del sistema de transmisión y distribución, para lo cual efectivamente contrató con CENERCOL tal desarrollo; sin embargo, y al ver cómo los ingresos de dicha tercerización no quedaban en manos de la convocante, se buscó la manera de quitarle el contrato a CENERCOL a partir de supuestos incumplimientos que fueran suficientemente “graves” para

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

justificar la pérdida del vínculo jurídico. Así, ENERCA buscaría la manera de buscar un contratista del cual fuera posible intervenir algún margen de ganancia.

Con ello, desde la entrada de la interventoría del contrato a través de 2C INGENIEROS, se buscó la manera de afirmar supuestos errores e incumplimientos para lograr la terminación unilateral del contrato; en tanto que, de manera paralela, ENERCA buscaba la manera de constituir una sociedad en la que ésta tuviese la posibilidad de participar en el accionariado, para así poder conseguir parte de las utilidades que deja el mantenimiento de su sistema de transmisión. Finalmente, la Junta Directiva, en decisión del 21 de febrero de 2014, **un mes antes de la comunicación de la terminación unilateral del contrato**, decidió seguir adelante con la constitución de OPSECOL, siendo matriculada en el registro mercantil en el mes de marzo siguiente.

Aquí es donde finalmente vienen los supuestos incumplimientos de CENERCOL, como los que hacen parte de estas pretensiones, los cuales, a pesar de no estar probados en absoluto, y de no haberse sancionado a la convocada con multas al respecto, fueron parte de las “causas” que dio ENERCA para finalizar de manera unilateral el contrato, aun cuando la terminación se dio de mala fe, como es posible observar.

Por último, del presunto incumplimiento en la entrega de informes de gestión no es posible observar, en todo el plenario de pruebas (tanto el inicialmente presentado, como en el recabado durante la Litis) no es posible observar probanza alguna que demuestre que CENERCOL no cumplió con dicha obligación. Al contrario, CENERCOL siempre presentó los informes que daban cuenta del estado de la prestación de servicios, toda vez que, de no ser así, se tornaba imposible el pago por los servicios suministrados. Recuérdese, entonces, lo señalado por la cláusula cuarta del contrato (de acuerdo a la versión modificada por el Otrosí No. 1):

*“ENERCA S.A. pagará los trabajos realizados en Actas parciales **previa presentación de informe de actividades**, cuenta de cobro y/o factura (...)” **(Énfasis añadido)***

Comoquiera que CENERCOL recibió parte de los pagos (a pesar que los mismos fueron demorados injustificadamente en muchas ocasiones, e incluso en el tramo final del vínculo jurídico ni siquiera se hicieron, como ya se ha demostrado), es valedero inferir la inexistencia de incumplimiento respecto a los informes de gestión y actividades, ya que de lo contrario ENERCA estaría buscando provecho a partir de su propia culpa, con las consecuencias jurídicas que esto conlleva. En este sentido, ninguna de las tres pretensiones aquí ilustradas tiene discernimiento suficiente para salir adelante.

Pretensión decimotercera

Inquiere ENERCA al Tribunal para que declare lo siguiente: “(...) como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en las pretensiones tercera,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

cuarta, quinta y sexta de la presente demanda, se condene a la sociedad CENERCOL a mantener indemne a ENERCA de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir con ocasión de las reclamaciones, demandas laborales o de la sentencia de las mismas, laborales relacionadas en la presente demanda o las reclamaciones, demandas o sentencias de demandas laborales que en el futuro se llegaren a presentar por el personal contratado por CENERCOL para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.

Como se ha explicado reiteradamente a lo largo del proceso, tanto en la contestación de la demanda, la presentación de la demanda de reconvención y su reforma, así como en la presentación de estos alegatos, no es posible declarar la indemnidad de la convocante respecto a cualquier reclamación laboral sólo porque así lo diga el contrato. Dentro de la Litis, como se observará más adelante, se incluyó una pretensión para declarar la nulidad de dicha indemnidad, al ser plenamente contraria a la regla de solidaridad laboral que el Código Sustantivo del Trabajo acoge respecto a las reclamaciones realizadas en virtud de relaciones laborales.

Dentro de los argumentos que justifican la falta de prosperidad de la pretensión implorada por ENERCA está, naturalmente, la fundamentación de la solidaridad vista a partir de las reglas del derecho privado, al ser éstas las que realmente gobiernan el contrato. En un vistazo al Código Civil, se puede observar lo siguiente:

“Artículo 1568. Definición de obligaciones solidarias. *En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.” (Énfasis añadido)

En este sentido, y a través de una interpretación armónica, es posible inferir que uno de los casos donde, por ministerio de la ley, la solidaridad está exigida en la ejecución del contrato, es el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que se transcribe a continuación:

“Artículo 34. Contratistas independientes.

1. *Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.” **(Énfasis añadido)**

Al respecto existen pronunciamientos de los tribunales de cierre, esencialmente en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha dicho lo siguiente:

“Tiene adoctrinado la Sala que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico y que éste debe desarrollar.

Igualmente, ha enseñado que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra, sino también la actividad específica desarrollada por el trabajador.”⁷

Igualmente se han fijado los límites de la interpretación judicial que deba tener el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de marzo de 2013 [exp. 40541] M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.⁸

Evidentemente, las obras realizadas por los trabajadores de la convocada no son extrañas al giro ordinario de los negocios llevados a cabo por ENERCA. De hecho, es notorio que en realidad el contrato suscrito con CENERCOL se trató de la tercerización de servicios que, por su naturaleza, eran de plena responsabilidad de ENERCA (de hecho, esta es una de las razones que se da para buscar la forma de terminar el contrato con la aquí convocada y así entregarlo a una sociedad en donde ENERCA tuviese participación en las utilidades), siendo labores no extrañas al cumplimiento de su objeto.

Así pues, se encuentra plenamente probada la solidaridad laboral en este caso, sin que ésta sea posible de atajar, como lo desea ENERCA, a través de una cláusula de indemnidad como la pactada en el contrato, mucho menos cuando las normas recogidas en el Código Sustantivo del Trabajo se tratan de mínimos que no son negociables o sustituibles, como bien lo recoge el artículo 13 de la citada disposición:

“Artículo 13. Mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.” (Énfasis añadido)

En consecuencia, la pretensión decimotercera aquí señalada no puede prosperar.

Pretensión decimosexta

La convocante centra su súplica en que: *“como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en los hechos de la presente demanda se condene a CENERCOL a devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA a CENERCOL, que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas e incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, “Tabla de Faltas y Descuentos”, en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.”*

Debe decirse que, en este caso, la pretensión no puede prosperar por dos motivos: el primero es la inexistencia de un debido proceso en la imposición de multas, las cuales sólo eran decisiones tomadas con influencia total de la interventoría, que no tenían un verdadero respaldo, y que en realidad se debieron a la conducta despreciable de ENERCA en la ejecución del contrato. Como lo confiesa la convocante en la subsanación realizada a los hechos de la demanda, las multas y sanciones, lejos de advertirse justo después de la realización de la presunta conducta, únicamente fueron

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de junio de 2009 [exp. 33082] M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Reiterada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de agosto de 2011 [exp. 40135] M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

tenidas en consideración al realizarse las fallidas negociaciones para la terminación bilateral del contrato.

Durante la revisión de los documentos en poder de ENERCA a fin de solicitar eventuales documentos pasados de largo por la convocante, se evidenciaron diferentes opiniones jurídicas sobre lo realizado por la convocante y las eventuales consecuencias jurídicas que ello traería a la demandante. En efecto, el concepto (ya mencionado en estos alegatos) entregado por el doctor Carlos Figueredo, el cual se reitera fue deliberadamente ocultado por ENERCA de los documentos del contrato allegados a este tribunal, demuestra evidentemente que ENERCA nunca tuvo una previsión legal sobre el proceso para la imposición de multas, ni tampoco para que el contratista castigado presentase sus descargos.

La conducta de la convocante, en ese sentido, desconoce el principio de legalidad al que deben estar ajustadas sus actuaciones, así como el debido proceso que se debe seguir en cualquier actuación, sea del órgano que sea. No es admisible que el único aparte donde se reconozca que se habló directamente con CENERCOL de las multas supuestamente aplicadas sea en momentos donde se hablaba ya de una eventual finalización del contrato (únicamente para entregarlo a una sociedad donde ENERCA tenía participación), sin siquiera haber informado de la imputación de las mismas en el momento en que ocurrieron los hechos supuestamente generadores de las sanciones, a fin que CENERCOL ejerciese la defensa de sus intereses y presentase explicaciones sobre los presuntos incumplimientos.

Así, no es posible admitir una pretensión que expresa únicamente el irrespeto manifestado por ENERCA en la ejecución del contrato, así como su total desconocimiento de la normatividad, e incluso de derechos fundamentales como el debido proceso.

Pretensión decimoséptima

ENERCA reclama al Tribunal *“que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a CENERCOL, por todos los costos y gastos en que ha incurrido ENERCA en el cumplimiento de la cláusula compromisoria y la demanda arbitral”*.

Poco más se debe decir de esta pretensión, más allá de solicitar su falta de prosperidad, en la medida que la misma ni siquiera ha de ser solicitada, sino que se debe seguir, **única y exclusivamente**, el procedimiento previsto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, norma general que regula, de forma minuciosa, la naturaleza de las actuaciones concernientes a la condena en costas.

Así, es únicamente tarea del Tribunal verificar los requisitos para la condena en costas, con el fin de decidir lo que en derecho corresponda.

Sobre las pretensiones presentadas por CENERCOL en la reforma de la demanda de reconvención

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

En este caso, se tendrán en cuenta las reivindicaciones solicitadas por la convocada en la reforma de su contrademanda, al ser esta la versión definitivamente admitida por el Tribunal, así como la que fundamenta la fijación del litigio realizada en la audiencia de trámite.

Pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta:

CENERCOL solicita la declaratoria de lo siguiente:

- Primera: La *“existencia del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P., y CONSORCIO ENERGIA DE COLOMBIA S.A. – EN REORGANIZACIÓN., con sus respectivos Otrosíes y modificatorios, celebrado el día 6 de julio de 2012.”*
- Segunda: Que *“el contrato fue objeto de las siguientes modificaciones:*
 - *Otrosí Modificadorio No. 1, del 6 de julio del 2012.*
 - *Modificadorio No. 2, del 5 de octubre del 2012.*
 - *Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3, del 18 de octubre del 2012.*
 - *Adicional en valor No. 2, del 11 de marzo del 2013.*
 - *Otrosí aclaratorio No. 1, del 22 de abril del 2013.”*
- Tercera: Que *“en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P tuvo la calidad de contratante”.*
- Cuarta: Que *“en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, el CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P, hoy CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P – EN RESTRUCTURACIÓN tuvo la calidad de contratista”.*
- Quinta: Que *“el plazo fijado para la ejecución del contrato fue pactado por el término de 31 meses contados desde la fecha de suscripción del acta de inicio el 18 de julio de 2012”.*
- Sexta: Que *“el objeto del contrato conforme a la cláusula primera del mismo, de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, lo fue **“OBJETO. LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL(STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A E.S.P.”***

En la medida que ENERCA no se opuso a ninguna de las anteriores pretensiones, se tienen como ciertas y su prosperidad debe ser completamente admitida por el Tribunal, al no existir razón alguna de discusión sobre las mismas. De estas, técnicamente, dependen las demás pretensiones allegadas a este proceso (tanto aquellas que fueron impetradas por ENERCA como las que presentó CENERCOL en su momento).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Pretensiones séptima y octava:

La convocada afirma las siguientes como pretensiones:

- Séptima: Que *“se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al haber dado la terminación unilateral del mismo en las condiciones en que lo hizo el día 13 de marzo del 2014”.*
- Octava: Que *“en subsidio de la pretensión anterior, se declare que la terminación del contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, fue constitutiva de un abuso del derecho por parte de la sociedad convocada por vía de reconversión”.*

Sobre el tema vale la pena afirmar, desde este momento, la prosperidad de las citadas pretensiones (tanto la que funge como principal, como la subsidiaria). Está probado que el contrato sí fue efectivamente incumplido por la actora, de acuerdo al modo en que fue realizada la terminación del mismo, hecho que fue admitido por esta en los informes de gestión presentados en las asambleas ordinarias de accionistas. La actuación de la convocante fue evidente en finalizar el contrato sin llegar a un acuerdo con la convocada, únicamente citando supuestos “graves incumplimientos” que, como se ha visto, no han sido probados, sino que se trataron de acusaciones infundadas, las cuales, de ser reales, debe afirmarse que fueron causadas por el comportamiento de ENERCA en la ejecución del contrato.

También está probada la extralimitación de la potestad que ENERCA tenía para terminar el contrato, en la medida que se alejó de lo fijado en el contrato, e igualmente respecto a las normas que gobiernan su actuación. En ese sentido, debe recordarse que los contratos suscritos por ENERCA, lejos de recaer en las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están ligados a las regulaciones del derecho privado, de acuerdo a lo dictado por las leyes 142 y 143 de 1994.

De acuerdo a dichas regulaciones, para la inclusión de cláusulas exorbitantes (tales como la terminación y liquidación unilaterales) la entidad de servicios públicos debe elevar una solicitud ante el regulador con el fin de que éste autorice la inclusión de las mismas. Sin embargo, ENERCA nunca acreditó que estuviese facultado para la redacción, tanto de la terminación unilateral, como de la liquidación unilateral, con lo que no había sustento para las decisiones tomadas por la actora.

Esto contradice, por completo, la manifestación realizada por parte de ENERCA, al momento de realizar la contestación de la demanda de reconversión. Allende de hacer afirmaciones que no son ciertas (como la de señalar que CENERCOL fue quien solicitó la terminación bilateral del contrato, cuando en realidad lo que ocurrió fue que la convocada buscó alternativas para la continuación de la ejecución contractual, encontrando la injustificada negativa de ENERCA), también se puede ver cómo se tergiversan las documentales presentadas por la propia actora: en ningún momento se puede tomar la aceptación de la terminación del vínculo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

contractual pueda equipararse a una finalización por mutuo acuerdo del negocio jurídico, mucho menos cuando CENERCOL fue enfática en señalar, desde un principio, que la terminación del contrato se debía, exclusivamente, a los incumplimientos incurridos por ENERCA.

En lo que respecta al ataque realizado por ENERCA sobre la pretensión subsidiaria aquí analizada, la misma únicamente repite lo ya desmentido (esto es, las afirmaciones carentes de verdad y la tergiversación de los documentos allegados al proceso), y no ataca de frente el probado abuso del derecho (y más cuando el mismo está ligado a las potestades de la convocante en su régimen de contratación, las cuales, como ya se vio, fueron extralimitadas por la propia actora), sino que evade su responsabilidad al respecto, a sabiendas que la propia gerencia de ENERCA admitió, dentro de sus gestiones, que la terminación fue unilateral. Así, en el hipotético (y remotísimo) caso que la pretensión séptima no sea admitida por el Tribunal, no cabe duda que existe suficiente prueba para declarar el abuso de derecho en la terminación contractual.

Pretensión novena

Solicita CENERCOL la declaración de: "que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al no haber efectuado el pago oportuno de los servicios a favor del contratista en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012."

Para la convocante (convocada en reconvención), la pretensión no puede prosperar al afirmar que, supuestamente, ENERCA realizó todos los pagos pactados conforme a la ley, y afirmando que toda demora era únicamente causada por los supuestos incumplimientos incurridos por CENERCOL, así como a la falta de presentación y radicación de la factura para su pago.

No hay nada más alejado de la realidad que lo consignado por ENERCA en su réplica, toda vez que se encuentra probada la falta de pago de seis (6) facturas de la ejecución contractual, así como la existencia de dilaciones **injustificadas** a la hora de recibir y dar trámite a la facturación existente. De los testimonios de Jairo Jaramillo y Libardo Villamizar, los cuales conservan su total veracidad, se encontró probado que ENERCA, junto con su interventora 2C INGENIEROS, comenzaron a descuidar la expedita resolución de las facturas, escudándose en supuestos incumplimientos que nunca fueron efectivamente probados.

Tan grave fue el descuido de ENERCA durante la ejecución del contrato, que llegaron a pasar más de tres (3) meses sin que se hiciera el efectivo desembolso de los recursos, sin que hubiera una justificación para ello. Esto fue lo que verdaderamente causó algunos incumplimientos (muy puntuales y solucionados a la mayor brevedad) dentro de las obligaciones de CENERCOL. Sin embargo, de ello no se puede encontrar una excusa válida, a favor de ENERCA, sobre las facturas no pagas, incluso cuando el propio informe pericial es claro en afirmar que existen facturas de las cuales hubo constancia de su presentación y radicación ante ENERCA, **pero de las que no hay rastro alguno de su pago.**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

En este sentido, la réplica sostenida por la convocada en reconvención resulta inocua a la pretensión, por lo que se deberá acceder a la misma.

Pretensiones décima y undécima

En su libelo, la convocante en reconvención inquiriere la prosperidad de lo siguiente:

- Décima: *“Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a ENERCA al pago de las sumas de dinero adeudadas representadas en las Facturas de Venta No 4691, 4692, 4734 de 2014”.*
- Undécima: *“Que, se condene a ENERCA, al pago de los intereses moratorios de que tratan el numeral anterior, a la tasa máxima de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.”*

Respecto a la primera, ENERCA la refuta a partir de dos cargos: en primero, señala que el tribunal arbitral no debe conocer del cobro de facturas al existir procedimiento especial para su persecución, siendo éste un elemento formal de la controversia; en segundo, afirma que no es posible el cobro de las facturas porque CENERCOL no cumplió con los servicios prestados ni con sus obligaciones prestacionales, además de aclarar que la factura 4734 fue, en sus palabras, rechazada y devuelta por la convocada en reconvención.

En el caso de la segunda, ENERCA se limita a reiterar los argumentos ya señalados, agregando que al no requerirse a la actora (demandada en reconvención) no es posible declarar la mora.

Sin embargo, de lo visto hasta el momento en el proceso, las afirmaciones dadas por ENERCA son estériles para atacar los cargos solicitados. En primer lugar, el suscrito se atiene a la refutación dada a la excepción de mérito denominada *“existencia de trámite especial”*, en la medida que ya se ha demostrado, a partir de razonamientos jurisprudenciales, que no le es ajeno a un árbitro el conocimiento de las acciones tendientes a solicitar la ejecución de títulos valores. Afirmar lo contrario sería imponer un límite artificioso a la voluntad de las partes representada en el pacto arbitral, toda vez que el mismo es quien establece, por su cuenta, los límites del ejercicio jurisdiccional del particular llamado a sustituir al poder público.

En segundo lugar, sobre el aspecto de fondo argüido por ENERCA no está de más señalar que los supuestos incumplimientos en realidad son actuaciones de la convocante, quien en su afán de buscar una terminación del contrato revestida de cierta legalidad, buscó la manera de impedir un flujo de caja que permitiera la ejecución del negocio jurídico de forma regular, demorando de manera injustificada el procedimiento de facturación, como se ha probado exhaustivamente dentro del proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Asimismo, y en la misma forma que se consignó en la reiteración de las anteriores pretensiones, se encuentra prueba de la falta de pago, por parte de ENERCA, de las facturas objeto de la pretensión, en la medida que el perito César Mauricio Ochoa afirma, categóricamente, la existencia de las tres facturas presentadas a ENERCA, sin evidencia de su pago. El auxiliar de la justicia llegó a dicha conclusión al observar no sólo las facturas presentadas, sino también las órdenes de pago y los comprobantes de egreso, documentos todos que sirven para acreditar la existencia de la obligación y que, en el presente caso, no existían.

El perito, a su vez, tampoco encontró prueba alguna del rechazo de la factura 4734, el cual **sería totalmente visible de haberse presentado**. Así, la mentada factura sigue estando aceptada por ENERCA, y mucho más cuando la propia convocante, a pesar de alegar lo contrario, no presentó prueba alguna que diera asidero a lo dicho. Con ello, ENERCA no cumplió con la carga de la prueba (ya expuesto con suficiencia en estos alegatos), lo que es natural en el sentido que en realidad **no existe prueba alguna de la no aceptación de la factura**.

Con base en lo anterior, las pretensiones aquí analizadas deben ser despachadas favorablemente.

Pretensión duodécima

CENERCOL pide que se condene a la convocante “al pago de todo perjuicio indemnizando el daño emergente y lucro cesante en virtud del incumplimiento contractual generado en la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado con mi representada CENERCOL terminado unilateralmente por el contratante antes del término pactado”.

La crítica realizada por ENERCA a la pretensión se fundamenta en afirmar (sin mayor especificidad) que nunca incumplió el contrato, y que la terminación del contrato se dio de forma bilateral.

De lo demostrado en el proceso se hace evidente la prueba de los diferentes perjuicios causados, por parte de ENERCA, a la sociedad convocante en reconvencción. Además de las facturas ya señaladas en las pretensiones décima y undécima, se acreditaron otros perjuicios en la ejecución contractual, como los que siguen a continuación:

- Factura 4109, expedida por CENERCOL el 21 de marzo de 2013, por un valor de seiscientos veintiún millones seiscientos cuarenta y dos mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$621.642.669).
- Factura 4114, expedida por CENERCOL el 2 de abril de 2013, por un valor de trescientos cincuenta y cinco millones doscientos cuarenta y ocho mil setecientos noventa y siete pesos (\$355.248.797).
- Factura 4160, expedida por CENERCOL el 6 de mayo de 2013, por un valor de novecientos sesenta y tres millones ochenta mil setecientos veintidós pesos (\$963.080.722)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Estas facturas fueron objeto de revisión a través del informe presentado por el perito con base en la exhibición documental. De dichos documentos no se encontró la prueba que acreditara su pago, lo que es consonante con el comportamiento de la actora durante el contrato, encauzado a dilatar los procesos de facturación a partir de incumplimientos inverosímiles causados, supuestamente, por CENERCOL, de los cuales no existe una verdadera prueba de su existencia.

Adicionalmente, el auxiliar de justicia calculó las cantidades debidas por ENERCA respecto al aparte de Administración, Imprevistos y Utilidad, a partir de la fecha de terminación unilateral y hasta la fecha en la que realmente debió haber terminado el contrato, discriminándose los siguientes valores:

- Mil ochenta y cuatro millones doscientos seis mil quinientos treinta y seis pesos (\$1.084.206.536), correspondientes a la administración.
- Doscientos dieciséis millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos setenta y un pesos (\$216.841.271), correspondientes a los imprevistos.
- **Quinientos setenta y ocho millones doscientos cuarenta y tres mil trescientos noventa pesos (\$578.243.390)**, por concepto de la utilidad dejada de percibir.

No quepa duda que estos perjuicios, así como los demás perjuicios que, a consideración del Tribunal, hayan sido causados a CENERCOL, son completamente valederos en virtud de la ejecución del contrato. La justificación, como se ha venido abordando a lo largo de este escrito, y como se ha venido defendiendo en todo el proceso, proviene de la forma en que ENERCA decidió terminar el contrato, lo que ha sido admitido por los máximos responsables de la convocante.

El Tribunal no debe perder de vista que la terminación del contrato, lejos de lo que el apoderado de la convocante quiere ver, siempre fue considerada como unilateral por parte de la gerencia general de ENERCA. Suficiente prueba han sido los hallazgos del perito al momento de rendir informe sobre la segunda exhibición documental decretada a la actora, donde igualmente se pone de presente que la realidad jurídica de ENERCA hacía que el contrato estuviese vigente sin importar la declaratoria unilateral de terminación. Al respecto, se puede advertir lo siguiente del informe pericial, lo que igualmente consta en el Informe de Gestión del año 2015, siendo ambos documentos plenas pruebas que no fueron objeto de contradicción en el proceso:

*“Si bien la anterior postura tradicional puede estar en contravía de las tendencias que se observan en el derecho comparado sobre la amplitud para dar por terminado unilateralmente un contrato en el evento de incumplimiento grave, **en nuestro actual ordenamiento jurídico, considero, salvo mejor opinión en contrario, que el Contrato de Prestación de Servicios No. 009 de 2012 celebrado con CENERCOL, puede entenderse que subsiste jurídicamente hasta tanto un juez no declare su terminación, ya sea por entenderse**”*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

que existe una terminación por mutuo acuerdo dada la aceptación de la terminación expresada por CENERCOL el 20 de marzo de 2014, o por la declaratoria de incumplimiento del contrato a cargo de CENERCOL, como lo ha sostenido ENERCA o por la existencia de incumplimiento del contrato a cargo de ENERCA como lo expresó CENERCOL, o en virtud de la existencia de un mutuo disenso por contrato no cumplido en los términos del artículo 1609 del Código Civil.

Finalmente, para la terminación del Contrato de Prestación de Servicios No. 009, no se advierte facultad legal expresa que permita a ENERCA terminar unilateralmente el contrato y mucho menos cuando la contraparte, aceptó dicha terminación por causas imputables al incumplimiento de ENERCA.” (Énfasis añadido)

No cabe duda alguna, entonces, que en realidad sí se configuró un incumplimiento flagrante del contrato por parte de ENERCA, quien ahora pretende utilizar sus propios actos dolosos como vías de escape legal para deslindarse de cualquier responsabilidad, tergiversando la realidad jurídica con el mero objetivo de subsanar sus errores, cosa que el Tribunal no debe admitir en absoluto.

Es por ello que la pretensión decimosegunda de la demanda de reconvenición debe ser declarada próspera por el Árbitro.

Pretensión decimotercera

CENERCOL solicita la declaratoria de “nulidad absoluta por objeto ilícito de la Cláusula Decima ‘PARÁGRAFO: INDEMNIDAD’, el cual hace parte del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre las partes ENERCA y CENERCOL por contrariar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, norma de orden público y de imperativo cumplimiento que no admite pacto en contrario.”

Para su defensa, ENERCA advierte que la cláusula no es contraria a lo reglado por la máxima norma del derecho laboral, teniendo en cuenta que se trata de un acuerdo interpartes y que lo señalado por la cláusula no exonera a la convocante de su responsabilidad.

De la crítica realizada por la convocante sólo basta poner de presente dos argumentos. Uno, ENERCA acepta que existe una solidaridad laboral a la que están ligados, y que claramente nace del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, norma ya estudiada en estos alegatos y de la cual se acogieron también diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Al respecto, se reitera lo ya advertido en el momento de atacar la pretensión decimotercera presentada por ENERCA en su demanda inicial.

Cabe anotar, igualmente, que de acuerdo al mismo Código Sustantivo del Trabajo se tendrá por no escrita estipulación alguna que controvierta cualquiera de sus regulaciones. Esto también fue tocado en los presentes alegatos.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Dos, no es posible alegar que CENERCOL manifestó, de manera libre y autónoma, lo consignado en el parágrafo, toda vez que la naturaleza de estos contratos de carácter estatal (estén o no cobijados por el Estatuto General) es que los mismos sean impuestos y no sean objeto de discusión con el contratista, quien de primera mano sabe que su poder de decisión en la contratación estatal es más bien débil. A pesar que el contrato que nos ocupa hoy esté regido por el derecho privado, del mismo es posible observar que su configuración responde a que el mismo es una mera proforma allegada por ENERCA para ser suscrita por CENERCOL (o cualquier otro que fuere el contratista).

Así, no es posible concluir lo erradamente señalado por ENERCA. En tanto que la cláusula sí es clara en negar la existencia de la responsabilidad (mantener indemne a alguien es prácticamente ello) en cabeza de ENERCA, se encuentra probado el incumplimiento de norma de orden público, por lo que el Tribunal debe proceder a declarar la pretensión aquí abordada.

Pretensión decimocuarta

En este caso, CENERCOL solicita que *“se declare la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones por ser esta violatoria de los artículos 1522, 1603 y 1609 del Código Civil Colombiano”*.

En su réplica, la convocante (convocada en reconvención) asegura que no hay relación de la pretensión con los hechos de la demanda, y que la cláusula no tiene que ver con la condonación de dolo futuro consagrada en el artículo 1522 del Código Civil. Igualmente asegura que la cláusula es expresión de la libre voluntad de las partes, con lo que se está al cumplimiento de lo efectivamente pactado. Finalmente, se declara que CENERCOL está pretendiendo exonerarse de sus supuestos incumplimientos a través de la pretensión.

El ataque malintencionado que hace ENERCA de lo solicitado no tiene fundamento alguno, quedando sólo en afirmaciones genéricas de las cuales no presenta prueba que las desvirtúe. En primer lugar, no se puede afirmar que los hechos de la demanda no relacionan, bajo ningún modo, la pretensión aquí descrita. Del comportamiento de ENERCA al ralentizar la facturación del contrato es claro que el mismo se justifica en la cláusula, en virtud de la cual el contratista debe cumplir con su objeto contractual, **así no reciba ninguna suma de dinero por ello**. Esto atenta contra el equilibrio del negocio jurídico, porque ata al contratista a sus obligaciones sin que haya la misma correlación para la entidad contratante.

Es más, la “defensa” de ENERCA está completamente basada en la mala fe, al seguir acusando a CENERCOL de supuestos incumplimientos que únicamente tienen su asidero en la forma en que ENERCA administró los recursos del contrato. Si ENERCA no era capaz de mantener un flujo de caja razonable y justificado en la ejecución contractual, se hace plenamente imposible mantener el cumplimiento razonable de las obligaciones del contrato. Si un deudor no cumple con sus obligaciones con el acreedor en los plazos establecidos, está afectando al acreedor, a tal punto que el mismo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

puede tener problemas para su continuidad. Esto fue lo que ocurrió en este caso.

Tal fue el uso de la citada cláusula (impuesta por ENERCA, dicho sea de paso, en la medida que son las entidades las que finalmente redactan y, en algunos casos, obligan a aceptar los pliegos de condiciones) que en cierto momento CENERCOL no pudo honrar sus obligaciones, con lo que tuvo que buscar otros medios para salvaguardarlas, como lo fue el proceso de reorganización (y posterior liquidación), figura que pudo haberse evitado de no ser por la conducta de ENERCA.

Ya se ha visto que ENERCA empezó a desconocer los tiempos de facturación, resultando en demoras graves para el pago de los servicios, con lo que no es posible trasladar culpa alguna a CENERCOL, viendo que esta se allanó al cumplimiento contractual. Por todo lo anterior, se hace necesaria la declaratoria de la pretensión estudiada.

Pretensión decimoquinta

La convocante solicita que *“se declare que los presuntos daños irrogados a contratistas y empleados de CENERCOL en el contrato de prestación de servicios celebrados, fueron ocasionados por ENERCA, siendo este un daño propio para la empresa contratante”*.

Igual que en la pretensión anterior, la convocada en reconvencción ataca la pretensión por una supuesta incongruencia entre la misma y los hechos de la demanda. Del mismo modo, se señala la presunta carencia de legitimación, por parte de CENERCOL, para solicitar las declaraciones que contiene la pretensión.

El grave defecto de ENERCA es el de no ver más allá de la demanda de reconvencción, en la medida que hay suficientes pruebas que demuestran que el incumplimiento de ENERCA en sus obligaciones contractuales fue el punto de partida de los diferentes problemas que atravesó CENERCOL antes de su liquidación. Al perito se le entregaron las relaciones actualizadas de créditos y la graduación de los derechos de voto que fueron allegadas al proceso de reorganización empresarial iniciado en la Superintendencia de Sociedades; dicha relación fue publicada de manera exhaustiva dentro del dictamen presentado por el señor Ochoa, sin que ENERCA lo contradijese o presentase alguna aclaración.

Esta es una de las muestras de lo que realmente hizo ENERCA en el contrato. Buscando una forma de finalizarlo “pseudolegalmente”, a pesar de no tener cómo, ENERCA causó daños a terceros, los cuales fueron fundamentales para llevar a la liquidación de CENERCOL quien, viendo cómo ENERCA no se hacía cargo del pago de los servicios prestados, tuvo que sacar los pocos activos que tenía para honrar dichas obligaciones, lo que finalmente fue realizado, pero que impidió seguir cumpliendo con la reorganización empresarial, llevando a las consecuencias ya conocidas por todos.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

En ese sentido, y teniendo en cuenta igualmente lo ya expuesto largamente sobre la solidaridad laboral (ya aceptada por ENERCA en la contestación que hizo de la demanda de reconvención) no cabe duda de la legitimación de la convocada para solicitar la declaratoria perseguida en esta pretensión. Más aun cuando se acreditan diferentes pruebas que demuestran los retrasos en la facturación, así como en el desembolso de los recursos. Con ello, es completamente válida la declaratoria en contra de la convocante.

Pretensión decimosexta:

Finalmente, CENERCOL implora que: *“se declare que ENERCA, con su propio incumplimiento, puso en posición de incumplir al contratista con sus obligaciones”*.

Sobre esta pretensión no existe réplica por parte de ENERCA.

Poco más cabe anotar de esta pretensión, sino que la misma encuentra fundamento total en los hechos y pruebas hasta aquí aportados, con lo que es evidente que la misma encuentra pleno fundamento para abrirse paso. Especialmente se reitera lo descrito en los pronunciamientos sobre las excepciones presentadas por ENERCA, así como en el pronunciamiento final sobre las pretensiones presentadas por CENERCOL en la demanda de reconvención.

PETICIÓN FINAL

Vistos los anteriores hechos y consideraciones, se solicita respetuosamente al Tribunal lo siguiente:

1. **Denegar la totalidad de las pretensiones** defendidas por ENERCA en su demanda, así como **declarar no probadas las excepciones de mérito** presentadas por la misma sociedad en la contestación de la demanda de reconvención reformada.
2. **Tener como prósperas las pretensiones** enfiladas por CENERCOL en su reforma de la demanda de reconvención, e igualmente **declarar probadas las excepciones de mérito** presentadas por la misma sociedad al contestar la demanda inicial, y consecuentemente acceder a las condenas y declaraciones solicitadas.

XXV. ANTECEDENTES DE PROCEDIMIENTO**I. ANTECEDENTES**

Por solicitud de la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P., ENERCA S.A. E.S.P., se conformó el Tribunal de Arbitramento con el objeto de dirimir la controversia de naturaleza contractual existente con el CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A., CENERCOL S.A. respecto al Contrato de Prestación de Servicios No. 009 de 2012.

Tramitada como lo ha sido toda la actuación, después de agotar las etapas correspondientes e incorporar al expediente el acervo probatorio documental y pericial que fuera dispuesto en el momento procesal oportuno, deberá

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

alegarse de conclusión como requisito previo a resolver lo que en derecho corresponda.

Es pertinente dejar constancia, que dado lo voluminoso del encuadernamiento, la amplitud de la demanda impetrada, su contestación, la demanda de reconvención y el material probatorio, resulta innecesario reflejar nuevamente en este escrito lo que ya obra dentro del trámite.

II. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. REITERACIÓN SOBRE EXISTENCIA DE VICIO DE NULIDAD INSANEABLE DEL TRÁMITE POR INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY 1563 DE 2012

En la primera oportunidad procesal que se diera a esta Agencia del Ministerio Público, se puso en conocimiento del señor Árbitro Único lo atinente a una presunta nulidad, en los siguientes términos:

“El día doce (12) de mayo de la presente anualidad, se recibió por correo certificado en esta Oficina un escrito firmado por JEISSON CARDENAS ORDUZ en su calidad de Secretario del Tribunal de Arbitramento conformado en el asunto de la referencia, por medio del cual se efectúa la notificación personal del Auto No. 010 del 1º de febrero de 2017 que admitió la demanda de reconvención con su respectiva reforma, presentada por la sociedad Consorcio Energía Colombia S.A.; ante lo cual me hice presente en las instalaciones de ese organismo para conocer el expediente y una vez analizado el mismo y las actuaciones que se han llevado a cabo, es preciso considerar lo siguiente:

-Es verdaderamente extraño, por decir lo menos, que al Ministerio Público no se le haya notificado el auto admisorio de la demanda ni se le corriera traslado de la misma.

Tal omisión, por sí sola constituye un vicio insubsanable al vulnerar directamente el mandato ínsito en el artículo 612 del Código General del Proceso que modificó el artículo 199 del CPACA y se encuadra dentro de la causal de nulidad contemplada en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso.

-Como si la anterior irregularidad no fuera suficiente, en el auto No. 18 del 9 de mayo de 2017 su despacho efectúa un recuento pormenorizado de todas las actuaciones que se han surtido dentro del presente trámite Arbitral, indicando entre otros, que desde el 11 de agosto de 2016 se declaró legalmente instalado el Tribunal, que el 25 de agosto de ese mismo año se admitió la demanda, después se recibió contestación a la misma, posteriormente fue radicada demanda de reconvención y un llamamiento en garantía, subsiguientemente se admitió la demanda de reconvención el 31 de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

octubre de 2016 (de la cual tampoco se notificó al Ministerio Público), más adelante se señaló fecha y hora para cumplir con la audiencia de conciliación, la que se llevó a efecto el 10 de marzo de 2017 declarándola fallida y otras actuaciones más; desconociendo que desde un principio se vulneró el debido proceso constitucional (art. 29 de la Carta Política) porque el Ministerio Público tiene la facultad y potestad de actuar en representación de la sociedad en todas y cada una de las acciones que el señor Arbitro realice, ya que no existe norma alguna que lo faculte para discrecionalmente disponer en qué momento es que quiere o tiene a bien que la Procuraduría actúe.

Tampoco se puede pretender que con un auto de "control de legalidad sobre el trámite arbitral" que ordena notificarle el "auto que admitió la reforma a la demanda de reconvención" al Ministerio Público y que desde ahí se haga presente en el proceso, se entiendan subsanadas todas las falencias en que se ha incurrido.

-Adicionalmente, se ha desconocido el tajante mandato del artículo 49 de la Ley

1563 de 2012, que expresamente indica:

"ART. 49.- Intervención del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. A dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables componedores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda.

Igual información deberá darse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado".

-De igual manera, la intervención del Ministerio Público en la Audiencia de Conciliación es indispensable habida cuenta que "podrá intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan".

-Finalmente, debe destacarse que dentro de los principios o disposiciones generales del Código General del Proceso aparece en su artículo 13 la denominada "Observancia de normas procesales" y según la cual:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”.

En ese momento procesal, se pidió al señor Arbitro Único que proceda a **declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del presente trámite arbitral**, esto es, **desde el auto del 11 de Agosto de 2016** mediante el cual se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral y acto seguido se regularice toda la actuación conforme a derecho y a la normatividad que gobierna esta clase de actuaciones, contenida en el Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo pertinente y la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes.

Lo peticionado fue resuelto de manera negativa, lo mismo aconteció con el recurso de reposición interpuesto contra el proveído que así lo dispuso; razón por la cual en esta oportunidad debo reiterar la situación presentada que en todo caso y de ser necesario deberá ser resuelta por quién legalmente le corresponda.

2.2. EL CASO EN CONCRETO

Las pretensiones de la demanda de la Empresa Enerca, se contraen a lo siguiente:

PRIMERA. *Que se integre e instale el respectivo Tribunal de Arbitramento.*

SEGUNDA. *Una vez posesionado el Tribunal de Arbitramento, éste declare que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre ENERCA y CENERCOL, con el objeto de contratar la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades desarrolladas por ENERCA, se terminó por manifestación de las partes, mutuo acuerdo, el día 28 de marzo del año 2014.*

TERCERA. *Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social integral correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.*

CUARTA. *Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes parafiscales correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

QUINTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las obligaciones laborales a su cargo, como: salarios, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías) vacaciones, para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

SEXTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las liquidaciones definitivas de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, a la terminación de los contratos de trabajo para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

SÉPTIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la entrega de material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

OCTAVA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA.

NOVENA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió la obligación número 48 de la cláusula segunda del contrato objeto de la presente demanda, relacionada con la devolución de los materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas.

DÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros insumos contratados.

UNDÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo.

DUODÉCIMA. *Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas la presentación de informes de gestión.*

DECIMOTERCERA. *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la presente demanda, se condene a la sociedad CENERCOL a mantener indemne a ENERCA de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir con ocasión de las reclamaciones, demandas laborales o de la sentencia de las mismas, laborales relacionadas en la presente demanda o las reclamaciones, demandas o sentencias de demandas laborales que en el futuro se llegaren a presentar por el personal contratado por CENERCOL para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.*

DECIMOCUARTA. *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión séptima de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución del stock de materiales existente a la fecha de terminación de contrato.*

DECIMOQUINTA. *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión octava de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, en virtud a que ENERCA no hizo el descuento respectivo a pesar del incumplimiento de CENERCOL.*

DECIMOSEXTA. *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en los hechos de la presente demanda se condene a CENERCOL a devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA a CENERCOL, que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas o incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, "Tabla de Faltas y Descuentos", en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.*

DECIMOSÉPTIMA. *Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a CENERCOL, por todos los costos y gastos en que ha incurrido ENERCA en el cumplimiento de la cláusula compromisoria y la demanda arbitral.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

ÚNICA SUBSIDIARIA. *En el caso de que CENERCOL no pueda a hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, por no estar en su poder se solicita, en estas circunstancias se condene a CENERCOL a la reposición del material, o al pago de éste o a través del descuento de cualquier suma de dinero que ENERCA adeude al contratista, con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los precios definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado, en los términos de los numeral 45 y 48 de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”.*

1° Del acervo probatorio documental que se aportara con la demanda, su contestación, la de reconvenición y la exhibición de documentos decretada dentro de la etapa probatoria, se infiere que las excepciones propuestas por CENERCOL a la demanda principal y las pretensiones de su demanda de reconvenición carecen de soporte jurídicamente atendible habida cuenta que no desvirtuaron los fundamentos de hecho y de derecho en que se basan las alegaciones de ENERCA S.A. E.S.P., para predicar el incumplimiento de varias de las obligaciones a cargo de su contratista.

Como quiera que el contrato es y constituye ley para las partes, no puede predicarse válidamente que una de éstas pueda a su arbitrio escoger cuáles de las obligaciones que pactó quiere cumplir y cuáles no. Para este caso específico, le asiste razón a la demanda de la Empresa ENERCA en el sentido de que CENERCOL incumplió sus obligaciones de carácter laboral para con sus empleados porque no ha acreditado dentro del proceso que si lo hiciera en cuanto a los pagos y liquidaciones de las diversas prestaciones a que legalmente tienen derecho, lo cual fue reiterativo.

La anterior situación por sí sola es más que suficiente para que ENERCA le tuviera por terminado legalmente el contrato de prestación de servicios a CENERCOL, porque sería inadmisibles permitir la vulneración de los derechos de los trabajadores que gozan de amparo constitucional (Art. 53 C.P.) y continuar la ejecución de un contrato con tales anomalías contraría los principios de la función pública, que en todo caso le son aplicables y exigibles a la entidad pública estatal que tenía la calidad de contratante; además cohonestar tales incumplimientos conllevaría responsabilidad también de ENERCA hacia los trabajadores de CENERCOL.

Adicionalmente, se constata con la documentación que en el presupuesto de la Empresa ENERCA existían las partidas suficientes que cobijaban toda clase de pagos que tuvieran relación con el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, careciendo de veracidad las afirmaciones en contrario vertidas por los apoderados de CENERCOL y que las sumas desembolsadas a favor del contratista fueron las que efectivamente correspondían a lo ejecutado y hasta el lapso de tiempo en que se tomó la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

acertada decisión de tener por terminado el mencionado contrato, es más, esas partidas son absolutamente suficientes para cubrir cualquier eventual saldo con la contratista.

2° En la documentación aportada por CENERCOL aparecen comprobantes de egresos a nombre de empleados de ésta, en donde se reflejan supuestos pagos de salarios y demás prestaciones sociales de los mismos. Sin embargo, tales documentos no pueden dar la certeza absoluta de su contenido, por cuanto carecen de las firmas de los empleados y además las reclamaciones laborales en curso demuestran es todo lo contrario, esto es, que en realidad y verdad la empresa contratista de ENERCA no canceló esas obligaciones.

3° La demandada CENERCOL no aportó prueba alguna dentro del trámite que controvierta fehacientemente los fundamentos fácticos y jurídicos esbozados por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. E.S.P. en su demanda, esto es, incumplió con la carga probatoria que legal y procesalmente le asiste conforme a lo establecido en el artículo 167 del C.G. del P. y según el cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

4° Contrario a lo acontecido con las excepciones propuestas contra la demanda principal y la de reconvenición presentada por CENERCOL, que se repite, carecen de prueba alguna que las soporte y demuestren, la que fuera presentada por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. E.S.P. y que diera lugar a este trámite arbitral, han quedado totalmente demostradas tanto en sus aspectos facticos como jurídicos habiendo dado cumplimiento al principio del **onus probandi** previsto en la norma citada.

5° El dictamen pericial que fuera practicado y rendido al proceso, es demostrativo y corrobora lo que la documentación misma demuestra, es decir, que se acreditó el incumplimiento de obligaciones laborales por parte de CENERCOL, que la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. E.S.P. sí contaba en todo momento con las apropiaciones presupuestales correspondientes para cobijar todas y cada una de las obligaciones contraídas por la firma del contrato de prestación de servicios, el pago de lo ejecutado hasta el momento en que legalmente se tuviera por terminado el contrato, la imposibilidad de discernir y cuantificar perjuicios a favor de CENERCOL porque no existen, la causación de perjuicios en detrimento del patrimonio público de ENERCA S.A. E.S.P. y a su favor.

Basta en este aspecto, citar textualmente las diversas conclusiones a las que llegara el perito para así concluirlo. Indicó el auxiliar de la justicia lo siguiente:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“Conforme con el “Contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012”, y sus correspondientes “(sic) Otro sí” que adicionan, modifican o aclaran el mismo, “el valor de los servicios contratados por ENERCA S.A. E.S.P.” con Cenercol S.A., asciende a \$24.327.783.200”.

“De acuerdo con la revisión realizada, el Perito informa que “el valor de los servicios pagados por ENERCA S.A. E.S.P. en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 celebrado entre las partes”, es de \$13.200.211.126.

El Perito observó un total de \$2.338.162.050, los cuales se encuentran facturados por Cenercol, mas no se halló evidencia de su pago”.

“De acuerdo a la información y documentación aportada por las partes, el Perito no hayó (sic) prestación de servicios o facturación por “rubros diferentes a los del contrato objeto de la controversia que hubiesen sido pagados a CENERCOL S.A.””.

“El Perito manifiesta que los “pagos hechos por ENERCA S.A. E.S.P. a CENERCOL S.A.” ascendieron a \$13.200.211.126, tal como se informó en la pregunta dos (2). de este informe, y que los “certificados de disponibilidad presupuestal” se encuentran por un valor que asciende a \$26.678.077.678, para la ejecución de “La operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el sistema de distribución local (SDL) y otras actividades complementarias desarrolladas por Enerca S.A. E.S.P.”, objeto que coincide con el del contrato y su facturación”.

“Las liquidaciones de prestaciones sociales físicas aportadas por la parte, no cuentan con la firma de recibido de los beneficiarios, ni con los comprobantes de egreso o pago que permitan al Perito determinar el pago efectivo de las mismas”.

“En las liquidaciones de prestaciones sociales descritas en los cuadros anteriores, no se observa pago diferente a aquellos correspondientes a las obligaciones legales con los trabajadores, tales como: vacaciones, primas, cesantías, entre otros; razón por la cual el Perito no evidencia erogaciones o gastos adicionales a los determinados por la ley, producto de la terminación del Contrato entre Cenercol y Enerca, tales como indemnizaciones por despidos sin justa causa; por ello no determina en este caso “perjuicios sufridos por Cenercol””.

“Adicionalmente, al Auxiliar de la Justicia, le fue entregada certificación emitida por el Revisor Fiscal de Cenercol S.A., referente a los “créditos y leasing con el Banco de Occidente por valor de \$2.525.456.587”, en la cual menciona que dichos recursos “fueron destinados para la ejecución del contrato No. 009 de julio de 2012, entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P. y CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A. con el objeto de la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR) el sistema de distribución local (SDL) y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA S.A. E.S.P. (ver PT-08

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

De la certificación descrita y los documentos entregados por la parte, no se obtienen erogaciones o gastos adicionales para Cenercol, con motivo de la terminación del contrato con Enerca, el Perito no considera como “perjuicio” los créditos otorgados a Cenercol para la ejecución del contrato.

c. Conclusión:

Para determinar el “valor de los supuestos perjuicios sufridos por CENERCOL S.A. en la ejecución del contrato No 009 de 2012”, el Auxiliar de la Justicia verificó las certificaciones e información entregadas por las partes y no encuentra gastos o erogaciones que puedan constituir dichos “perjuicios”.

Además de lo anterior, el Perito al responder solicitudes de adición y complementación al dictamen pedidas por el apoderado de CENERCOL S.A. sobre pagos de salarios y prestaciones y presuntos perjuicios causados, puntualmente corroboró sus primeras conclusiones, para lo cual adujo:

“En la información entregada por Cenercol, conforme con la misma carta remisoria de la información que cita la parte, se entregaron “3. Liquidaciones de personal (332 folios)” y “6. Copia del acuerdo de reorganización aprobado...” (ver Anexo 01), de lo que resulta que jamás fueron entregados los egresos o pagos.

El Perito cumplió con la tarea encomendada y presentó al Tribunal para que decida según su competencia, la experticia realizada, correspondiente a los documentos entregados por la parte, referentes a las liquidaciones de prestaciones sociales, detalle de las mismas, que se transcribieron nuevamente en esta aclaración (para mayor claridad puede estudiarse nuevamente el punto 7. Del dictamen pericial inicial).

No obstante, este Perito requirió verbal y presencialmente a la parte, para que entregara los documentos necesarios para la complementación, esto en los minutos previos al inicio de la audiencia de exhibición que tuvo lugar el 20 de noviembre en Yopal, así mismo, telefónicamente el Perito hizo requerimientos al doctor Nicolás Pulido, sobre los documentos adicionales y necesarios para la complementación y dirigió correos electrónicos a los apoderados de la parte (ver Anexo 2), para que entregasen la información; a la fecha de esta aclaración y complementación, no se ha recibido ningún documento en las oficinas del Perito”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

III. SOLICITUDES ESPECÍFICAS

De conformidad a las anteriores consideraciones, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar al Honorable Tribunal de Arbitramento-Árbitro Único, que al proferir el laudo que ponga fin a este trámite, lo haga en la siguiente forma:

1.- Declarando **no probadas** las excepciones propuestas por el CONSORCIO ENERGÍA DE CASANARE CENERCOL S.A. contra la demanda presentada por la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE ENERCA S.A. E.S.P.

2.- Accediendo a todas las pretensiones de la demanda impetrada por la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE ENERCA S.A. E.S.P. contra el CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA CENERCOL S.A.; para lo cual deberá cuantificarse y tasarse las condenas correspondientes y adoptar las demás decisiones que sean necesarias y pertinentes en tal sentido.

3.- Desestimando y por tanto denegando las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por el CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA CENERCOL S.A. contra la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE ENERCA S.A. E.S.P.

Este Tribunal de Arbitramento, para un buen entendimiento de las diferencias que se presentaron en las relaciones contractuales existentes entre las partes y sus consecuencias legales, dividirá el análisis del presente laudo en los siguientes aspectos que tienen relación directa con las pretensiones de la demanda principal y la de reconvencción, para finalmente pronunciarse sobre las pretensiones de ambas demandas y las correspondientes excepciones de mérito propuestas, así:

A) Existencia del contrato de prestación de servicios Nro. 009 de 2012, que tiene por objeto "LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL (STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P., suscrito por las partes en este litigio, con análisis normativo y jurisprudencial de esta tipología de negocio y modificaciones del contrato

B) Incumplimiento del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Nro. 009 de 2012 por parte del CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A. - CENERCOL S.A., según se alega en las pretensiones de la demanda principal.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

- C) Terminación del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS suscrito entre las partes, según se alega en la pretensión segunda de la demanda principal y octava de la reforma a la demanda de reconvención.
- D) Indemnidad. Parágrafo de la Cláusula DÉCIMA del contrato 009 de 2012. Inciso final numeral 2.12 del pliego de condiciones.
- E) Del pago de las facturas solicitado por CENERCOL S.A e intereses moratorios.
- F) Análisis de los elementos que estructuran la responsabilidad civil contractual, las pretensiones declarativas y de condena de la misma demanda, condena en costas.
- G) Estimación juramentada de los perjuicios en la subsanación de la demanda y sus consecuencias legales a la luz del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 - CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, cuantía y demostración de los perjuicios reclamados.



Para empezar, el Tribunal considera de mayúscula relevancia analizar el instrumento contractual suscrito entre las partes el seis (06) de julio de dos mil doce (2012) que tiene por objeto "LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL (STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P." y sus modificaciones.

En efecto y desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, en diferentes ocasiones el legislativo junto con las altas cortes, se han ocupado de esta figura, no solo por la utilidad que representa en el contexto actual de negociaciones tanto públicas como privadas, como también en el crecimiento comercial de la Nación.

Puestas así las cosas, comenzaremos describiendo qué es un contratista independiente, con lo predicado en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se enuncia de la siguiente manera:

"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

Sumado a lo anterior, el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Nro. 009 de 2012, se encuentra regulado dentro de nuestra normatividad en el Código Civil, en su artículo 1495, el cual dispone:

“DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” **Subraya fuera del texto original.**

Los artículos precedentes, arrojan como conclusión que el Contrato es un acto jurídico generador de obligaciones y derechos; el Contrato de Prestación de Servicios produce obligaciones de hacer, por medio de herramientas propias del contratista para cumplir una función, con el fin de que la empresa contratante pueda concretar de manera correcta la ejecución de su objeto social; adicionalmente, en este tipo de contratos no se deben configurar los elementos del contrato de trabajo, por lo que no debe estipular subordinación, dependencia ni salario, debido a que el contratista cuenta con autonomía e independencia, por lo que el contratante no cuenta con la potestad de impartir órdenes en la realización de la labor acordada. Con lo anterior, se pretende mostrar que el Contrato de Prestación de servicios No. 009 de 2012 existe bajo las características propias de un contrato de prestación de servicios y no de un contrato realidad. Conforme a lo señalado el Tribunal trae a colación la Sentencia T-903 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, en la que manifiesta de la siguiente manera:

“la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

(...)

4.1. Para la solución del presente proceso se debe esclarecer la naturaleza del contrato de prestación de servicios y cuáles son sus características definitorias. De esta manera se puede diferenciar su naturaleza de la del contrato laboral. En la sentencia C-154 de 1997 se indicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y por último, esos contratos son temporales:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

En este punto, resulta pertinente detenerse para realizar un análisis al contrato en cuestión, con el objetivo de llegar a la conclusión de si el mismo cumple o no las reglas demarcadas dentro de la normatividad y jurisprudencia para entrar en lo que se denomina como Contrato de Prestación de Servicios y determinar de esa manera si el mismo existe bajo los elementos que caracterizan el contrato.

Para iniciar este análisis, podemos evidenciar que en la cláusula PRIMERA del contrato 009 de 2012, se determinan las labores que debe cumplir el contratista, las cuales son claras, expresas y que el objeto principal del contrato es LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL (STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

(SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A. E.S.P.. Además se evidencia que de conformidad con las especificaciones técnicas necesarias reflejadas en el pliego de condiciones, la única propuesta fue presentada por el CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. - CENERCOL S.A.-, la cual cumplía con dichos requisitos.

Aunado a lo anterior, en la cláusula NOVENA, se establece la RELACIÓN CONTRACTUAL, en la cual se expresa que en ningún caso el presente contrato genera relación laboral ni prestaciones sociales con ENERCA.

Finalmente, el contrato en discusión, cumple con la premisa temporal en la cláusula QUINTA, en la cual las partes pactaron lo siguiente: *“El plazo de la ejecución de las obligaciones será de treinta y un (31) meses, contado a partir de la suscripción del Acta de inicio, 18 de julio de 2012”*.

En conclusión, y en concordancia con el análisis anterior, se evidencia el cumplimiento de la totalidad de las premisas declaradas por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, para que un contrato sea reconocido como Contrato de Prestación de Servicios con sus otro sí y adicionales correspondientes, descartando de este modo la existencia de otro tipo de contrato. No hay que olvidar que dicho contrato fue un acuerdo de voluntades entre las partes, lo que lo hace plenamente existente

Siendo así las cosas, este Tribunal tiene como existente el contrato de prestación de servicios No 009 de 2012 como también sus otro sí modificatorios, por lo que despacha favorablemente las pretensiones 1, 2, 3, 4, 5, y 6, propuestas en la reforma de la demanda de reconvención formulada por la sociedad convocada, demandante en reconvención CENERCOL S.A.

[Faint signature and stamp area]

Para absolver este punto, el Tribunal se referirá concretamente a los incumplimientos que por parte de la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P. - ENERCA S.A., se alega en las pretensiones iniciales de la demanda, y hará referencia al incumplimiento alegado por parte del CONSORCIO ENERGÍA COLOMBIA S.A. - CENERCOL S.A en la reforma a la demanda de reconvención.

Ahora bien en las pretensiones de la demanda, ENERCA S.A. E.S.P., solicita que se declare el incumplimiento del contrato en atención a que el contratista CENERCOL S.A., no realizó el pago oportuno referente al sistema de seguridad social, correspondiente al personal contratado para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el contrato de prestación de servicios número 009 de 2012, el pago de los aportes parafiscales, pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, pago oportuno de liquidaciones a la terminación de los contratos de trabajo, la devolución de stock de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

materiales existentes a la fecha de terminación del contrato, de material sobrante y material retirado, las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido para la prestación del servicio; las obligaciones relacionadas con la mejora continua (calidad, ejecución del plan de mantenimiento, solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo) y la presentación de informes.

Para poder manifestarse respecto a lo anterior, es importante para este Tribunal señalar lo establecido en el contrato de prestación de servicios número 009 de 2012. Para el caso en particular la cláusula SEGUNDA establece las obligaciones del contratista, la cual indica:

“1. El CONTRATISTA debe contar con los recursos físicos, humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del presente contrato, disponibles para ser dedicados a este contrato”

“13. EL CONTRATISTA se obliga a presentar al finalizar cada vigencia fiscal un informe de gestión en el que se compilen las actividades ejecutadas, durante la vigencia, el cual debe ir acompañado de la siguiente información mínima: a)... b)... c)... d)... e) Recibo de pagos de aportes parafiscales, de conformidad con el Decreto 562 de 1992, f)... g)... h) Certificación de encontrarse al día en pagos de seguridad social y parafiscales.”

Igualmente en la misma cláusula se establece:

“56. EL CONTRATISTA deberá tener afiliado al sistema de seguridad social durante todo el plazo de ejecución del contrato, a todo el personal que destinará para la prestación del servicio a ENERCA S.A. E.S.P.”

Del mismo modo el numeral 74, señala: *“EL CONTRATISTA se compromete a cumplir con los pagos del sistema de seguridad social de todos los trabajadores que emplee para la ejecución del contrato, a pagar salarios y prestaciones sociales de ley...”*

Ahora bien, en las pruebas allegadas y practicadas al interior de este trámite, este Tribunal puede concluir que hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CENERCOL S.A., nótese como en oficio de referencia RL-STRENERCA-029-13-094, la interventoría 2C INGENIERÍA S.A., señala: *“el ingeniero Libardo Villamizar, Director de Proyecto del contrato No. 009 de 2012, asumió como compromiso para el 23 de julio cancelar la quincena de salarios, prima y horas extras al igual que el pago de la planilla de seguridad social del mes de julio, la cual valga indicar ya presentaba 18 días de mora”, “Aunado a ello, se evidencia una falta de gestión y responsabilidad en el pago de la seguridad social de los trabajadores vinculados para la operación, situación que desencadena, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas...”*

Más aún, en el plenario reposan pruebas, que le dan certeza a este Tribunal, del incumplimiento por parte de CENERCOL S.A., en cuanto al no pago oportuno de la seguridad social, obsérvese como en documento denominado

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“INFORME MENSUAL Q.H.S.E. DEL 1 AL 31 DE JULIO DE 2013”, la interventoría 2C INGENIERÍA S.A, en el acápite descrito como “3.1. Actividades Q.H.S.E.”, establece: “Durante el periodo 01 al 31 de julio la interventoría ejecutó las siguientes actividades: ... - Se realizó verificación del cumplimiento de las obligaciones con el sistema general de seguridad social y parafiscal y se ofició al contratista por el incumplimiento en el pago de seguridad social del mes de junio de 2013”.

Igualmente, en el informe ejecutivo que data 27 de agosto de 2013, la misma entidad indica:

“La anterior obligación contractual ha sido incumplida de manera reiterada por la empresa CENERCOL S.A., toda vez que el contratista no ha entregado de manera oportuna e integral las afiliaciones y comprobantes de pago frente a las obligaciones al Sistema de Seguridad Social Integral...”, en este mismo documento relaciona e indica los oficios que le fueron remitidos a la sociedad contratista y en los cuales “se solicita dar estricto cumplimiento a la entrega de los comprobantes de pago que acrediten el cumplimiento a las obligaciones frente al Sistema Social (Salud, Pensión, ARL) del personal que labora actualmente en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, de los meses de mayo y junio; requerimiento originado en la revisión del informe mensual entregado por CENERCOL S.A. el día 4 de julio de 2013, donde no se anexaron, obra como prueba documental oficio CPS-009-013-073 de fecha 5 de julio de 2013, donde se comprueba que el mes pagado obedece a Mayo para Pensión y Junio para Salud y que éste fue cancelado con 30 días de mora”.

Así mismo, en el informe mensual ZONA SUR de interventoría del 1 al 30 de septiembre de 2013, la interventoría 2C Ingenieros señala: “3. INCONVENIENTES Y DETERMINACIONES MES DE SEPTIEMBRE DE 2013... - El retraso en la cancelación oportuna de las nóminas de los empleados de CENERCOL en la zona, mantiene desmotivados a los mismos.”

Ahora bien, para el caso, también se evidencia en la contestación que realizara CENERCOL S.A., los siguientes apartes:

“La interventoría 2C ingenieros, le exigía a CENERCOL el pago de las obligaciones adquiridas frente a terceros, cuando el propio ENERCA en los meses que dichas obligaciones se encontraban retrasadas de ser pagadas, aun no cancelaba por las actividades ejecutadas...”

“CENERCOL manifestó en dicha comunicación “en nuestra calidad de contratistas, somos conscientes de las obligaciones que como empleadores debemos cumplir frente al pago de seguridad social y aportes parafiscales y aunque algunos meses estos pagos se han realizado con algunos días de retardo por problemas ajenos a nosotros...”

Por otra parte, el incumplimiento de CENERCOL S.A., también se encuentra ostensible dentro de proceso cuando el **Señor Jairo de Jesús**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Parra Jaramillo, responde en su interrogatorio de parte, **al minuto 15:46**, a la pregunta del apoderado de la convocante así: *“Diga si es cierto si o no, que la sociedad que Usted representa estaba obligada contractualmente al pago oportuno de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral correspondiente al personal contratado por CENERCOL para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación No 009 de 2012. R/Sí, la sociedad está obligada a pagar sus pagos laborales, pero es importante dejar constancia de que todos estos pagos están sujetos al pago oportuno de las obligaciones por parte de ENERCA para poder soportar dichos pagos, es importante dejar claridad adicionalmente que la sociedad CENERCOL, en ningún momento dejó desprotegidos a sus funcionarios en la ejecución de su labores. (minuto 16:52), si bien el último año del contrato los pagos se retrasaron debido a que ENERCA no giraba oportunamente los recursos dadas las diferentes trabas u objeciones a las actas de liquidación de las facturas que CENERCOL radicaba según lo estipulado en el contrato, y que era parte de la obligación del contrato, nunca desprotegió los salarios y los pagos parafiscales de sus funcionarios, adicionalmente en muchísimas comunicaciones que muy seguramente están dentro del expediente CENERCOL le advierte a la empresa de energía del Casanare como contratante del servicio público (minuto 17:40) que si bien CENERCOL no estaba realizando los pagos de forma oportuna debido al no pago de las facturas solidariamente la empresa de energía del Casanare debería responder a cualquier novedad que se pudiera presentar durante la prestación del servicio y que esto conlleva a algún tipo de accidente.”*

Además, en el **minuto 1.02.09. PREGUNTA EL ÁRBITRO:** *“Esos paros eran de los trabajadores? R/ “de los funcionarios” PREGUNTA EL ÁRBITRO:* *“a raíz de esos paros Cenercol empieza a recibir demandas de los trabajadores. R/ “Demandas no, se presentaron quejas ante el Ministerio de protección social pues por el no pago de los salarios. PREGUNTA EL ÁRBITRO:* *“En algún momento esas quejas se volvieron demandas contra Cenercol, laborales. R/ “posteriormente a la terminación del contrato debido a que no ingresaron el pago de las últimas facturas, no se logró pagar los salarios y las liquidaciones del personal y el pago de la seguridad social de esos funcionarios, lo que conllevó a demandas laborales, aun así, la empresa y debido a la magnitud de lo ocurrido con el fin de salvaguardar los intereses de los empleados y los acreedores, la sociedad solicitó ante la superintendencia de sociedades el ingreso a la reorganización empresarial.....”*

Tenemos pues, sin más elucubraciones que se evidencia la CONFESIÓN del representante legal de CENERCOL S.A. respecto del incumplimiento por parte de CENERCOL S.A. en el pago no pago oportuno de salarios, prestaciones de trabajadores y pagos a la seguridad social.

Adicional, es del caso hacer un análisis en cuanto a lo manifestado por el representante legal de la empresa contratista CENERCOL S.A., en el cual

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

soporta el incumplimiento del pago a la Seguridad Social, salarios y prestaciones en el hecho que la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P., no realizó el pago de las facturas debidamente radicadas, razón por la cual entró en mora con las obligaciones aludidas.

Al respecto cabe anotar que el contrato 009 de 2012 contenía la obligación de "cláusula SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA "1. El CONTRATISTA debe contar con los recursos físicos, humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del presente contrato disponibles para ser dedicados a este contrato", así, se torna ineludible para este Tribunal predicar el incumplimiento de CENERCOL S.A. no pudiendo escudar su conducta en el no pago de sendas facturas, pues desde el inicio del contrato debía contar con los recursos financieros para cumplir a cabalidad sus obligaciones contractuales, sin olvidar que es un contratista independiente y autónomo.

A su vez, la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, en su artículo 23 señala:

"ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el párrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

"Artículo 41.

(...)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente."

En este orden de ideas, se evidencia que según lo establecido por la Ley 1150 de 2007, independientemente de la naturaleza del contrato que se pretenda celebrar con personas públicas, siempre se debe acreditar el pago

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de aportes al sistema de seguridad social, es claro que el artículo 23 *ibidem*, condiciona cada pago derivado del contrato al cumplimiento de las obligaciones con la seguridad social y parafiscal, razón por la cual la sociedad contratista CENERCOL S.A., no puede manifestar que la mora o el no pago por concepto de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, es consecuencia del no pago por parte de ENERCA S.A. E.S.P. de facturas, toda vez que previo al pago acordado por las partes, la sociedad contratista, se encontraba en la obligación de acreditar el pago de sus obligaciones, tal y como lo señala la ley y se ratifica en el contrato de prestación de servicios N. 009 de 2012.

Ahora bien, respecto al incumplimiento en el pago oportuno de las de las liquidaciones definitivas a la terminación de los contratos de trabajo se puede decir, que existe confesión por parte del Señor Jairo de Jesús Parra Jaramillo cuando manifiesta en su interrogatorio en el minuto 1.02.09 que no se logró pagar al personal las liquidaciones a la terminación de los contratos.

Por otra parte, la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P., en las pretensiones aludidas, solicita a este Tribunal declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, en atención que el contratista CENERCOL S.A., incumplió las obligaciones relacionadas con la entrega y devolución de material de trabajo, pretensiones indicadas como séptima, octava y novena.

Para que este Tribunal, dicte decisión frente a esta controversia, se remitirá al dictamen pericial prueba vertebral en el asunto que nos compete.

De dicha prueba, se desprende las siguientes conclusiones: **a.** No existe un kardex de materiales, tanto de ENERCA S.A. E.S.P., como de CENERCOL S.A. y **b.** No existe soporte contable en el que se indique qué elementos fueron entregados a CENERCOL S.A.; por tanto, y en apego a lo concluido por el perito CÉSAR MAURICIO OCHOA de OCHOA AUDITORES Auditoría & Banca de Inversión, es de señalar:

“de acuerdo con la información entregada por las partes, al Perito no le es posible verificar los hechos que pudieran evidenciar la entrega inicial por parte de Enerca de los elementos instalados o no en el sistema, y menos aún, los hechos relacionados con la no devolución de elementos retirados del sistema y no reintegrados durante la ejecución del contrato de prestación N. 009 de 2012, así como el valor de los mismos” y “si existe o no devolución de stock de materiales a la terminación del contrato”, dado que no le fue entregada documentación que soportara dicha entrega o devolución tales como “libro de inventarios, balances y Kardex de almacén”, que contengan los datos y transacciones suficientes y necesarios para realizar auditoría forense o dictamen.”, es oportuno indicar que, la parte convocante ENERCA S.A. E.S.P, no demostró qué materiales de trabajo sobrante, debía entregarle CENERCOL S.A.; no demostró cual es el stock de materiales existente a la terminación del contrato, ni tampoco cuál fue el material retirado, por ende, no se impondrán las condenas solicitadas por la demandante en lo atinente a estos temas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Es así como este Tribunal, habrá de despachar en contra lo solicitado en la demanda principal como pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA Y NOVENA y consecuencialmente las pretensiones DECIMACUARTA, DECIMAQUINTA y DECIMASÉPTIMA.

Ahora bien, en cuanto a lo que tiene que ver con el personal mínimo requerido para el cumplimiento de la prestación del servicio, el Tribunal realiza las siguientes precisiones:

En el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, se indicó lo siguiente:

Cláusula Segunda: *"OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. ... 25.El perfil mínimo que el contratista debe garantizar es el siguiente: a) El CONTRATISTA estará obligado a mantener un ingeniero eléctrico, electricista o electromecánico con especialización en Gerencia de Proyectos u otra a fin como director o representante del proyecto dedicación exclusiva y tiempo completo, con conocimientos suficientes y experiencia necesarios; con plenas facultades de decisión en todos los aspectos operativos, administrativos técnicos, medioambientales, de prevención, de riesgo y demás, que se relacionarán para el desempeño de sus funciones, con él o los representantes de ENERCA S.A. E.S.P., nombre o designe en cada caso. b) El director de proyectos debe contar con una capacidad de: mando, liderazgo, y deberá certificar experiencia mínima de TRES (3) años, la cual se contará a partir de la expedición de la tarjeta profesional, debiendo acreditarla en: - Planeación, dirección, ejecución y administración, de proyectos en el sector eléctrico - planeación y coordinación de actividades en: Mantenimiento en líneas de transmisión, subtransmisión, redes de distribución y centros de transformación en el caso eléctrico. C) El CONTRATISTA se obligará a mantener un ingeniero de dedicación exclusiva y de tiempo completo, como ingeniero jefe de zona; con los conocimientos necesarios y suficientes en operación y mantenimiento de sistemas de: subtransmisión, distribución y centros de transformación, con facultades de decisión en lo que tiene que ver con aspectos: operativos, administrativos técnicos, medioambientales, de prevención, de riesgo y demás que sean necesarios para el perfecto funcionamiento de la Empresa en la zona de su influencia; así como la calidad en la prestación del servicio. d) El CONTRATISTA se compromete a disponer de las cuadrillas exigidas y ofertadas para dar cumplimiento con las instrucciones y órdenes específicas en desarrollo del trabajo..."*

En las pruebas arrojadas a este trámite, se encuentra el informe mensual de la interventoría 2C Ingenieros, que indica:

"ZONA NORTE No. 4 DE INTERVENTORÍA del 1 al 31 de agosto de 2013, el cual señala: RECOMENDACIONES... 9. Se recomienda tener más personal para poder ejecutar los trabajos a tiempo evitando inconformidades...", en el informe administrativo de interventoría mes de julio de 2013, señala: *"Se recomienda debido a los múltiples problemas que presenta el sistema en todo el Departamento, contratar nuevo personal para realizar mantenimiento preventivo..."*, ahora bien en el informe ejecutivo No. 9 denominado Procedimiento de seguimiento y control de la operación de redes STR Y SDL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

de interventoría del 1 al 10 de agosto de 2013, en el numeral 8. *“Conclusiones y recomendaciones”* dicha empresa, indica: *“La estructura de las cuadrillas operativas no son las ideales para operar el sistema de distribución y transmisión. Se debe urgentemente reorganizar las cuadrillas de tal manera que dichas cuadrillas sirvan para correctivo pero también para mantenimiento preventivo. Esta decisión no puede tomar mucho tiempo porque el sistema puede colapsar”*; igualmente en informe ejecutivo No. 2 de indicadores de calidad del 5 de septiembre 2013, la misma empresa señala: *“9.1. Conclusiones. Incrementar el personal de las cuadrillas en las diferentes zonas para una optimización del servicios”*, del mismo modo, en el Informe ZONA SUR, del 1 al 31 de agosto de 2013, la empresa de interventoría 2C Ingenieros, indica: *“Es importante incluir urgentemente una cuadrilla doble cabina en el municipio de monterrey debido a la no oportuna respuesta de CENERCOL en sitio, monterrey se encuentra muy descuidado por parte del contratista”*, obsérvese lo indicado en el oficio de referencia R11-STRNERCA-029-13-004 de data 28 de mayo de 2013, asunto OFICIO PREVENTIVO REEMPLAZO CUADRILLA LINIERO INSTALADOR ELECTRICO MUNICIPIO DE TRINIDAD *“Cenercol S.A., está en la obligación de reemplazar en forma inmediata el personal que falte por cualquier causa. El operario del asunto en referencia salta en trinidad, desde el 06 de Mayo de este año, ya la fecha no ha sido reemplazado. Esta demora perjudica el desarrollo de la operación y es un incumplimiento grave al contrato. Se requiere solución inmediata de este problema.”*

Es claro que en la mayoría de informes ejecutivos realizados por la interventoría 2C INGENIEROS S.A.S., como conclusiones y sugerencias, indicaba que había falta de personal en especial “cuadrillas” para cumplir con el objeto del contrato, razón por la cual, para este Tribunal, le asiste la razón a la sociedad ENERCA S.A. E.P.S., al realizar manifestaciones de inconformidad y alegación del incumplimiento del contrato por falta de personal requerido para el cumplimiento de las obligaciones pactadas al interior del contrato prestación de servicios No. 009 de 2012, así las cosas la pretensión DÉCIMA está llamada a prosperar.

Ahora, en cuanto a lo pretendido por la sociedad convocante, que se declare el incumplimiento por las obligaciones relacionadas con la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, con el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimiento y gestión de mantenimientos preventivos, este Tribunal, al respecto considera que, en el contrato celebrado por los extremos procesales, en la cláusula segunda numeral 72, se pactó, *“EL CONTRATISTA se obliga a cumplir con los indicadores de calidad del servicio establecidos en los Pliegos de condiciones”*, en efecto y desde el punto de vista probatorio tenemos que los informes presentados por la interventoría, los mismos establecen:

“Informe ZONA SUR, del 1 al 31 de agosto de 2013, la empresa de interventoría 2C, indica: “INCONVENIENTES ENERCA MES DE AGOSTO... En el indicador relacionado con la gestión del mantenimiento preventivo Cenercol muestra tendencia a la desmejora, debido a que en la zona solo se efectúan mantenimientos correctivos, esto también apoyado de que el stock de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

materiales es todavía escaso.”; igualmente; en el informe ejecutivo No. 2 Indicadores de calidad del 5 de septiembre de 2013, en el acápite denominado 9.1. CONCLUSIONES, la sociedad interventora establece: “- CENERCOL S.A., no cumplió con las metas trazadas en los indicadores. Los porcentajes de los indicadores siguen bajos constituyéndose en un incumplimiento parcial.- Cenercol S.A. no cumplió con la solicitud de mejora continua Operativa. – Cenercol no ha remplazado el insumo que ya cumplió el factor de uso, y no cuenta con todo el personal ofertado. – La empresa CENERCOL S.A., continúa con la deficiencia en la parte Operativa, y no ha comprado el material ofertado”, del mismo modo, en el mismo documento en el acápite 9.2 RECOMENDACIONES, se indica: “- Se recomienda contratar una cuadrilla para respaldar las visitas que están realizando CENERCOL S.A. a los diferentes circuitos, esta cuadrilla debe tener un dibujante para entregar los planos. – Se recomienda que los materiales entregados por CENERCOL S.A. deban llegar en una fecha próxima para poder realizar los mantenimientos programados los que nos llevará a que el indicador No. 4 tienda a subir.”, igualmente en dicho informe se indica: “INDICADOR “EJECUCIÓN DEL PLAN DE MANTENIMIENTO (EPLAN). – Presenta un valor de 58% como máximo, y un mínimo gravísimo de 0%. Lo que indica que los Planes de mantenimiento no se realizaron en su totalidad, lo que continúa siendo obvio, pues el contratista continúa presentando deficiencia en la entrega oportuna de materiales solicitadas por esta interventoría en comunicado correctivo RL-STREENCA-029-13-135 del cual se envió copia a la gerencia general de ENERCA, a la oficina jurídica de ENERCA...”

Para finalizar, es del caso mencionar las diferentes faltas en las que incurriera CENERCOL S.A. y que la interventoría 2C Ingenieros resaltarán, verbigracia, en comunicado RL – SETRENERCA -029-13-103 de agosto 9 de 2013, dirigido a la sociedad contratista y en la que se le notifica: “Con la presente notificamos al contratista CENERCOL S.A., que en el periodo comprendido entre el día 01 al 30 de julio de 2013; en previo ejercicio del control y seguimiento, esta interventoría encontró que el contratista incurrió en la falta 08, en la operación y mantenimiento del sistema de gas natural domiciliario” igualmente en oficio con referencia RL-STRENERCA-029-13-094 de fecha 2 de agosto de 2013, remitida a la entidad contratista, la interventoría manifiesta: “Ante la gravedad de estas situaciones y dado que ENERCA S.A. E.P.S., no puede verse expuesta a nuevos paros eventuales perjuicios por la falta de dirección del Ingeniero José Libardo Villamizar, y por la falta de criterio para tomar acciones de acuerdo con los resultados de los indicadores que tienden a la desmejora continua y el no acatar las órdenes y sugerencias de esta interventoría; solicitamos el cambio de este profesional, de tal manera que para el día 08 de agosto de 2013 se presente la nueva hoja de vida de una persona idónea y responsable, que garantice las condiciones mínimas de permanencia, competencia y seriedad de este perfil, toda vez que el incumplimiento a los compromisos asumidos por el director, a sus vez constituyen el incumplimiento reiterado de las obligaciones asumidas por CENERCOL S.A. en desarrollo del contrato 009 de 2012.”

En este orden de ideas, el Tribunal considera que con el material probatorio inmerso en este trámite, se encuentra demostrada la pretensión de la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

demanda, por lo que declarará el incumplimiento deprecado en la pretensión UNDÉCIMA de la demanda principal, en el entendido que CENERCOL S.A., presentó deficiencias en el cumplimiento de los indicadores pactados en el contrato, al igual que las recomendaciones y sugerencias presentadas por la empresa de interventoría 2C Ingenieros, perjudicando así a la entidad contratante y el funcionamiento propio por el cual fue contrato CENERCOL S.A.

Descendiendo al caso que nos ocupa, específicamente al incumplimiento deprecado en la pretensión DUODÉCIMA, en relación con las obligaciones relacionadas con la presentación de informes, este estrado considera que del material probatorio que reposa al interior del plenario, es suficiente para despachar de forma positiva el *petitum*, obsérvese a folio 2688, en acta de comité de fecha 15 de julio de 2013, se menciona lo siguiente *“El informe de junio no se entregó aún. Se compromete con los semanales 1,2, semana para el día 16 de julio de 2013 y el informe mensual igualmente.”*

Respecto de los informes a que hace alusión la empresa contratante, el pliego de condiciones en el numeral 5.3., indica que el contratista se obliga a presentar a finalizar cada vigencia fiscal un informe de gestión en el que se compile las actividades ejecutadas, igualmente debía anexar, copias de actas, registros fotográficos, etc, como se evidencia, CENERCOL S.A. no demostró el cumplimiento de dicho pacto, por el contrario, en los informes presentados por la empresa interventora, se prueba que el contratante, siempre se encontraba en mora de dichos informes.

Además de lo ya expuesto este Tribunal pudo constatar documentos en los cuales se aprecia de manera clara otros incumplimientos por parte de CENERCOL S.A. como son:

TIPO DE DOCUMENTO	FECHA	AÑO	UBICACIÓN	OBSERVACIÓN
Declaración de incumplimiento	Mayo	2013	Caja uno, cuaderno uno, folios 77-78	“llamado a audiencia para imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento”
Informe interventoría	Julio	2013	Caja uno cuaderno ocho folio 1445	“incumplimiento contratista CENERCOL”
Informe ejecutivo		2013	Caja dos, cuaderno nueve, folio 1455-1468	“incumplimiento pago de seguridad social... materiales...”
Informe interventoría	septiembre	2013	Caja dos, cuaderno	“no cumplió con metas trazadas en

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

			doce, folio 2139-2144	los indicadores... no cumplió con la solicitud de mejora continua”
Carta dirigida a Cenercol por parte de la junta directiva del sindicato de electricidad y podas y gas de Casanare “SINTRAELECTRIPOGCAS”	28 octubre	2013	Caja tres, cuaderno 18 folio 3433 – 3434	“rechazamos enérgicamente el no pago de la seguridad social de nuestra compañera KATERINE TIGREROS, quien se encuentra embarazada”
Informe interventoría	octubre	2013	Caja tres, cuaderno 18 folio 3487-	“los días 22 y 23 de octubre los operarios de CENERCOL hicieron paro de actividades perjudicando grandemente al sistema”
Informe interventoría zona norte	octubre	2013	Caja tres, cuaderno 20 folio 3882-3892	“no cumple con los pagos a tiempo de nómina de los trabajadores, no suministra el suficiente combustible y no realizó mantenimiento...”
Informe interventoría QHSE	octubre	2013	Caja tres, cuaderno 21 folio 3499-4006	“mediante este informe se concluye que a la empresa contratista CENERCOL S.A. no hizo los pagos a tiempo de seguridad social de los trabajadores...”
Informe técnico zona norte	octubre	2013	Caja tres, cuaderno 24 folio 4679-4689	“no cumple con los pagos a tiempo de nómina de los trabajadores, no suministra el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

				suficiente combustible y no realizó mantenimiento...”
Informe interventoría QHSE	noviembre	2013	Caja tres, cuaderno 21 folio 4832-4838	“mediante este informe se concluye que la empresa contratista CENERCOL S.A. no hizo los pagos a tiempo de seguridad social de los trabajadores...”
Informe técnico zona norte	noviembre	2013	Caja tres, cuaderno 25 folio 4913-4923	“no cumple con los pagos a tiempo de nómina de los trabajadores, no suministra el suficiente combustible y no realizó mantenimiento...”
Informe interventoría centro	diciembre	2013	Caja cuatro, cuaderno 25 folio 5271-5284	“no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual ...”
Informe interventoría QHSE	diciembre	2013	Caja cuatro, cuaderno 29 folio 5613-5620	“mediante este informe se concluye que la empresa contratista CENERCOL S.A. no hizo los pagos a tiempo de seguridad social de los trabajadores...”
				“no es raro mencionar nuevamente que el personal de CENERCOL S.A. se cuenta laborando en condiciones de alto

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

				riesgo por la falta de elementos de protección... demostrando así el incumplimiento permanente a las políticas de seguridad industrial y salud ocupacional plasmadas en el contrato y en el pliego de condiciones..."
Informe ejecutivo	enero	2014	Caja cuatro, cuaderno 31 folio 6011-6018	"no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual ..."
Informes ejecutivos mes de febrero semanales	febrero	2014	Caja cuatro, cuaderno 32 folio 6142-6321	"continúa observando que CENERCOL S.A. no tiene la capacidad de respuesta necesaria para atender todos los incidentes diarios... continúa sin la efectividad requerida para la atención de P.Q.R. ..."
Informe mensual interventoría	Enero	2014	Caja cuatro, cuaderno 33 folio 6500-6514	"no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual ..."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Informe mensual interventoría zona centro	Enero	2014	Caja cuatro, cuaderno 34 folio 6602-6618	<p>“durante ocho meses que lleva esta interventoría en el desarrollo del contrato se han evidenciado pésimos resultados por parte del contratista CENERCOL S.A... se evidencian los incumplimientos del contratista por falta de manteamientos de vehículos...</p> <p>no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual ...”</p>
Informe semanal	marzo	2014	Caja cuatro, cuaderno 34 folio 6602-6618	<p>“continúa observando que CENERCOL S.A. no tiene la capacidad de respuesta necesaria para atender todos los incidentes diarios... continúa sin la efectividad requerida para la atención de P.Q.R. ...”</p>
Informe mensual interventoría	marzo	2014	Caja cuatro, cuaderno 42 folio 8371-6618	<p>“...no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual ...”</p>
Informe mensual interventoría zona centro	marzo	2014	Caja cuatro, cuaderno 42 folio 8390-8405	<p>“...no realizada entrada en materiales como se requiere en el stock mínimo contractual</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

				...
--	--	--	--	-----

Por ende, este Tribunal despachará favorablemente las pretensiones de la demanda principal identificadas como: TERCERA, CUARTA, QUINTA Y SEXTA y a su vez rechaza las siguientes excepciones propuestas en la contestación de la demanda principal: A) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO. E) CULPA GRAVE DE LA DEMANDANTE. F) INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA. G) OTRAS. H) GENÉRICA.

Con todo lo anteriormente expuesto en este acápite, se tiene que prosperan las excepciones propuestas en el escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvenición tales como. *“SEXTA: inexistencia de responsabilidad de Enerca”*. *“SÉPTIMA. Responsabilidad exclusiva de Cenercol”*. *“OCTAVA. Culpa exclusiva de Cenercol”*. *“DÉCIMA. Incumplimiento de contrato por parte de Cenercol”*, y por lo mismo, se rechazan las pretensiones 7, 9, 12, 15 y 16 del escrito de reforma de la demanda de reconvenición, como a su turno tampoco prosperan las siguientes excepciones presentadas a la reforma de la demanda de reconvenición *“PRIMERA. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*. *“TERCERA. Falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados de CENERCOL”*, *“CUARTA. Inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados”*, *QUINTA. Incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda*. *“UNDÉCIMA. Pago”*. *DUODÉCIMA. Compensación.*, *DÉCIMO CUARTA. Genérica o innominada*

C) Terminación del CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS suscrito entre las partes, según se alega en la pretensión segunda de la demanda principal y octava de la demanda de reconvenición.

En fecha seis (6) de Julio de 2012, se suscribió el contrato de prestación de servicios N° 009 de 20012, entre la Empresa de Energía de Casanare S.A E.S.P- ENERCA S.A E.S.P-, como Entidad contratante, y la sociedad Consorcio Energía Colombia S.A -CENERCOL S.A, como Entidad contratista, con el objeto que se realizara “la Operación y Mantenimiento del sistema de Transmisión Regional (STR), el sistema de distribución local (SDL) y otras actividades complementarias desarrolladas por ENERCA S.A E.S.”.

El mencionado contrato inició mediante suscripción de acta de inicio, el dieciocho (18) de julio de 2012, con un plazo de ejecución de treinta y un (31) meses:

“Cláusula Quinta: Plazo de ejecución de las obligaciones.- Será de TREINTA Y UN MESES, contados a partir de la suscripción del acta de inicio del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

presente contrato, de conformidad con los valores proyectados para cada vigencia 2012, 2013, y 2014.”

A lo largo de la ejecución del contrato y de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, hubo incumplimientos por parte de la sociedad contratista, CENERCOL S.A. E.S.P. en relación a obligaciones estipuladas en el contrato, no obstante, CENERCOL S.A., alega que sus incumplimientos se debieron a que la Entidad Contratante ENERCA S.A. E.S.P., no le pagaba sus facturas, afirmación que no puede adoptar este Tribunal, en virtud a que el Contratista, es una sociedad independiente que de acuerdo a las obligaciones establecidas en el contrato (Cláusula Segunda numeral 1.), debía contar con los recursos físicos, humanos y financieros necesarios para la oportuna y correcta ejecución del objeto del contrato, de hecho en varios comunicados se observa como CENERCOL S.A. manifiesta y expresa que requiere el pago para poder cumplir con sus obligaciones, lo que detenta la falta de músculo financiero para poder realizar el objeto del contrato; un contratista independiente no puede supeditar el cumplimiento de sus obligaciones al pago de su contratante, él como buen hombre de negocios debe poder cumplir con sus obligaciones sin supeditarlas. Así las cosas y conforme a las pruebas analizadas se observó que a los tres meses de iniciado el contrato se empezó a detectar retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte de CENERCOL S.A., lo que llevó a las partes a iniciar conversaciones en relación a una terminación anticipada del contrato de prestación de servicios.

La Ley 143 de julio 11 de 1994, regula el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, ley que es de aplicación al contrato de prestación de servicios Nro. 009 de 2012 por tratar asuntos del sistema de transmisión regional y de distribución local y otras actividades complementarias desarrolladas por Enerca S.A. E.S.P. El parágrafo del artículo 8 de la mencionada Ley establece lo siguiente:

“Artículo 8°. Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.

Salvo disposición legal en contrario, los presupuestos de las entidades públicas del orden territorial serán aprobados por las correspondientes juntas directivas, sin que se requiera la participación de otras autoridades.

*Parágrafo. **El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado.** La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Teniendo en cuenta que ENERCA S.A. E.S.P. es una Empresa de Servicio Público de Energía Eléctrica, la misma se rige bajo lo establecido en la Ley 143 de 1994, por lo que su régimen de contratación es el de derecho privado y que la Ley 142 de 1994 señala igualmente que a las empresas de servicios públicos se someten al régimen jurídico de derecho privado, este Tribunal se acogerá las normas de derecho privado aplicables a la terminación de los contratos, por lo que en el caso concreto no se tratará la terminación como una potestad exorbitante de la Entidad contratante, pues la misma no tenía dicho poder excepcional.

En ese orden de ideas, el artículo 1602 del código civil consagra lo siguiente:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Lo anterior quiere decir que, así como las partes tienen capacidad para comprometerse y obligarse, también tienen la capacidad para liberarse mutuamente del cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Así lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia:

“El principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes.

Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”. (Art. 864)

(...)

El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al Juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos.”⁹ (Negritas y subrayado fuera de texto)

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicación nº 11001-31-03-007-2007-00606-01, Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciséis (2016). ARIEL SALAZAR RAMÍREZ Magistrado Ponente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Teniendo en cuenta lo esgrimido, es necesario manifestar que las partes en un contrato pueden por mera voluntad y mutuo disenso terminar el contrato del cual surgen obligaciones para ellas, es de total entendimiento que si las partes del contrato ven que lo mejor para ellas es terminar con sus obligaciones, para que no se generen daños y perjuicios en la operación continua del sistema de transmisión regional y distribución local que repercute en el usuario final y a la vez no se generen perjuicios para el contratista desde el punto de vista de mayores incumplimientos, las partes bien lo pueden hacer y el administrador de justicia no se puede oponer a ello.

Se puede decir que conforme a las pruebas allegadas, no existió una terminación unilateral abusiva o ilegal por parte de la Entidad Contratante ENERCA, de hecho, es notable que la terminación del contrato fue consentida por ambas partes y que el mismo tendría vigencia hasta el 28 de marzo de 2014, lo cual se denota de varios hechos esgrimidos en la subsanación de la demanda principal los cuales fueron aceptados y confesados por la Entidad demandada (Cenercol S.A.), lo que también se puede deducir de varios documentos allegados con el escrito de la reforma a la demanda de reconvenición instaurada por CENERCOL S.A. como se mostrará a continuación.

En el hecho 29 de la subsanación de la demanda principal instaurada por Enerca se dice:

“Mediante comunicación GG-CLI-013-199, CENERCOL solicitó la terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios N° 099 de 2012, requerimiento que fue atendido por Enerca, con respuesta fechada el día 17 de diciembre de 2013, radicado No. 2013025668 del 18 de diciembre de 2013.”

CENERCOL S.A. en escrito de Contestación de la demanda principal responde el anterior hecho de la siguiente manera:

“No es cierto, puesto que Cenercol S.A., en ningún momento solicitó la terminación bilateral sino de común acuerdo del contrato de prestación de servicios como se argumentó en la comunicación fechada el 18 de diciembre de 2013 (GG-CLI-013 de 204) los intentos de terminación bilateral del contrato de prestación de servicios antes de la llegada de su término de vencimiento se produjeron como resultado de las conversaciones sostenidas entre Enerca y Cenercol. Por lo anterior, es importante recalcar que la terminación bilateral anticipada del contrato no obedeció a una iniciativa presentada por Cenercol unilateralmente, sino al libre y voluntario acuerdo de las partes. De conformidad con lo anterior, Cenercol, se manifestó solicitándole a Enerca, la formalización de lo acordado para que se protocolizara la situación en un documento.”

En el hecho 30 de la subsanación de la demanda principal instaurada por ENERCA S.A. E.S.P. se dice:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

“Mediante acta de reunión celebrada el 23 de diciembre de 2013, con el objetivo de definir propuesta y metodología para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito con CENERCOL como acuerdo de intención entre las partes, se acordó entre otras cosas, la fecha de terminación anticipada y bilateral del Contrato No 009 de 2012, el 28 de febrero de 2014 (...)”

Cenercol S.A. en escrito de Contestación de la demanda principal responde el anterior hecho de la siguiente manera:

“Este numeral consta de dos hechos diferentes. Respecto del primero, el acta del 23 de diciembre de 2013 tuvo como objetivo “definir propuesta y metodología de mutuo acuerdo para la terminación bilateral del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito con Cenercol, allí se manifestó la intención conjunta de las dos empresas de terminar en forma anticipada y bilateral el contrato. (...)”

En el hecho 33 de la subsanación de la demanda principal instaurada por ENERCA S.A. E.S.P. se dice:

“El 13 de marzo de 2014 Enerca comunica a Cenercol la terminación del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014.”

CENERCOL S.A. en escrito de Contestación de la demanda principal responde el anterior hecho de la siguiente manera:

“Es Cierto, y este es el escenario obvio y al que Enerca a partir del primer trimestre del año 2013 siempre buscó y quiso llegar, no obstante las intenciones de Cenercol quien en aras de la buena fe buscó la terminación la terminación del contrato, pero por mutuo acuerdo de las partes (...)”

Es de precisar que aunque CENERCOL S.A. manifiesta que es cierto que ENERCA S.A. E.S.P., comunicó la terminación del contrato y que la intención de ella era que se hiciera por mutuo acuerdo, lo cierto y lo que se percibe de las pruebas es que CENERCOL S.A. ACEPTÓ la terminación del contrato como se muestra a continuación, siendo la terminación del contrato una terminación consentida por ambas partes.

En el hecho 34 de la subsanación de la demanda principal instaurada por ENERCA S.A. E.S.P. se dice:

“Cenercol, con comunicación GG-CLI-014-034, del 20 de marzo de 2014, recibida en Enerca, el mismo día e identificada con el radicado de correspondencia No. 2014014101, en respuesta a la comunicación mencionada en el hecho anterior, entre otras cosas expresaron lo siguiente:

Damos respuesta a su comunicación de fecha 14 de marzo de 2014 ante la cual manifestamos:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

1. Nos entendemos notificados de la terminación del contrato de prestación de servicios 009 de 2012 suscrito entre Enerca y Cenercol S.A, el pasado 6 de julio de 2012.
2. Aceptamos la terminación del contrato antes señalado, pero por causas imputables directamente a Enerca por el incumplimiento en el pago de las facturas en los servicios prestados por Cenercol S.A. (...)
3. La terminación del contrato 009 de 2012 por incumplimiento de las obligaciones contratadas por enerca tendrá entonces efectos a partir de la culminación de actividades del día 28 de marzo de 2014." (subrayado fuera de texto).

CENERCOL S.A. en escrito de Contestación de la demanda principal responde el anterior hecho de la siguiente manera:

"Es cierto. (...)"

Con lo anterior, lo que evidencia este Tribunal es que, si hubiese sido una terminación unilateral, CENERCOL S.A. solamente se hubiera dado por notificada de la mencionada terminación y se hubiera opuesto, sin embargo, lo que se denota es que CENERCOL S.A., ACEPTA la terminación y acepta que dicha terminación sea en fecha 28 de marzo de 2014.

Para soportar aún más la aceptación de la terminación del Contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, la cual se presenta como una terminación de mutuo acuerdo, este Tribunal trae a colación los siguientes documentos:

A folio 110 del expediente se encuentra el documento GG-014-047, el cual fue enviado por CENERCOL S.A. a Seguros Mundial, en este documento se esgrime lo siguiente:

"Adjunto a la presente comunicación me permito allegar copia de la Carta radicada en Empresa de Energía del Casanare, por medio de la cual anunciamos a la empresa antes señalada la aceptación de la terminación del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012 por causas imputables a la entidad (...)."

A folio 178 del expediente se encuentra el documento GG-CLI-013-204, el cual fue enviado por CENERCOL S.A. a ENERCA S.A. E.S.P., en el que expresa:

"Referencia: Contrato 009 de 2012-Terminación bilateral anticipada de contrato de prestación de servicios 009 de 2012.

Respetados señores:

Teniendo en cuenta su comunicación de fecha 17 de diciembre de 2013 frente al asunto de la referencia y con la finalidad de evitar interpretaciones erradas o inconvenientes futuros entre las partes nos permitimos aclarar:

1. La terminación bilateral anticipada del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012 antes de la llegada de su término de vencimiento se produce como resultado de las conversaciones previamente sostenidas en diversos escenarios por las partes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

propuesta que fue aceptada por nuestra compañía y reiterada en dos comunicaciones enviadas por nosotros a ustedes.

2. Conforme a lo anterior es importante aclarar que la terminación bilateral de manera anticipada no obedece a una iniciativa presentada por Cenercol S.A. de manera individual, sino al resultado de las negociaciones a las que las partes llegaron de manera conjunta. “(subrayado fuera de texto)”

A folio 180 del expediente se encuentra el documento GG-CLI-013-204, el cual fue enviado por CENERCOL S.A. a ENERCA S.A. E.S.P., en el que expresa:

“Me permito hacer referencia a nuestra comunicación de fecha 29 de noviembre de 2013 recibida por Enerca bajo radicado 2013015413 de 2 de diciembre del mismo año por medio de la cual manifestamos nuestra aceptación a la propuesta presentada de manera verbal por ustedes para la terminación por mutuo acuerdo del contrato en mención de manera anticipada (...)”.

Teniendo en cuenta lo señalado en relación a la terminación por mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios No 009 de 2012, se puede concluir que la terminación no fue una terminación ilegal o abusiva por parte de ENERCA S.A. E.S.P., ya que CENERCOL S.A. aceptó la terminación del contrato de prestación de servicios, consintiendo que las obligaciones que emanaban del contrato igualmente se extinguirían para ambas partes a partir del 28 de marzo de 2014, conforme a lo mencionado no habría un perjuicio de lucro cesante o daño emergente para CENERCOL S.A. ni para ENERCA S.A. E.S.P., pues de mutuo acuerdo aceptaron que sus obligaciones terminarían en la fecha acordada por ambas partes.

Con lo anterior, este Tribunal despachará desfavorablemente la excepción denominada “C) LA ILEGAL Y/O ABUSIVA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No 009 DE 2012 REALIZADA POR ENERCA S.A.” propuesta en la contestación de la demanda principal, así como también tiene como probada la pretensión SEGUNDA de la demanda principal y a su vez tiene como probada también la excepción NOVENA propuesta en la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción, y por lo mismo rechaza la pretensión 8 del escrito de la reforma de la demanda de reconvencción.

D) INDEMNIDAD: Parágrafo de la cláusula DÉCIMA del contrato No. 009 de 2012. Anexo final numeral 2.12 del pliego de condiciones.

Por último, en la pretensión DÉCIMO TERCERA, ENERCA S.A.S. E.S.P., solicita la declaratoria de la cláusula de indemnidad, contenida en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

Es propio indicar que en el escrito subsanatorio de la demanda, ENERCA S.A. E.P.S., menciona la cláusula décima, la cual establece la RESPONSABILIDAD del contratista frente a reclamos, demandas, acciones legales y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a su personal, así como las reclamaciones laborales de cualquier índole y de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

terceros, las cuales serán pagadas por el mismo y dejando indemne al contratante.

Al respecto y en consonancia con lo anterior, para el Tribunal es de vital importancia traer a colación lo establecido en el Código Sustantivo Laboral, referente al tema de los contratistas independiente:

ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

*1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para **realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.** (Negrilla fuera del texto).*

Al tenor de la norma laboral, se concluye que no es un sistema distinto que el de la implementación del PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, al respecto la jurisprudencia ha señalado:

“Esta Corporación, en sede de tutela, ha declarado la responsabilidad solidaria entre el contratista y la empresa contratante, para el pago de obligaciones laborales de un trabajador que desarrolló una labor que vincula directamente a la empresa contratante. Se predica responsabilidad solidaria en materia laboral, al tenor del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio correspondería efectuarla a ella, por ser una de las actividades relacionadas en su objeto social; (ii) la empresa contratista contrata, a través de contrato laboral, al trabajador o a los trabajadores que se requieren para para la ejecución de la labor o la obra; (iii) la labor ejecutada por el trabajador en beneficio de la empresa contratante guarda relación directa con una o varias de las actividades que aquella realiza, de acuerdo con el giro propio de sus negocios; (iv) la empresa contratista incumple, total o parcialmente, sus deberes como empleadora, de uno o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de la empresa contratista; y, (v) la labor la ejecutó el trabajador bajo órdenes y supervisión de la empresa contratante; o siguiendo lineamientos por ella establecidos; o en las instalaciones físicas de la misma y haciendo uso de sus recursos físicos y de personal; o todas las anteriores.”¹⁰

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-889/14 M.P. DRA. María Victoria Calle Correa

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

Ahora bien, respecto a la cláusula de indemnidad, el Consejo de Estado, ha referido:

“En este sentido la Sala reitera su jurisprudencia respecto de la legitimación en la causa de las entidades públicas contratantes, incluso en casos en los que se pacten cláusulas de indemnidad. Para el efecto la Sala se remite a lo dicho en sentencia de 9 de octubre de 1985:

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular participe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que, no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la empresa. Si así lo fuera sería

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.

Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.”¹¹

Para el Tribunal resulta claro, que la cláusula de Indemnidad en el contrato celebrado entre las parte y en los pliegos de condiciones, NO ES NULA, en el entendido, que las partes acordaron que el contratista mantendría indemne a ENERCA S.A. E.S.P., de las reclamaciones legales que se generaran frente al desarrollo del contrato, es decir, entre las partes dicha cláusula es totalmente válida, sin embargo, a la luz de los terceros, tanto CENERCOL S.A. como ENERCA S.A. E.S.P, son solidariamente responsables; el primero en calidad de “empleador” y el segundo en calidad de “beneficiario o dueño de la obra”.

Es prudente indicar, que si bien en cierto, existió un incumplimiento por parte de CENERCOL S.A., respecto del pago de seguridad social y demás acreencias laborales, tal y como se indicó en el transcurso de este laudo, también es cierto que ENERCA S.A. E.S.P., no se puede desprender de la responsabilidad que le asiste como contratante *solidario*, a la luz del artículo 34 del C. S del T. y los preceptos descritos en la Sentencia T-889/14., sin que se desconozca que la empresa estatal pueda repetir en contra del contratista.

Con lo anterior, este Tribunal despachará favorablemente la pretensión DÉCIMOTERCERA de la demanda principal y desfavorablemente la pretensión 13 y 14 contenida en la reforma de la demanda de reconvencción.

Del pago de las facturas solicitadas por CENERCOL S.A. e intereses moratorios.

Desde la primera audiencia de trámite este Tribunal fijo su competencia, respecto no solo de las pretensiones de la demanda principal sino también de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción, no habiendo sido enervado el auto que asumió la competencia por ninguna de las partes, siendo así, respecto a las pretensiones 10 y 11 de la reforma a la demanda de reconvencción propuesta por la parte demandada, debe este Tribunal reiterar su competencia, sin embargo, se analiza, si le asiste competencia para pronunciarse sobre las facturas que pretende cobrar el demandado, con ocasión al contrato sujeto del litigio, así, es menester

¹¹ Consejo de Estado – Sección Tercera Nro. 30122 M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

entonces para establecer su competencia el disponer de principios legales que le atribuyen la ley arbitral, la cual le permite al Tribunal, establecer su propia competencia respecto a lo solicitado por las partes, argumento que ya se ha estudiado y aclarado por las altas cortes, ya que en sentencia SU-174 de 2007, la Corte analizó el principio kompetenz-kompetenz que rige la justicia arbitral. En aquella oportunidad se dijo:

*“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales y la doctrina especializada en la materia, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales. En virtud de este principio, **los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes**, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto.)

Concepto que fue ratificado por la ley 1563 de 2012, ya que es su artículo 12, refiere que *“...El Tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario...”*

Conforme a ello, se debe tener en cuenta que el Tribunal es plenamente competente para conocer de las facturas que refiere el demandado en su reforma a la demanda de reconvención, ya que como lo refiere la sentencia antes enunciada, el Tribunal tiene la potestad de conocer determinada pretensión relativa a la disputa, para el caso concreto, lo relativo al pago de las facturas que solicita el demandante en reconvención en su reforma a la demanda de reconvención, toda vez que estas se generaron con ocasión al contrato objeto del litigio que conoce este tribunal, esto lo ratifica el Consejo de Estado el cual mediante radicado 838 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil estableció que *“Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tengan relación con el contrato que le sirvió de fuente.”*

Argumento que igualmente comparte y confirma el apoderado de la parte demandada y demandante en reconvención CENERCOL S.A. en sus alegatos, ya que él mismo refiere que *“Competencia del juez: En la medida que ENERCA y CENERCOL EN LIQUIDACIÓN aceptaron renunciar a la jurisdicción ordinaria con el fin que fuese un Tribunal Arbitral el que dirimiera las controversias existentes, **el árbitro sería igualmente competente para conocer de las controversias derivadas de la exigibilidad de pago de***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

las facturas, en la medida que éstas son nacientes del Contrato.
(Negrilla y subrayado fuera de texto.)

En razón a lo anterior debe recordarse que, de acuerdo con este mismo laudo en apartes anteriores, se estableció que existió incumplimiento del contrato objeto del litigio por parte del demandado CENERCOL S.A., ello nos permite inferir que las facturas nacen a partir de un negocio jurídico celebrado previamente entre las partes, siendo este contrato el nexo causal que dio origen a los títulos valores, para el caso concreto, el contrato celebrado entre demandante y demandado es el nexo casual que dio origen al cobro de las facturas 4691, 4692 y 4734 de 2014, toda vez que las obligaciones contraídas en los títulos valores, fueron creadas u originadas con ocasión y en ejecución del contrato, siendo necesario reconocer, como se determinó en acápites anteriores, que al existir un incumplimiento del contrato suscrito entre las mismas partes, por ende, las facturas no pueden ser cobradas, más aún, cuando es claro que el hecho de declarar el incumplimiento del contrato por parte de CENERCOL S.A. genera como efecto jurídico, el que las facturas que están pretendiendo ser cobradas por el mismo, no puedan prosperar, argumento que fue ampliamente desarrollado y solicitado por el apoderado de la parte demandante, en la contestación a la reforma de la demanda de reconvenición.

Así mismo, debe mencionarse que las facturas 4691 y 4692, mencionadas por CENERCOL S.A. fueron aportadas al proceso en copia simple, ya que además el apoderado de la parte demandante en su escrito de alegatos refirió que *“En cuanto al pago de las facturas demando, este no procede, por cuanto en el presente proceso no obra el título valor original de ninguna de las facturas de venta emitidas por CENERCOL, identificadas con los números 4691 y 4692 el día 7 de mayo de 2014 y la factura No. 4734 del 13 de junio de 2014, por cuanto se aportaron en el proceso ejecutivo instaurado por CENERCOL, en fecha posterior al inicio de este proceso arbitral, ante el Juzgado 3° Civil del Circuito de Yopal, identificado con Radicado 85001-31-03-003-2017-00080-00, el cual puede ser consultado por el Honorable Tribunal en la página de consulta de procesos judiciales habilitada por el Consejo Superior de la Judicatura, en contra de ENERCA, y del cual adjunto copia del auto que rechazó la demanda y levantó las medidas cautelares, por falta de jurisdicción, por tratarse de la ejecución de un título complejo derivada de la celebración de un contrato estatal, ejecución que es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, ordenándose la remisión del expediente a dicha jurisdicción para lo de su competencia, para que sea tenido como prueba, en virtud a que es un hecho posterior al decreto de pruebas.”*

En razón a lo anterior, debe estudiar este Tribunal si es dable igualmente hacer el cobro ejecutivo de estos títulos valores con copia simple, así, para ello, debemos remitirnos a la Sentencia T-085/01, establecida por la Corte Constitucional, la cual infiere que *“El caso de las facturas cambiarias se presta particularmente para la aplicación de esta teoría. Existe casi*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

unanimidad doctrinal en el sentido de que, en lo referente a títulos valores, **el único documento válido para iniciar la acción cambiaria es el original**... Es por esto que válidamente, dentro de la autonomía y libertad de interpretación otorgada a los jueces por la Constitución y la Ley, hay quienes inclinándose por la estricta aplicación de los principios de los títulos valores, la propenden por la validez del original para respetar el derecho de hacer exigible la obligación consagrada que tiene únicamente el tenedor de éste...” (Negrilla fuera de texto). Como se puede observar la necesidad del título valor en original refiere un principio de los títulos valores y que a criterio de este Tribunal, es necesario su original, para definir la exigibilidad del mismo, más aún cuando como se mencionó antes, estas facturas reposan en otro proceso judicial, ya que esto permite dar mayor seguridad jurídica respecto a la exigibilidad del mismo, y aun cuando se intentó tramitar el cobro de dichos títulos valores, casi al mismo tiempo, tanto en la justicia ordinaria como a través de este Tribunal, por tal razón, no es viable el cobro de las mismas, atendiendo las anteriores situaciones jurídicas de que adolecen los títulos valores ya mencionadas en este acápite.

Así mismo, se debe indicar que la factura 4734, mencionada por CENERCOL S.A. que fue aportada al proceso, debe este Tribunal igualmente hacer un estudio juicioso del título, como lo hizo con los anteriores, del cual debe en primer lugar referir los mismos argumentos esbozados anteriormente, respecto de haberse aportado copia simple de un título valor, para lo cual se afirma lo ya mencionado sobre esta situación jurídica, adicionalmente, este Tribunal observa además que el título no tiene en ninguna parte del cuerpo de la copia simple de la factura, la aceptación por parte de ENERCA S.A. E.S.P. dicho esto, la ley 1231 de 2008 en su artículo 2 “...**El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico.** Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.” (Negrilla fuera de texto), dentro de la misma ley en su artículo 3 refiere que “...El artículo 774 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: **Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes...** 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.... **No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo.** Sin embargo, la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura...” *negrilla fuera de texto*, es claro e indiscutible que al tenor de la norma, la falta del requisito de aceptación así como el haber indicado nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla, que para el caso concreto dicho requisito no se cumplió, por tal razón el título no podrá ser cobrado, atendiendo además las anteriores situaciones jurídicas de que adolece el título valor ya mencionadas en este acápite.

Por lo esgrimido en este acápite, es de rechazar las pretensiones 10 y 11 de la reforma de la demanda de reconvención y rechazar a su vez la excepción “SEGUNDA. ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones” y “DÉCIMA TERCERA. Existencia de trámite especial”, como también la excepción, propuestas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención.

3) Analizar los elementos que estructuran la responsabilidad civil contractual, la excepción de mérito denominada “ALDA. DE REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO Arts 206 del OCIE” propuesta en la contestación de la demanda principal, las pretensiones declarativas y de condena de la misma demanda, condena en costas, la cuantía y demostración de los perjuicios reclamados, el juramento estimatorio y su objeción.

ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Son requisitos de la acción de responsabilidad civil contractual los siguientes:

1. El incumplimiento de una obligación adquirida en virtud de un contrato.
2. Que ese incumplimiento haya producido un daño.
3. Que entre uno y otro, exista nexo de causalidad.

Para el caso que nos ocupa y resumiendo los argumentos ampliamente esbozados a lo largo de las consideraciones del presente laudo, en primer lugar tenemos que el incumplimiento de la obligación a cargo de CENERCOL S.A., en virtud del contrato de prestación de servicios número 009 de 2012, se configuró principalmente por:

(i) Haberse retraído sin justificación válida al pago de parafiscales, salarios y prestaciones sociales.

Ahora bien, habiendo existido incumplimiento, es de analizar el daño, siendo este el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad, a fin de establecer la responsabilidad del demandado dentro del proceso arbitral que nos ocupa, debe hacerse primero un examen acucioso sobre la existencia del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

daño, siendo este elemento necesario mas no suficiente para acreditar tal responsabilidad, , así lo ha sostenido la corte, respecto a que *“dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado**, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”*. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968), (negrillas y subrayado fuera de texto), como lo define la Corte Suprema de Justicia, el Juez debe tener en cuenta, que a fin de mediar una responsabilidad sobre el demandado, debe primero lograrse probar dentro del proceso que existió un daño y este logró ser demostrado, así, si se observan los oficios decretados como prueba y allegados al Tribunal, por los distintos Juzgados en los cuales se cursaban procesos laborales contra ENERCA S.A. E.S.P. y CENERCOL S.A. este Tribunal no encuentra prueba alguna, en que el demandante ENERCA S.A. E.S.P. haya tenido que pagar alguna condena, con ocasión al contrato en litigio, más aún, no se allegó al trámite arbitral prueba ni siquiera sumaria que determinara el que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero, por concepto de condenas en procesos judiciales, ya que los distintos juzgados informaron a este tribunal que:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal Casanare, mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó que la demanda del señor Orlando Guzmán Becerra, proceso identificado con el radicado No. 2015-544 contra CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal Casanare manifestó que *“mediante providencia de fecha 21 de julio de 2016 se decretó la contumacia del proceso por falta de notificación. proceso que se encuentra archivado”* en razón a lo anterior, no existió ningún tipo de condena en contra de ENERCA S.A. E.S.P.

Por su parte, el Juzgado del Circuito Promiscuo de Monterrey Casanare, mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 25 de octubre de 2017, informó a este Tribunal los siguientes procesos existentes y su estado:

- *“Los procesos 2015-023, 2015-024, 2015-025, 2015-026, 2015-027, 2015-028, 2015-029, 2015-030, 2015-031, 2015-032, 2015-033 y 2015-034, mediante autos calendados del cinco de noviembre de 2015, fue decretada la acumulación de cada uno de los procesos mencionados al proceso ordinario laboral de primera instancia radicado bajo el número 2015-021... este despacho declaro probada la excepción previa falta de agotamiento de reclamación administrativa propuesta por ENERCA S.A. E.S.P. y la llamada en garantía. Decisión que fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Yopal.... Actualmente el proceso se encuentra archivado.”* Por tal razón, no existe aún condena o prueba que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.

El Juzgado de Circuito Promiscuo de Paz de Ariporo, no dio respuesta alguna a pesar de haber sido requerido en fecha 28 de agosto de 2017. Por

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

tal razón no existe prueba de condena o prueba que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.

A su vez, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal Casanare, mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este tribunal los siguientes procesos existentes y su estado:

- Proceso 2015-674, demandante Carlos Andrés Cuspoca Cabra, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este Tribunal que *“mediante auto del 02 de agosto de 2017, se señaló el 12 de septiembre a las 8:30 a.m. para llevar a cabo audiencia de trámite y juzgamiento.”* Por tal razón no existe aún condena y prueba que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.
- Proceso 2015-6716, demandante Wilson Cedel Unibio, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este Tribunal que *“en fecha 02 de mayo de 2017 se remitió al tribunal superior de Yopal en apelación contra sentencia del 24 de abril de 2017.”* Por tal razón no existe aún condena o prueba que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.
- Proceso 2015-711, demandante Alirio Ignacio León, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este tribunal que *“mediante auto del 02 de agosto de 2017, se señaló el 12 de septiembre a las 8:30 a.m. para llevar a cabo audiencia de trámite y juzgamiento.”* Por tal razón no existe aún condena o prueba que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.”
- Proceso 2015-712, demandante Gildado Mahecha Molina, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este Tribunal que *“en audiencia de trámite y juzgamiento de fecha de fecha 25 de abril de 2017, se profiere sentencia condenatoria en contra de CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. por valor de \$18.441.146 más costas procesales por valor de \$475.717.”* En este caso se observa que existe condena pero no existe algún elemento de prueba que indique que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.”
- Proceso 2015-705, demandante Lizabeth Katherine Tigreros Zapata, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este Tribunal que *“mediante sentencia de fecha 28 de*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

julio de 2017, se condena a CENERCOL S.A. a cancelar a la actora por concepto de vacaciones la suma de \$915099 y medio SMMLV por concepto de costas procesales... sin recursos" Por tal razón no existe algún elemento de prueba que indique que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado.

- Proceso 2015-714, demandante Norbertho Javier Vega Rodríguez, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó a este Tribunal que *"en fecha 30 de mayo de 2017 se remitió al Tribunal Superior de Yopal en apelación contra sentencia del 23 de mayo de 2017."* Así, no existe algún elemento de prueba que indique que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado."
- Proceso 2015-710, demandante Carlos Efrén Álvarez, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó que *"con fecha 11 de julio de 2017 se remitió al Tribunal Superior de Yopal en apelación contra sentencia del 07 de julio de 2017."* Así, no existe algún elemento de prueba que indique que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado."
- Proceso 2015-710, demandante Ovivio Mateus Torres, demandado CENERCOL S.A. y ENERCA S.A. E.S.P. mediante comunicación radicada a este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2017, informó que *"mediante providencia de fecha 15 de diciembre de 2016 se decretó la contumacia del proceso por falta de notificación. Proceso que se encuentra archivado."* Así, no existe algún elemento de prueba que indique que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado alguna suma de dinero con ocasión al proceso mencionado."

Como ya se anotó antes, en ningún caso se ha demostrado que ENERCA S.A. E.S.P. haya pagado suma alguna con ocasión a las sentencias proferidas por los distintos juzgados, más cuando en la mayoría de ellos no existió si quiera condena.

Como conclusión, se tiene que para este Tribunal no se probó de ninguna forma la existencia del daño solicitado en la demanda principal, lo que genera de por sí el evitar estudiar los demás elementos que configuran la responsabilidad, siendo inocuo el estudio de los mismos, por tanto, este Tribunal no abordará lo atinente a los demás elementos que configuran la responsabilidad, lo que amerita por sí mismo, el reconocimiento de algunas de las excepciones alegadas en la contestación de la demanda principal, como son: B) INEXISTENCIA DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, D) INEXISTENCIA DEL DAÑO, por lo ya expuesto.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-



Ahora bien y para analizar la procedencia de la sanción de que trata el parágrafo primero del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012¹², por haberse negado algunas de las pretensiones de la demanda principal como también algunas de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención, pero sí haberse realizado los juramentos estimatorios respectivos y estos haberse objetado, el Tribunal tendrá en cuenta si hubo o no temeridad o mala fe, tanto en la demanda principal como en la reforma de la demanda de reconvención, en lo atinente a la cuantificación de los perjuicios solicitados, a la luz de lo indicado por la sentencia C - 157 de 2013 de la Corte Constitucional, decisión que no resulta ajena a los procedimientos arbitrales, como se verá en la jurisprudencia arbitral reciente que también se reproduce, así:

“(...) 6.4.3.4. Dado lo anterior, cabe hacer una nueva subdivisión, pues es posible que la contingencia a la que está sometida el medio de prueba haya ocurrido antes de iniciar el proceso, y haya sido conocida por la parte a la que le corresponde la carga de la prueba, o que ésta ocurra en el transcurso del proceso, pero antes de la práctica de la prueba.

En el primer evento, es evidente la culpabilidad y temeridad de la parte que, pese a conocer que no existen medios de prueba para acreditar la existencia y la cuantía de los perjuicios, en todo caso insiste en presentar pretensiones que a la postre serán negadas por este motivo. Por tanto, en este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada no resulta desproporcionada.

En el segundo evento, es evidente que se está ante la fatalidad de los hechos, valga decir, ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada^[3.3].

7. Razón de la decisión.

7.1. Síntesis.

¹² También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

La Corte ratificó que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración en materia de procedimientos; recordó los límites a los que está sujeta esta libertad; admitió que dentro de estos límites, el legislador puede imponer a la partes cargas para ejercer sus derechos y acceder a la administración de justicia; analizó, a partir de escenarios hipotéticos, las posibles causas de que se profiera una decisión que niegue las pretensiones por no haberse demostrado los perjuicios. En el análisis precedente, encontró que existe un escenario hipotético, relativo a una interpretación posible de la norma en el cual se podría sancionar a la parte pese a que su obrar haya sido diligente, cuando la decisión de negar las pretensiones obedece a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, lo cual resulta desproporcionado. Estima la Corte que, pese a esta circunstancia, la norma no resulta desproporcionada en los restantes escenarios hipotéticos, por lo cual optó por proferir una decisión de exequibilidad condicionada.

Al aplicar los parámetros dados la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

8. Regla de la decisión.

Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

*Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. (...)"*

SUBRAYAS FUERA DE TEXTO ORIGINAL

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, para el Tribunal es claro que en la cuantificación de los perjuicios que bajo juramento efectuó tanto la parte demandante como la demandada (demandante en reconvención), no se observa mala fe o temeridad, por lo que no obstante haberse despachado desfavorablemente algunas de las pretensiones tanto de la demanda principal como de la reforma de la demanda en reconvención, el Tribunal se abstendrá de imponer la sanción aquí referida y así lo pronunciará en el acápite pertinente.

Así mismo, este Tribunal no dará aplicación a la sanción dispuesta en el artículo 206 parágrafo, de la ley 1564 de 2012, por cuanto no fue solicitada por ni por el demandante principal ni por el demandante en reconvención.

CONDENA EN COSTAS, CUANTÍA.

Para decidir si se impone la condena de que trata la pretensión DÉCIMO SÉPTIMA de la demanda principal, relativa a la condena en costas y agencias en derecho a la demandada CENERCOL S.A., como el Tribunal ha accedido a algunas de las pretensiones de la demanda principal, particularmente lo atinente al incumplimiento por parte de CENERCOL S.A. con excepción de las pretensiones SÉPTIMA PRINCIPAL, OCTAVA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL, DÉCIMA PRINCIPAL, UNDÉCIMA PRINCIPAL, DUODÉCIMA PRINCIPAL, DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL, DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL, DÉCIMA SEXTA, y ÚNICA SUBSIDIARIA, además de haber rechazado las pretensiones 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la reforma de la demanda de reconvención, este Tribunal arbitral habrá de acceder a ella y así se dispondrá en el capítulo resolutivo.

Como viene de verse, al haberse reconocido algunas de las pretensiones de la demanda principal específicamente, lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual por parte de CENERCOL S.A. y a su turno negado varias de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención, se condenará a la demandada CENERCOL S.A. a pagar a la demandante ENERCA S.A. el 100% de las costas del presente trámite arbitral.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

En este sentido y para la liquidación de costas, lo primero que debe indicarse es que éstas se encuentran compuestas por: las expensas, que son los gastos judiciales en que las partes incurrieron para la tramitación del proceso, y las agencias en derecho, que son "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso"¹³. Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico de costas, que debe tener en cuenta el Tribunal para calcular la respectiva condena.

Como en el presente trámite CENERCOL S.A. ya había asumido el 50 % de los honorarios del árbitro y la secretaría, así como el 50 % de los gastos administrativos del Centro y de los gastos de funcionamiento del Tribunal, a la demandada vencida se le condenará a pagar la diferencia entre lo ya pagado y el total de estas erogaciones.

Ahora bien y por concepto de agencias en derecho el Tribunal las establecerá prudencialmente tomando como base la suma correspondiente a los honorarios fijados para el árbitro único, esto es, la suma de NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$99.900.000,00) que deberá pagar la demandada CENERCOL S.A. a favor de la demandante ENERCA S.A. E.S.P.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas, así:

CONCEPTO	VALOR
Agencias en Derecho	\$ 99.900.000,00
Honorarios del árbitro (50%), incluido IVA	\$ 59.440.500,00
Honorarios del Secretario (50%), no aplica IVA	\$ 24.950.000,00
Gastos Administrativos del Centro de Arbitraje y gastos de funcionamiento del Tribunal (50%), incluyendo IVA	\$ 29.720.250,00
Total de la Liquidación:	\$ 214.010.750,00

Respecto de las sumas que no se utilizaron de la partida "Gastos de Funcionamiento del Tribunal", desde ya se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

En resumen, frente a las pretensiones de la demanda principal y frente a las pretensiones de la demanda de reconvenición, en el resuelve del presente LAUDO el Tribunal se pronunciará de la siguiente manera:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL QUE SE DECLARAN PROBADAS:

¹³ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

PRINCIPALES.

PRIMERA. Que se integre e instale el respectivo Tribunal de Arbitramento.

SEGUNDA. Una vez posesionado el Tribunal de Arbitramento, éste declare que el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre ENERCA y CENERCOL, con el objeto de contratar la operación y mantenimiento del sistema de transmisión regional (STR), el Sistema de Distribución Local (SDL) y otras actividades desarrolladas por ENERCA, se terminó por manifestación de las partes, mutuo acuerdo, el día 28 de marzo del año 2014.

TERCERA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social integral correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

CUARTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de los aportes parafiscales correspondientes al personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

QUINTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las obligaciones laborales a su cargo, como: salarios, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías) vacaciones, para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

SEXTA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el pago oportuno de las liquidaciones definitivas de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, a la terminación de los contratos de trabajo para con el personal por ella contratado para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

DÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el personal mínimo requerido y ofrecido por la firma contratista e indispensable para la efectiva prestación del servicio y otros insumos contratados.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

UNDÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la mejora continua de los indicadores de evaluación de resultados, como es el de calidad, ejecución del plan de mantenimiento, oportunidad en la solución de mantenimientos y gestión de mantenimiento preventivo.

DUODÉCIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas la presentación de informes de gestión.

DECIMOTERCERA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la presente demanda, se condene a la sociedad CENERCOL a mantener indemne a ENERCA de todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir con ocasión de las reclamaciones, demandas laborales o de la sentencia de las mismas, laborales relacionadas en la presente demanda o las reclamaciones, demandas o sentencias de demandas laborales que en el futuro se llegaren a presentar por el personal contratado por CENERCOL para la prestación del servicio requerido en los términos del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

DECIMOSÉPTIMA. Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a CENERCOL, por todos los costos y gastos en que ha incurrido ENERCA en el cumplimiento de la cláusula compromisoria y la demanda arbitral.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL QUE SE RECHAZAN:**PRINCIPALES**

SÉPTIMA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con la entrega de material del contrato e indisponibilidad del Stock mínimo comprometido en el contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

OCTAVA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió las obligaciones relacionadas con el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados y que se constituyen en material a reintegrar para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA.

NOVENA. Que se declare que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 009 del 12 de julio de 2012, la sociedad CENERCOL incumplió la obligación número 48 de la cláusula segunda del contrato objeto de la presente demanda, relacionada con la devolución de los

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

materiales retirados y los reintegrados para dar de baja en los lugares y plazos que indique la Interventoría delegada para el contrato por ENERCA, el cual, es uno de los requisitos indispensables para el cobro de las facturas.

DECIMOCUARTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión séptima de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución del stock de materiales existente a la fecha de terminación de contrato.

DECIMOQUINTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en la pretensión octava de la presente demanda se condene a la sociedad CENERCOL a hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, en virtud a que ENERCA no hizo el descuento respectivo a pesar del incumplimiento de CENERCOL.

DECIMOSEXTA. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CENERCOL contenidas en los hechos de la presente demanda se condene a CENERCOL a devolver las sumas de dinero pagadas por ENERCA a CENERCOL, que corresponden a valores de descuentos pactados, por faltas o incumplimientos, los términos del anexo No. 1 del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, "Tabla de Faltas y Descuentos", en cumplimiento de la cláusula décima segunda del contrato.

SUBSIDIARIA:

ÚNICA SUBSIDIARIA. En el caso de que CENERCOL no pueda hacer la devolución o el reintegro de material sobrante de trabajos ejecutados para dar de baja por su mal estado o que hayan debido ser retirados con motivo u ocasión de las tareas contratadas por ENERCA, por no estar en su poder se solicita, en estas circunstancias se condene a CENERCOL a la reposición del material, o al pago de éste o a través del descuento de cualquier suma de dinero que ENERCA adeude al contratista, con el valor total de los materiales dañados o faltantes a los precios definidos por ENERCA en el listado de materiales actualizado, en los términos de los numerales 45 y 48 de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.

PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN QUE SE DECLARAN PROBADAS:

1. Se declare la existencia del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012 suscrito entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE S.A. E.S.P., y CONSORCIO ENERGIA DE COLOMBIA S.A. - EN

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

REORGANIZACIÓN., con sus respectivos Otrosíes y modificatorios, celebrado el día 6 de julio de 2012.

2. Se declare que el contrato a que hace referencia la petición uno anterior, fue objeto de las siguientes modificaciones:
 - Otrosí Modificadorio No. 1, del 6 de julio del 2012.
 - Modificadorio No. 2, del 5 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 01 y modificadorio No. 3, del 18 de octubre del 2012.
 - Adicional en valor No. 2, del 11 de marzo del 2013.
 - Otrosí aclaratorio No. 1, del 22 de abril del 2013.
3. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, la EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE S.A. E.S.P tuvo la calidad de contratante.
4. Se declare que en el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, el CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P, hoy CONSORCIO DE ENERGÍA DE COLOMBIA S.A. E.S.P - EN RESTRUCTURACIÓN tuvo la calidad de contratista.
5. Se declare que el plazo fijado para la ejecución del contrato fue pactado por el término de 31 meses contados desde la fecha de suscripción del acta de inicio el 18 de julio de 2012.
6. Se declare que el objeto del contrato conforme a la cláusula primera del mismo, de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, lo fue **“OBJETO. LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGIONAL(STR), EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL) Y OTRAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DESARROLLADAS POR ENERCA S.A E.S.P.”**

PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN QUE SE RECHAZAN:

7. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al haber dado la terminación unilateral del mismo en las condiciones en que lo hizo el día 13 de marzo del 2014.
8. En subsidio de la pretensión anterior, se declare que la terminación del contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores, fue

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

constitutiva de un abuso del derecho por parte de la sociedad convocada por vía de reconvención.

9. Se declare que ENERCA incumplió el contrato de que tratan las pretensiones uno y dos anteriores al no haber efectuado el pago oportuno de los servicios a favor del contratista en virtud del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012.
10. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a ENERCA al pago de las sumas de dinero adeudadas representadas en las Facturas de Venta No 4691, 4692, 4734 de 2014.
11. Que, se condene a ENERCA, al pago de los intereses moratorios de que tratan el numeral anterior, a la tasa máxima de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.
12. Solicito se condene a ENERCA al pago de todo perjuicio indemnizando el daño emergente y lucro cesante en virtud del incumplimiento contractual generado en la ejecución del contrato de prestación de servicios celebrado con mi representada CENERCOL terminado unilateralmente por el contratante antes del término pactado.
13. Solicito se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito de la Cláusula Decima 'PARÁGRAFO: INDEMNIDAD', el cual hace parte del contrato de prestación de servicios No. 009 de 2012, celebrado entre las partes ENERCA y CENERCOL por contrariar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, norma de orden público y de imperativo cumplimiento que no admite pacto en contrario.
14. Solicito se declare la nulidad absoluta del inciso final del numeral 2.12 del pliego de condiciones por ser esta violatoria de los artículos 1522, 1603 y 1609 del Código Civil Colombiano.
15. Se declare que los presuntos daños irrogados a contratistas y empleados de CENERCOL en el contrato de prestación de servicios celebrados, fueron ocasionados por ENERCA, siendo este un daño propio para la empresa contratante.
16. Se declare que ENERCA, con su propio incumplimiento, puso en posición de incumplir al contratista con sus obligaciones.

Consecuencialmente de lo indicado en este capítulo y en los anteriores en los que se analizaron una a una las excepciones de mérito propuestas contra la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

demanda principal y contra la reforma de la demanda de reconvención, tenemos lo siguiente:

EXCEPCIONES QUE SE DECLARAN PROBADAS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL:

- B) INEXISTENCIA DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.
- D) INEXISTENCIA DEL DAÑO.

EXCEPCIONES QUE SE DECLARAN PROBADAS DE LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

- SEXTA. Inexistencia de responsabilidad de ENERCA.
- SÉPTIMA. Responsabilidad exclusiva de CENERCOL.
- OCTAVA. Culpa exclusiva de CENERCOL.
- NOVENA. Inexistencia de perjuicios por terminación del contrato por mutuo acuerdo.
- DÉCIMA. Incumplimiento del contrato por parte de CENERCOL.

EXCEPCIONES IMPROCEDENTES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL:

- A) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.
- C) LA ILEGAL Y/O ABUSIVA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No 009 DE 2012 REALIZADA POR ENERCA S.A.
- E) CULPA GRAVE DE LA DEMANDANTE.
- F) INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA.
- G) OTRAS.
- H) GENÉRICA.

EXCEPCIONES IMPROCEDENTES DE LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

- PRIMERA. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.
- SEGUNDA. Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.
- TERCERO. Falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados de CENERCOL.
- CUARTA. Inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados.
- QUINTA. Incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda.
- UNDÉCIMA. Pago.
- DUODÉCIMA. Compensación.
- DÉCIMA TERCERA. Existencia de trámite especial.
- DÉCIMA CUARTA. Genérica o innominada

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

XVII. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido y habilitado por las Partes para dirimir las controversias suscitadas entre ENERCA S.A. E.S.P. y CENERCOL S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE,

PRIMERO: Acceder a las pretensiones formuladas por la sociedad demandante EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE ENERCA S.A. E.S.P. en la demanda principal e identificadas así, SEGUNDA PRINCIPAL, TERCERA PRINCIPAL, CUARTA PRINCIPAL, QUINTA PRINCIPAL, SEXTA PRINCIPAL, DÉCIMA PRINCIPAL, UNDÉCIMA PRINCIPAL, DUODÉCIMA PRINCIPAL, DÉCIMO TERCERA, DÉCIMO SÉPTIMA, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, aclarando que respecto a la pretensión PRIMERA PRINCIPAL se accedió al haberse instalado el presente Tribunal de Arbitramento.

SEGUNDO: No acceder a las pretensiones SÉPTIMA PRINCIPAL, OCTAVA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL, DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL, DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL, DÉCIMA SEXTA, y ÚNICA SUBSIDIARIA propuestas por la sociedad demandante EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE ENERCA S.A. E.S.P. en la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito identificadas en la contestación de la demanda principal como: A) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, C) LA ILEGAL Y/O ABUSIVA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No 009 DE 2012 REALIZADA POR ENERCA S.A., E) CULPA GRAVE DE LA DEMANDANTE, F) INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA, G) OTRAS, H) GENÉRICA propuestas por la sociedad CENERCOL S.A. contra la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar probadas las excepciones de mérito identificadas en la contestación de la demanda principal como: B) INEXISTENCIA DEL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, D) INEXISTENCIA DEL DAÑO, propuestas por la sociedad CENERCOL S.A. contra la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO. Como consecuencia de haber accedido a las pretensiones SEGUNDA PRINCIPAL, de la demanda principal, se declara terminado por mutuo acuerdo el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No 009 de 2012 suscrito entre las partes el 06 de julio de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Como consecuencia de haber accedido a la pretensión DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL de la demanda principal, por concepto de costas,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

condenar a pagar a la sociedad CENERCOL S.A. y a favor de la sociedad EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE ENERCA S.A. la suma de COP \$214.010.750,00 por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SÉPTIMO: Acceder a las pretensiones 1, 2, 3, 4, 5, y 6, propuestas en la reforma a la demanda de reconvención formuladas, por la sociedad convocada, demandante en reconvención CENERCOL S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

OCTAVO: No acceder a las pretensiones 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, propuestas en la reforma de la demanda de reconvención formuladas por la sociedad convocada, demandante en reconvención CENERCOL S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

NOVENO: Declarar no probadas las excepciones de mérito identificadas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención como: PRIMERA. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, SEGUNDA. Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones., TERCERO. Falta de jurisdicción y competencia para la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados de CENERCOL, CUARTA. Inexistencia de interés legítimo y representación legal para demandar la declaratoria de daños irrigados a contratistas y empleados., QUINTA. Incongruencia entre los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda. UNDÉCIMA. Pago. DUODÉCIMA. Compensación. DÉCIMA TERCERA. Existencia de trámite especial. DÉCIMA CUARTA. Genérica o innominada propuestas por la sociedad EMPRESA DE ENERGÍA DEL CASANARE ENERCA S.A. E.S.P. contra la demanda de reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Declarar probadas las excepciones de mérito identificadas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención como: SEXTA. Inexistencia de responsabilidad de ENERCA. SÉPTIMA. Responsabilidad exclusiva de CENERCOL. OCTAVA. Culpa exclusiva de CENERCOL. NOVENA. Inexistencia de perjuicios por terminación del contrato por mutuo acuerdo. DÉCIMA. Incumplimiento del contrato por parte de CENERCOL., que se propusieron contra la reforma de la demanda de reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMAPRIMERO: Abstenerse de imponer la sanción de que trata el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 - Juramento Estimatorio, tanto a la sociedad ENERCA S.A. como a la sociedad CENERCOL S.A., por no haberse negado la totalidad de las pretensiones de la demanda principal como también las de la reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMOSEGUNDO: La obligación de pago impuesta en el numeral SEXTO de la parte resolutive será exigible después de transcurridos diez (10) hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente laudo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE ENERCA S.A. E.S.P. vs CENERCOL S.A.

-LAUDO ARBITRAL-

DÉCIMOTERCERO: Ordenar la devolución a las Partes de las sumas no utilizadas de la partida de gastos, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos a cargo del Árbitro Único del Tribunal.

DÉCIMOCUARTO: Declarar causados los honorarios del Árbitro y de la Secretaría, para lo cual se ordena realizar el pago del saldo, en poder del Árbitro Único del Tribunal.

DÉCIMOQUINTO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copia simple con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yopal- Casanare.

El presente laudo se notificó en audiencia.

EL ÁRBITRO ÚNICO,



PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ.

EL SECRETARIO,



JEISSON ALIRIO CÁRDENAS ORDUZ.