

## XI CAPITULO

Inelcaribe Ltda. Contra la Electrificadora de la Costa  
Atlántica S.A E.S.P.

Inelcaribe Ltda - Electrocosta S.A.

**PARTES:** Inelcaribe Ltda contra  
Electrocosta S.A. E.S.P.

**FECHA:** 29 de septiembre de 2003

**ARBITROS:** Dr. Fernando Herazo Giron  
Dra. Malina Barboza Senior (Salvamento de voto)  
Dra. Liliana Bustillo Arrieta (Presidente)

**SECRETARIA:** Dra. Irina Salas Saker

**PROTOCOLIZACION:** E. P No. 977 del 19 de mayo /04  
Notaria 1<sup>a</sup> del Círculo de Cartagena

**NORMAS CITADAS:** Art. 871, Art. 1603, 1613 y 1614 C.C., Art. 2054, 2056 y 2059, 2064 y 2065 C.C.  
Art. 217 C.P.C., Art. 230 C.N.

**TEMAS JURIDICOS:** Ejecución de Contratos.

**JURISPRUDENCIA:** C.S.J. Sent. Cas. Civil 5 nov/1.997  
C.S.J. Sent. Cas. 9 agosto /00  
Ext. 5372

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE INELCARIBE LTDA CONTRA LA  
ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P.

**AUDIENCIA DE FALLO.**

En Cartagena de Indias, a los veintinueve días (29) del mes de septiembre de año 2.003, siendo fecha y hora señalada para ello, se reunieron en las instalaciones del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición los doctores Liliana Bustillo Arrieta, árbitro presidente, los doctores Madalina Barboza Senior y Fernando Herazo Giron, árbitros que integran este Tribunal y la Dra. Irina Salas Saker, quienes conforman este Tribunal de Arbitramento, con el objeto de llevar a cabo LA AUDIENCIA DE FALLO, de acuerdo con lo dispuesto en auto de fecha 17 de septiembre de 2.003.

A la audiencia igualmente asisten los doctores Alfonso Hernández Tous, apoderado de la parte Convocante, Inelcaribe Ltda y el Doctor Eduardo Saladen Vega apoderado judicial de la parte Convocada Electrocosta S.A. E.S.P.

Abierta la audiencia, el Presidente autorizó al Secretario, dar lectura al Laudo Arbitral que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y con respecto del cual se presentó salvamento de voto parcial.

El secretario dio lectura al Laudo Arbitral y el Salvamento de Voto Parcial, tal y como viene ordenado.

Esta providencia queda notificada en estrado.

Siendo las 11:30 a.m. del mismo día en que se inicio, se da por concluida la audiencia y se firma el acta por todos los que en ella han intervenido.

FERNANDO HERAZO GIRON  
Arbitro

MADALINA BARBOZA SENIOR  
Arbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA  
Arbitro

IRINA SALAS SAKER  
Secretaria

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS  
Apoderado convocante

EDUARDO SALADEN VEGA  
Apoderado convocada

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO  
DE  
INELCARIBE LTDA  
CONTRA ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D.T y C, 29 de septiembre de 2.003

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el Decreto 2279 de 1.989, la ley 23 de 1.991, el decreto 2651 de 1.991 y la ley 446 de 1.998, este Tribunal procede a proferir el correspondiente laudo arbitral, previas las siguientes:

Consideraciones preliminares.

**ANTECEDENTES – ASPECTOS GENERALES**

**TRAMITE INICIAL**

Mediante escrito presentado el día 17 de octubre de 2.002, la sociedad Inelcaribe Ltda., representada por Ligia Flórez Espinosa, a través de su apoderado judicial, Dr. Alfonso Hernández Tous, presentó solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, con la finalidad de resolver las diferencias con la empresa ELECTROCOSTA S.A. E.S.P, con ocasión del contrato Leg Bo. 023/99 celebrado entre Inelcaribe Ltda. y Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P, Electrocosta S.A.

**XXIX. ADMISSION DE LA DEMANDA ARBITRAL**

Mediante auto de fecha 21 de octubre de 2.002, el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio, admite la demanda arbitral interpuesta por Inelcaribe Ltda., se le corrió a la parte Convocada Electrocosta S.A. E.S.P. por el término de diez (10) días, de acuerdo a lo estatuido en el art. 428 del C.P.C y se reconoce al Dr. Alfonso Hernández Tous, como apoderado de Inelcaribe Ltda., y conforme al poder conferido.

**NOTIFICACION DE LA DEMANDA.**

Transcurridos diez (10) días de la fijación del aviso de notificación en la puerta de acceso al lugar dado para la notificación personal, la parte Convocada ELECTROCOSTA S.A. E.S.P no se

presentó al centro de conciliación de la Cámara de Comercio para notificarse de la decisión de fecha 21 de octubre de 2.002, por la cual se admitió la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento.

Por lo anterior y con el fin de lograr la notificación de la decisión de fecha 21 de octubre de 2.002, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio emplazó a través de edicto a la parte Convocada Electrocosta S.A. E.S.P, el cual fue publicado en el Universal el día 30 de noviembre de 2.002 y en la emisora Fuentes el 2 de diciembre de 2.002, estas constancias de publicación fueron anexadas al expediente por el abogado de la parte Convocante, Alfonso Hernández Tous, a través de memorial de fecha 3 de diciembre de 2.002.

Finalmente Electrocosta S.A. E.S.P, otorga poder mediante memorial de fecha 17 de diciembre de 2.002 al Dr. Ricardo Mezamell, para que se notifique, conteste la demanda, interponga recurso de ley y realice todos los actos que la ley le permita hasta su terminación, dentro del proceso arbitral promovido por Inelcaribe Ltda.

El día 17 de diciembre de 2.002, Electrocosta S.A. E.S.P. a través de su apoderado judicial Dr. Ricardo Mezamell, se notificó de la demanda arbitral y se le entregaron, copia de auto adhesorio, de la demanda y anexos.

### **XXX. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES**

Estando en firme el auto que admitió la solicitud de convocatoria a este Tribunal de Arbitramento, Electrocosta S.A. E.S.P. a través de su apoderado judicial Ricardo Mezamell, contestó demanda arbitral, el día 21 de enero de 2.003, en donde se opone a las pretensiones solicitadas por Inelcaribe Ltda. en la demanda arbitral.

La parte Convocada propuso la excepción de mérito de inexistencia de la obligación y contrato cumplido, argumentando que Electrocosta cumplió cabalmente con las obligaciones contraídas en el contrato LEG- BO- 023-99 hasta su terminación y, por lo tanto, no existe obligación por parte de Electrocosta que se encuentre en mora de cumplir; a su vez adujo que Inelcaribe Ltda había incumplido obligaciones derivadas del contrato en mención.

De acuerdo con lo anterior solicitó que se declararan probadas la excepción propuesta.

### **NOMBRAMIENTO DE ARBITROS.**

El día 4 de febrero de 2.003, se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición, audiencia de nombramiento de árbitros. Las partes de común acuerdo decidieron nombrar los siguientes árbitros: Liliana Bustillo Arrieta, Fernando Herazo Giron y Madalina Barboza Senior quienes aceptaron el cargo dentro del término legal.

### **XXXI. AUDIENCIA DE INSTALACION DEL TRIBUNAL**

El día 19 de febrero de 2.003, se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena audiencia de instalación del Tribunal. En esta audiencia se hicieron presentes los doctores Madalina Barboza Senior, Liliana Bustillo Arrieta y Fernando Herazo Giron, quienes de conformidad con la cláusula arbitral fueron designados por las partes para integrar el Tribunal de Arbitraje; el Dr. Alfonso Hernández Tous, apoderado de la parte Convocante y la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara.

En esta audiencia se designó a la doctora Liliana Bustillo Arrieta como árbitro presidente, quien aceptó. Posteriormente se nombró a la Dra. Irina Saer Saker como secretaria del Tribunal a quien se le informó por escrito sobre dicho nombramiento y a través de comunicación de fecha 25 de febrero de 2.003, aceptó el cargo.

Una vez instalado el Tribunal los árbitros teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda arbitral y demás aspecto relevantes, establecieron el valor de los honorarios para el secretario y árbitros, los gastos de funcionamiento y administración, protocolización y registro.

La sociedad Inelcaribe Ltda el dia 04 de marzo de 2.003, aportó al expediente copia de recibo de consignación correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de honorarios y gastos fijados para el funcionamiento del Tribunal y posteriormente esa misma entidad el dia 11 de marzo de 2.003 consignó el cincuenta por ciento (50%) restante.

Consignado el valor de los honorarios y gastos dentro de la oportunidad legal, el Tribunal mediante auto de fecha 13 de marzo de 2.003 fijó fecha para primera audiencia de trámite el día primero de abril de 2.003.

### **TRAMITE ARBITRAL INICIAL.**

El apoderado de la parte Convocante fundamenta su libelo demandador en los siguientes hechos.

Entre Inelcaribe Ltda. y Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. ELECTROCOSTA S.A., se celebró contrato escrito distinguido con el número Leg Bo 023-99, cuyo objeto es la prestación por parte de la primera a la segunda de servicios de revisión, detección, reparación de fraudes y anomalías en la medición del consumo de energía de usuarios de Electrocosta, incluyendo el proceso administrativo de imposición y cobro de reintegros y sanciones.

Al celebrar contrato, se pactó, como objeto del mismo, que Inelcaribe Ltda. se obligaba a realizar, bajo su plena responsabilidad técnica y directa, entre otras, la siguientes actividades:

La revisión de instalaciones eléctricas que Electrocosta le indicara, con el fin de determinar si se encontraban en fraude o presentaban diferencias en la medición del consumo de energía.

A desarrollar todo el trámite administrativo, técnico y jurídico necesario para obtener el cobro del consumo de energía dejado de facturar por razón del fraude o la anomalía encontrada, con sus intereses moratorios, sanciones y demás cargos que apliquen, según las normas vigentes.

Las partes convinieron como término de duración del contrato, dos (2) años contados a partir del primero (1ero) de julio de 1.999, pudiendo Electrocosta S.A. E.S.P. renovarlo mediante aviso escrito a Inelcaribe Ltda, por lo menos con un mes de anticipación a la fecha de su vencimiento.

Convinieron Convocante y convocada que por la prestación del servicio por parte de Inelcaribe, consistente en el trámite administrativo, técnico y jurídico, percibiría el cincuenta (50%) del total recaudado por la energía recuperada (excluyendo la contribución de solidaridad) más la sanción, cuando a ello hubiere lugar, por una sola vez, para el caso de recaudo efectivo de la sanción impuesta al cliente; y en los casos en que el valor del servicio se recaude por cuotas diferidas, el 40% de la suma de la energía recuperada y la sanción respectiva por una sola vez.

Igualmente pactaron las partes que los pagos de las sumas causadas se efectuarían por parte de Electrocosta S.A. E.S.P. dentro de los treinta días siguientes a la presentación del acta de recibo a satisfacción, expedida por el Interventor, de la respectiva factura que cumpla los requisitos de ley debidamente diligenciados.

Aduce la Convocante que Electrocosta incumplió una serie de obligaciones que le incumbían y que hacían parte integrante del contrato, lo que generó perjuicios para Inelcaribe Ltda. Por esta razón se vieron imposibilitados a llevar el contrato hasta su final y así obtener la remuneración pactada en el contrato y, en otros casos, tales perjuicios fueron ocasionados por la demora de Electrocosta en su ejecución o en el pago de la sumas de dinero que ya recaudó del usuario a título de sanción.

Según la parte Convocante, la parte convocada Electrocosta S.A., incumplió con las siguientes obligaciones originadas del contrato Leg Bo. 023-99.

Electrocosta no determinó previamente los procesos técnicos, jurídicos y administrativos para la debida ejecución del contrato.

Electrocosta no orientó o direccionó las revisiones de fraude o anomalías a las instalaciones eléctricas.

Electrocosta no entregó a Inelcaribe la cantidad mínima pactada de contadores para su instalación.

Electrocosta no concluyó el procedimiento administrativo de sanciones, por cuanto no realizó la revisión y evaluación de los contadores que Inelcaribe le entregó en su oportunidad.

Electrocosta por conducto del Departamento de pérdidas, no dio trámite ni devolvió a Inelcaribe los trabajos realizados y entregados para visto bueno.

Electrocosta no ha pagado a Inelcaribe su remuneración por concepto de las sanciones que se encuentran terminadas en su totalidad y en la mayoría de los casos facturados a los usuarios y pagadas por estos así como tampoco los que se entregaron para visto bueno sin que ello se hubiere logrado.

El día 30 de agosto de 2.000, Electrocosta S.A. E.S.P. envió comunicación a Inelcaribe Ltda., amparada en la cláusula vigésima del contrato, en la que se le informaba la suspensión parcial de la ejecución del contrato, bajo los siguientes parámetros: el contrato continuará ejecutándose en cuanto a la realización de las labores de normalización de las instalaciones a las cuales se le haya detectado alguna anomalía, al igual que el trámite de los procesos de imposición de sanción por incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, hasta su culminación, bien sea con la remisión de los expedientes a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o con la inclusión en la facturación de aquellos actos que queden ejecutoriados.

Las partes pactaron en el contrato cláusula compromisoria que estipula que en caso de divergencias entre ellas por razón de interpretación, ejecución, cumplimiento o terminación del contrato, que no pudiere solucionarse directamente entre las partes, se acudirá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que designará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena cuyos árbitros fallarán en derecho.

### **XXXII. PRETENSIONES DE INELCARIBE LTDA**

Que se declare que la sociedad Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. "Electrocosta S.A. E.S.P.", incumplió a Inelcaribe Ltda. las obligaciones derivadas del Contrato de Prestación de Servicios para la detección, revisión y normalización de fraudes, celebrado entre los dos y a que se refieren los hechos de esta demanda y por los motivos allí indicados.

Que se declare a Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. Electrocosta S.A. E.S.P., civilmente responsable por dicho incumplimiento.

Que se condene a Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. "Electrocosta S.A. E.S.P.", a pagar a favor de Inelcaribe Limitada, la suma de un mil quinientos treinta y un millones ciento veintiséis mil trescientos sesenta y nueve pesos (\$1.531.126.363) por concepto de los perjuicios materiales derivados de dicho incumplimiento, más los perjuicios materiales que se declaren probados en el proceso, más la corrección monetaria sobre dicha suma a partir de la ejecutoria del laudo que así lo ordene hasta cuando el pago se verifique en su totalidad.

Que se condene en costas a la demandada.

### **XXXIII. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCION DE MERITO**

Electrocosta S.A. E.S.P., haciendo uso de su derecho a la defensa, contestó la demanda, en la que aceptó algunos hechos, se opuso a otros y propuso excepción, de mérito de inexistencia de la obligación y contrato cumplido, argumentando que cumplió cabalmente las obligaciones

contraídas en el contrato LEG- BO- 023-99 hasta su terminación, que quien incumplió con dicho contrato fue el convocante "quien llegado el término del mismo, incumplió con la obligación pactada en la cláusula tercera, de acuerdo con la cual debía entregar a ELECTROCOSTA una relación detallada de todas las actividades pendientes, indicando su estado, obligación que se constituía además en el requisito para poder pagar las facturas".

#### **TRASLADO DE LAS CONTESTACION DE LA DEMANDA AL CONVOCANTE**

El apoderado de la parte convocante, se ratifica en los hechos y argumentos planteados en la demanda de convocatoria, sostiene nuevamente que Electrocosta no adecuó, internamente, desde el inicio de la vigencia del contrato, los procedimientos técnicos, administrativos y jurídicos que debían orientar las actividades de Inelcaribe Ltda., lo que generó demoras para recibir la remuneración por sus servicios y, por lo tanto, perjuicios.

Sostiene adicionalmente que el Contrato de Condiciones Uniformes regula las relaciones entre la convocada y el respectivo cliente o suscriptor y muy a pesar de que contiene previsiones en cuanto a sanciones por falta, en ella no están delimitadas las relaciones internas entre Inelcaribe Ltda. y Electrocosta en lo que respecta al contrato LEG- BO- 023-99.

En ese mismo escrito Inelcaribe rechazó la aseveración de la convocada en el sentido de que la entrega de los listados de los ciclos de facturación se realizaba a través de un comité de seguimiento, por cuanto tal comité nunca existió, por lo menos, mientras Inelcaribe Ltda., ejecutó el contrato LEG- BO- 023-99.

En cuanto a la excusa que presentó Electrocosta por la no entrega de contadores a que se obligó, dice que no es cierto, pues ello no configura ni fuerza mayor ni caso fortuito, amen de que durante la vigencia del contrato supra citado siempre hubo instalación de contadores en la ciudad de Cartagena pero a través de otros contratistas que vinculó la Convocada para ese efecto.

A su vez aprovecha esta oportunidad judicial para solicitar nuevas pruebas testimoniales y ampliar la inspección judicial.

#### **PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.**

El día (1ero) de abril de 2.003, tuvo lugar la primera audiencia de trámite con la presencia de todas las partes, la cual fue suspendida para ser continuada el 23 de abril de ese mismo año, en ella se cumplieron los siguientes trámites:

Lectura de la Cláusula Compromisoria.-

Examen de la competencia por parte del Tribunal. El Tribunal se declaró competente para conocer el asunto sometido a su consideración, teniendo en cuenta la existencia de la cláusula compromisoria, las pretensiones y la capacidad de las partes.

Audiencia de conciliación. El Tribunal conforme a lo establecido en el art. 141 de ley 446 de 1.998, invitó a las partes para que presentaran fórmulas de arreglo, sin que éstas llegaran a un acuerdo conciliatorio.

Decreto de pruebas.

### **LAS PRUEBAS.**

En la audiencia del primero de abril de 2.003, el Tribunal ordenó tener como pruebas las documentales presentadas por las partes con la demanda y la contestación de la misma.

Igualmente se decretaron las siguientes

### **XXXIV. Pruebas de la parte Convocante**

Oficiar al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena para que las costas de la parte Convocante sirva remitir con destino a este proceso, copia auténtica de toda la actuación que reposa en los archivos, dentro del Proceso Ejecutivo Arbitral promovido por Inelcaribe Ltda contra Electrocosta S.A. E.S.P. que terminó con acuerdo conciliatorio en la etapa pre arbitral.

Interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad convocada Electrocosta S.A. E.S.P., señor Carlos Franco Delgado, o quien haga sus veces. Se ordenó su práctica para el día 14 de mayo de 2.003, pero fue pospuesto, para el día 9 de junio de 2.003. este interrogatorio fue absuelto finalmente por la Dra., Paulina Llerena de la Hoz, representante legal de Electrocosta (folios 579 a 587)

Testimoniales:

Omar Eugenio Merlano Iriarte, practicada el dia 14 de mayo de 2.003. (folio 426 a 434)

Pierino Viggiano Merlano; prueba que fue decretada para el día 14 de mayo de 2.003, pero se postergó su práctica para el día 9 de junio a las 8:30 a.m, toda vez que el testigo para esa fecha no se encontraba en la ciudad de Cartagena, este testigo fue tachado de sospechoso (folios 568 a 572)

Rodrigo Beleño: Esta prueba fue desistida por el apoderado de la parte Convocante a través de memorial que reposa en el folio 423 del expediente.

Manuel Puerta Padilla, se practicó el 15 de mayo de 2.003 (folio 435 a 438)

León Augusto Alfonso Spath Esquivel, se practicó el día 16 de mayo de 2.003. (folio 440 a 443)

Carlos Reina Maestre, se practicó el día 16 de mayo de 2.003, este testigo fue tachado por el apoderado de la parte Convocada de sospechoso (folio 444 a 447)

**Las pruebas solicitadas por la parte Convocada:**

Oficios a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios para que certifique con destino a este proceso si los expedientes relacionados en el acápite 9.6.5 de la solicitud de convocatoria fueron enviados a esa dependencia para el trámite de apelación, si los mismos fueron resueltos y en qué sentido al igual que cuando fueron notificadas a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P, las respectivas decisiones.

Mediante oficio No. 2003-130, recibido vía fax por la secretaría del Tribunal de fecha 25 de septiembre de 2.003, la Superintendencia de Servicios Públicos le da respuesta de conformidad con lo solicitado por el Tribunal al decretar la prueba.

Testimonios de Agner Manrique, fue citado para rendir testimonio el día 28 de mayo del año en curso, el día 3 de junio presentó excusa de su inasistencia y fue rendido el día 16 de junio de 2.003. (folio 602 a 608)

Arnold Alvarez R practicada el día 28 de mayo de 2.003. En esta audiencia se presentaron inconvenientes técnicos con el equipo de computación y por ende no fue posible hacer la impresión total del documento, pudiéndose hacer sólo de cuatro (4) folios, por lo que el Tribunal mediante auto de fecha 29 de mayo de 2.003 reconoció la declaración obrante en dichos folios y ordenó continuar la diligencia de recepción de testimonio para el día 20 de junio de 2.003. (folios 469 a 473, 737 a 739).

Agustín Guardo Altamar, practicada el día 29 de mayo de 2.003. (folio 469 a 473).

Edgardo José Pinto Tovar, practicada el día 29 de mayo de 2.003, este testimonio fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte Convocada en razón a que se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad en virtud de su dependencia y obvio interés en las resultas del proceso arbitral, pues es trabajador de la firma CRA quien era la firma que manejaba la intervención del contrato. (folio 474 a 482)

Néstor Cepeda Van-houten, fue citado para rendir testimonio el día 30 de mayo del año en curso, el día 5 de junio presentó excusa de su inasistencia, aceptada por el Tribunal y finalmente fue rendido el día 16 de junio de 2.003. (Folios 609 a 611)

Arturo Santa Pérez, practicada el día 30 de mayo de 2.003 (folios 539 a 541)

Alexis Alcalá Hernández: practicada el día 30 de mayo de 2.003 (folios 542 a 546)

**Prueba en común:**

Inspección judicial con intervención de peritos ingeniero eléctrico y contador, sobre los libros de contabilidad, papeles de comercio y demás documentos contables o no, de la sociedad Convocada Electrocosta S.A. E.S.P, en sus instalaciones ubicadas en la ciudad de Cartagena y Barranquilla si fuere necesario, para determinar y corroborar hechos objeto de este proceso y en especial:

Aquellos a los que se refiere el apoderado de la parte Convocante en su solicitud de convocatoria, en el acápite de pruebas y en su pronunciamiento con respecto a las excepciones de mérito propuesta por la parte Convocada.

Aquellos que siendo hechos de la demanda deben constatarse en el área de irregularidades y pérdidas de Electrocosta S.A. E.S.P tal como lo solicita el apoderado de la parte Convocada en su contestación a la solicitud de convocatoria.

En audiencia de 23 de abril de 2.003, se nombró como perito al Ingeniero Eléctrico Alvaro Mendoza de la Espriella y como perito contador al señor Claret Bermúdez. El primero de los peritos nombrados, no aceptó el cargo mediante comunicación de fecha 29 de abril de 2.003 remitida al Tribunal, argumentando que sobre él concurre causal de impedimento, toda vez que fue contratista de Electrocosta S.A. E.S.P. Estas razones fueron acogidas por el Tribunal y en su reemplazo nombró al señor Sicard Valencia Salazar.

Los peritos tomaron posesión el dia 26 de mayo de 2.003. Ese mismo dia se llevó a cabo la prueba decretada en las oficinas de la parte convocada, localizada en el Pie de la Popa, Centro Comercial Omni Plaza. Al finalizar la diligencia se le ordenó a Electrocosta S.A. E.S.P. para que en un término de siete (7) días, pusieran a disposición de los peritos la documentación requerida por ellos para el desarrollo de su labor; a su vez se les formuló a los peritos un cuestionario que se encuentra a folios 460-463 del expediente, concediéndoles veinte (20) días hábiles para que rindieran el experticio.

A través de memorial que reposa a folio 547, Electrocosta solicitó al Tribunal que se amplíe el término inicialmente concedido, para aportar los documentos necesarios para la rendición del peritazgo, por uno igual al inicialmente señalado en providencia de 26 de mayo de 2.003. El Tribunal accedió a esta petición en auto de fecha 9 de junio 2.003.

En escrito de fecha 18 de junio 2.003 (folio 612-615), presentado por los peritos a este Tribunal, solicitan que "se sirvan reconsiderar la fecha de entrega del dictamen", toda vez que Electrocosta S.A. E.S.P, no puso a su disposición, toda la información necesaria para la elaboración de éste. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal en auto de fecha 25 de junio de 2.003 ordenó prorrogar el término para rendir el dictamen pericial por un lapso de quince (15) días contados a partir del vencimiento del inicialmente fijado para el efecto.

En auto de fecha 14 de julio 2.003, se fijó el día 18 de julio de ese mismo año, para llevarse a cabo audiencia en la cual los peritos, procederían a sustentar el dictamen. Habiéndose presentado el dictamen pericial el día 17 de julio a las 6:14 de la tarde en la Cámara de Comercio de Cartagena.

Llegada la fecha y hora señalada para que los peritos sustenten su dictamen, el apoderado de la parte Convocada, solicitó que el Tribunal declarara que el dictamen pericial había sido presentado extemporáneamente, toda vez que el término para la presentación se vencía el 17 de julio a las 6:00 p.m y que por tal razón no debía ser de recibo para el Tribunal y no debe tener ninguna validez en este proceso. Dentro de la misma audiencia el Tribunal le ocurrió traslado al apoderado de la parte Convocante para que se pronunciará al respecto, aduciendo que no comparte los argumentos de la parte Convocada, y argumenta entre otras razones que "por otro lado la simple circunstancia de que el dictamen se halla presentado 15 minutos después del horario de la oficina no atenta de ninguna manera contra las garantías procesales del debido proceso y el derecho de defensa....." (Folio 785). Sobre el asunto el Tribunal consideró que el Dictamen fue presentado en tiempo, y trajo a colación sentencia de Consejo del Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, expediente 7061 que establece que "cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día de plazo" (folio 785). Esta decisión fue objeto de recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte Convocada, pero el Tribunal se mantuvo en ella, fundamentándose ésta, además de las consideraciones iniciales, en lo dispuesto por el numeral quinto del art. 237 del C.P.C.

A través de escritos presentados el día 23 de julio de 2.003 (folios 790 a 795 y 798 a 804), el apoderado de la parte Convocada, objetó el dictamen pericial por contener errores graves. El apoderado de la parte Convocante ese mismo día, presenta escrito solicitando aclaración y complementación del dictamen pericial.

El Tribunal a través de auto de fecha 28 de julio 2.003 accede a la solicitud de aclaración y complementación presentada por el apoderado de la parte Convocante. Los peritos el día 30 de julio 2.003 presentan escrito de aclaración de dictamen pericial (folio 808-814), y el Tribunal a través de auto de fecha 31 de julio 2.003 le corre traslado a las partes de tal aclaración. Posteriormente a través de estado, fijado el 6 de agosto de 2.003, se le corrió traslado a las partes del escrito de objeción del dictamen pericial. El día 11 de agosto de 2.003, el apoderado de la parte Convocante descorrió traslado y se pronunció sobre dicho escrito (folios 819-893). Finalmente, a través de auto de fecha 15 de agosto de 2.003, el Tribunal no accedió a decretar las pruebas solicitadas en el escrito de objeción del dictamen pericial por considerar que el acervo probatorio recaudado en este proceso ofrece los suficientes elementos de juicio para que en su oportunidad procesal pertinente se pueda dilucidar la procedencia o no de la pluricitada objeción por error grave"

**Pruebas de oficio:** se extendió la prueba pericial decretada y solicitada por Inelcaribe Ltda, o los libros de contabilidad, papeles de comercio y demás documentos contables o no, de la sociedad convocante INELCARIBE LTDA para determinar y corroborar hechos objeto de este proceso.

### **XXXV. ALEGATOS DE CONCLUSION**

En desarrollo de lo dispuesto en auto de fecha 1ero de septiembre de 2.003, el 8 de septiembre a las 8:30 a.m se verificó la audiencia de alegaciones. En ella, el Tribunal escuchó, dentro del término fijada por la ley, las argumentaciones de la parte Convocante y Convocada, igualmente se recibieron los escritos de alegatos de conclusión, que se incorporaron al expediente (926 a 976 apoderado parte Convocante), (977 a 993 apoderado parte Convocada).

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Es deber del Tribunal en este proceso, antes de proceder a realizar un juicio definitivo de valor o silogismo normativo que permita o no de enmarcar las pretensiones incoadas en el supuesto legal del "thema decidendum", precisar en el fallo los hechos relevantes relatados en la demanda y en la contestación de la misma con capacidad para incidir en la decisión, así como la excepciones propuestas, analizar las pruebas recaudadas y su conductancia, pertinencia y eficacia, discernir sobre la naturaleza del asunto puesto a su consideración y establecer la existencia o no de obligaciones incumplidas generadoras de posible responsabilidad contractual, para la cual habrá de verificarse también el daño inferido derivado de la culpa contractual, nexo causal e imputabilidad en cabeza del deudor incumplido, debidamente constituido en mora, y, de haberla, la prueba de exoneración de tal responsabilidad, así como el monto y naturaleza de los perjuicios ocasionados, al igual que los temas conexos alegados oportunamente por las partes, tales como la objeción, por error grave, del dictamen pericial y la tacha de sospecha de ciertas declaraciones testimoniales, planteadas a todo lo largo del proceso y, especialmente, en sus alegatos de conclusión. Ciertamente, no existe causal de anulación que invalide la actuación y, por ello, el Tribunal resolverá en derecho como se le ha pedido y así lo exige la cláusula vigésima tercera, literales a), b), c) y d), del contrato, referente a la cláusula compromisoria.

No sobra decir aquí que resulta inapropiado repetir otra vez todos los hechos de la demanda y sus pretensiones por haber sido recogidos en la parte inicial del laudo, pero – de todas formas – se hace necesario, como se dijo, considerar aspectos puntuales de tales hechos, resaltados, ora en el contrato; bien, en la misma demanda y en su contestación y que, a la poste, orientarán la decisión final del Tribunal.

Suficientemente dilucidado por la doctrina y la jurisprudencia, están los elementos esenciales de la responsabilidad contractual, los que se constituyen por el incumplimiento le sea imputable a dicho deudor, esto es, que se deba a su culpa o a su dolo, y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor.

Igualmente se ha dicho que para que el incumplimiento genere la obligación de reparar perjuicios, es necesario que el deudor se encuentre constituido en mora, si la obligación incumplida es positiva, requisito que en el caso de autos delanteriormente este Tribunal da por satisfecho, bajo las previsiones del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Constituyen el cimiento de la responsabilidad que la Convocante pretende se le declare a la convocada, el supuesto incumplimiento de una serie de obligaciones; que se le generaron perjuicios a Inelcaribe, puesto que esta última, vio frustrada su aspiración de llevar hasta el final el contrato LEG- BO 023-99, y en otros eventos los perjuicios fueron ocasionados por el retraso en el pago por parte de Electrocosta de dineros que ya había recaudado efectivamente de los usuarios.

Analizaremos uno a uno de los supuestos fácticos que al decir de la Convocante se traducen en incumplimiento, por culpa atribuible a Electrocosta, así como la correspondiente liquidación de perjuicios si a ello hubiere lugar. En este tópico utilizaremos el orden sugerido por el libelo introductorio.

#### **DETERMINACION PREVIA DE LOS PROCESOS TÉCNICOS, JURIDICOS Y ADMINISTRATIVOS PARA LA DEBIDA EJECUCION DEL CONTRATO.**

Es de recibo para este Tribunal la afirmación consistente en que no obstante no se encontrara incluida en el contrato esta obligación de manera específica, si le incumbía a Electrocosta su cumplimiento por ser una obligación que emana de la naturaleza del mismo, en atención a la colaboración recíproca que debía existir para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio tendiente a reprimir los fraudes, todo conforme al artículo 871 del Código de Comercio en concordancia con el 1603 del Código Civil.

Pues bien, a juicio de este Tribunal en realidad tal obligación no se cumplió en forma satisfactoria, ya que no puede aceptarse el argumento, de que tales procesos estaban ya confeccionados en el contrato de condiciones uniformes, en la Ley de Servicios Públicos y en las resoluciones respectivas de la CREG, normatividad que integra el haz que ha de tener en cuenta toda empresa de servicios públicos cuando ventile eventos de fraude, peor en verdad ellas nada informan de los precisos comportamientos que debían asumir Electrocosta e Inelcaribe en sus propósitos contractuales comunes.

Para el Tribunal es muy diciente en este punto la comunicación de fecha 5 de octubre de 1999, mesé después de haber comenzado a ejecutarse el contrato, suscrita por la Gerente Corporativa Legal, doctora Nancy Abdala Talud. En dicho documento se condesa un instructivo sobre el adelantamiento del proceso de detención de fraudes, y se anexan unos modelos que se deben sustanciar en dicha actuación. Como se observa este documento se realiza tres meses después de haberse comenzado a ejecutar el contrato, lo que indica que al momento de celebrar el contrato, Electrocosta no tenía definido los procedimientos para ejecutarlos. Refuerzan esta aseveración la comunicación dirigida a la Convocada, de fecha 16 de septiembre de 1999, que obra a folio 39 de este informativo, que prueba al menos los reclamos que en torno a este punto se le hacían a Electrocosta y que indiciariamente nos permite inferir el incumplimiento; así como la declaración de testimonio del Señor Omar Merlano Iriarte, quien depone acerca de la ausencia de un modelo o patrón para la diligencia de notificación y de la providencia sancionatoria.

Establecido entonces el incumplimiento de la obligación nos corresponde proveer lo relativo a la reparación económica del perjuicio, lo que únicamente procede cuando este sea directo y cierto, ya que sólo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia inmediata de la culpa, y que revista las características de real y efectivamente causados, y no tan sólo como posibilidad de producirse.

En el escrito de demanda, se circunscriben los perjuicios por este preciso incumplimiento, "en los intereses corrientes causados sobre los pagos que hizo Electrocosta desde el momento en que debieron ser hechos, (si se hubiera cumplido a cabalidad el contrato por Electrocosta desde el principio de su ejecución), hasta el momento en que fueron efectivamente realizados."

Conforme a los principios que regulan la carga de la prueba, a quien demanda judicialmente la indemnización de perjuicios que ha sufrido, le corresponde demostrar siempre, el daño cuya reparación pretende y su cuantía, puesto que la condena por tal aspecto no puede extenderse más allá del detrimento patrimonial padecido por el actor.

Si bien es cierto que el Convocante plantea unos extremos sobre los cuales se podría edificar el ejercicio matemático de la cuantificación de perjuicios, tales supuestos no parecen acreditados en los autos. No hay ningún medio probatorio que nos indique cuando realmente debió producirse el pago a que hace mención el demandante, si la convocada hubiera dado cumplimiento a la obligación de determinar previamente los procesos técnicos, jurídicos y administrativos.

Al echar de menos el Tribunal esta prueba, no puede consecuentemente imponer ninguna condena al respecto.

#### **FALTA DE ORIENTACION O DIRECCIONAMIENTO PARA LA DEBIDA EJECUCION DEL CONTRATO.**

Igual a la obligación anteriormente analizada, ésta, la del direccionamiento, emana de la naturaleza del contrato, en especial de ser una convención de colaboración empresarial. Tiene su consagración positiva en el contrato cuando el contratista se obliga, de acuerdo con las metas y programación que Electrocosta le estableciera, a la revisión de las instalaciones eléctricas que ella le indicara, con el fin de verificar la existencia o no de los fraudes o irregularidades. La existencia de esta obligación, en la forma como viene dicha, fue aceptada por la parte convocada, sin embargo, manifestó haberle dado cumplimiento a la misma, lo cual ha sido de amplia controversia dentro de este trámite arbitral.

Estima pertinente este Tribunal, a fin de poder determinar si se cumplió o no con tal obligación, establecer en primera medida cual es el alcance y extensión de dicha prestación.

El testimonio del señor Arnold Alvarez Rodríguez, folio 534 y siguientes es de gran valía para la instrucción cuando afirma "el direccionamiento era la forma como la empresa manifestaba a los contratistas en donde debía realizar la revisión, detección y normalización de irregularidades, y este era realizado por delimitaciones geográficas o conglomerado de clientes..." .

La representante legal de la convocada en la declaración de parte rendida en este proceso, al ser inquirida sobre le procedimiento de ejecución del contrato manifestó: "... ahora bien, el contrato preveías que la empresa a través del jefe del proyecto de recuperación de pérdidas asignaba al contratista los ciclos de facturación que este debía trabajar, también contemplaba la posibilidad de que le notificara aun telefónicamente algunas rutas o clientes o usuarios especiales que debían ser visitados para establecer o no la existencia de una anomalía o fraude...". Luego, al ser preguntada sobre la forma como se instrumentaba esa orientación manifestó: "la orientación, reitero que tal como lo señalaba el contrato, consistía en señalarle los ciclos de facturación que el contratista debía trabajar, esto se podía hacer de cualquier medio posible, reitero que el contrato preveía aun las orientaciones telefónicas en cuanto al donde, por las razones que expuse con anterioridad, quiero precisar que la empresa opera y aperaba (sic) en ciclos de lectura y facturación eso ha sido siempre así, no es un procedimiento creado con ocasión de este contrato. la prestación del servicio implica que yo lea permanentemente a los usuarios para poderle facturar y esa información de lectura o facturación, al hacerle la crítica me arrojaba luces en cuanto a desviaciones significativas que eran utilizadas de referencias para la asignación u orientación al contratista, en torno a los sectores que debían ser revisados, dados que las lecturas o las facturaciones arrojaban desviaciones o en la misma lectura se establecía alguna situación anómala."

Se colige entonces que la obligación de orientar (o direccionar como dicen los aquí litigantes), consistía en instruir al contratista sobre los lugares donde debía adelantar sus acciones de campo tendientes a revisar y detectar fraudes, con el fin de normalizar dichas instalaciones irregulares. Estas precisas delimitaciones a los lugares donde se debían ejecutar los trabajos, debían tener como marco de referencia los ciclos de lectura y facturación, cuyo origen debía ser la mayor de las veces el análisis crítico que se le hiciera a la lectura en cuanto a desviaciones significativas del consumo. Esto sin perjuicio de que se le indicara al contratista lugares específicos donde debía realizar alguna revisión en virtud del conocimiento que tuviera Electrocosta de alguna irregularidad.

Militan en el informativo deposiciones que en uno y otro sentido se pronuncian en torno al cumplimiento de esta obligación. Así el testigo Omar Merlano expone en su declaración los inconvenientes que se presentaron ante la ausencia de orientación por parte de Electrocosta y como ejemplo de ello, narra episodios en donde Inelcaribe revisaba instalaciones de donde ya había hecho lo propio otro contratista o las mismas cuadrillas de Electrocosta. Esto es corroborado incluso por el dictamen pericial, donde con base en documentos entregados por la Convocante, se concluye que no hubo acto de direccionamiento durante el desarrollo del contrato, y se hace énfasis en que las visitas para revisión no se hicieron con base en los ciclos de facturación, sino al criterio del contratista, y que por ello, se presentó una considerable cantidad de casos en que dos contratistas coincidían en los lugares de revisiones.

De las personas que niegan el incumplimiento predicho están los testimonios de los ingenieros Arnold Alvarez Rodríguez y Agner Manrique Ramos. El primero al ser preguntado sobre los procedimientos utilizados por Electrocosta para direccionar los contratos cuyo objeto era la prestación de los servicios de revisión, detección, reparación de fraudes y anomalías, informó al

Tribunal que eran dos tipos de metodología. Una a través de los ciclos de facturación y la otra con acciones de manera verbal o telefónica, y contundentemente, afirma que la convocada dio cumplimiento a esta obligación utilizando la metodología de los comités y llamadas telefónicas. Vale la pena destacar en esta declaración que el deponente excluye cualquier posibilidad de que el contratista realizara su labor en lugares donde no hubiera sido direccionado, entiendo tal comportamiento si se realizaba, como una acción indebida ya que no estaba autorizado para hacerlo de forma diferente.

A su turno el testigo Agner Manrique Ramos al ser preguntado acerca de la asignación por parte de Electrocosta a Inelcaribe de algunas zonas a efecto de revisar y detectar los fraudes, expuso que el direccionamiento lo era de manera verbal con el ingeniero Eder Pico, y que en cuanto a zonas geográficas dadas en comités de contratistas de la CRA, recuerda también haberles dado volantes de crítica de lectura y otras denuncias de funcionarios que hacían fraudes. Sin embargo, este declarante no descarta la posibilidad de que en la labor de detección de fraudes el contratista fuese autónomo, y en su decir esa autonomía comprendía la inteligencia logística de él, por la detección, sanción efectiva y pago de los clientes. Se contradice entonces este deponente con el anterior.

El testimonio del ingeniero Edgardo José Pinto Tovar, persona que trabajó con la firma interventora del contrato, ilustra al despacho sobre las personas que tenían la función de direccionamiento de Inelcaribe, y menciona a los testigos reseñados anteriormente. Manifiesta que no conoció instructivo que plasmara la forma como se hacían los direccionamientos al contratista, porque estos se hacían de acuerdo a los estudios que hacían los lectores y a la información que traían los lectores. Agrega luego, que Electrocosta si direccionó los trabajos de Inelcaribe, y habían varias formas, por listados, por vía telefónica, verbal o por acompañamientos directos que hacían los ingenieros de pérdidas en acciones nocturnas con el contratista. Este testigo fue objeto de tacha de sospechoso por parte de la convocante, basándose la misma en la circunstancia de haber laborado el declarante con la firma interventora, de donde deduce el impugnante un interés que puede afectar su credibilidad. En verdad, si de acuerdo con la experiencia podemos afirmar que al ser interventor el representante contractual del contratante, de donde es obvio que surja una identificación con este, no podemos calificar inmediatamente de sospechoso por este solo hecho, sin perjuicio de que sea analizado al trasluz de los principios de la sana crítica. Si así fuese deberíamos atribuirle tal calificativo a toda la prueba testimonial recaudada, ya que los declarantes de uno y otro lado tuvieron alguna relación contractual con los pleiteantes.

Volviendo al punto objeto de análisis, esto es, el incumplimiento o no de la obligación de direccionamiento, es el criterio de este tribunal, que la misma no se cumplió con las características que debía revestir, sólo habiendo algunos intentos o tentativas de ello, sin que cumpliera lógicamente con los fines esperados, la eficacia en la labor del contratista. Luego entonces, no existió una política de direccionamiento clara y coherente para con el contratista.

Para llegar a esta conclusión, además de apoyarnos en el testimonio de Omar Merlano y la prueba pericial practicada, tiene gran significado que dados los ribetes de la labor de

direccionalamiento, sea insuficiente la evidencia escrita del mismo, lo que resulta curioso teniendo en cuenta que no siempre sería de manera verbal.

Establecido el incumplimiento de Electrocosta, que debe tenerse por culposo al no plantearse ninguna eximente en el proceso, debe pronunciarse este Tribunal sobre los perjuicios estimados.

La parte Convocante, con relación a estos perjuicios se sujeta al porcentaje que se pruebe en el proceso, partiendo de la base que aún sin direccionalamiento los resultados económicos ascendieron a la suma \$1.692.319.762, cuyo 50% correspondió a Inelcaribe. Este guarismo responde a un 6% de acierto en los casos revisados, y la demandante afirma que de haber cumplido Electrocosta con la labor de direccionalamiento los resultados habrían alcanzado más del 12%.

Esta específica cuestión fue sometida al estudio de los peritos nombrados por el Tribunal. Se les preguntó cuál sería el valor de las sumas de dinero que Inelcaribe hubiese recibido de Electrocosta en caso de haber sido direccionalada y orientada por esta última entidad.

Los expertos realizan un ejercicio partiendo de dos escenarios, teniendo en cuenta en el primero el porcentaje de aciertos del contratista, de 4.58% aplicado a un porcentaje suministrado, configurando una ecuación a resolver partiendo de la incógnita del equivalente del porcentaje suministrado. En un segundo escenario, los profesionales, de acuerdo con su experiencia directa establecen un mínimo de porcentaje de aciertos, al que restan el efectivamente realizado en la ejecución del contrato, y efectuando la sustracción del caso arrojará la cifra que Inelcaribe dejó de percibir.

Las referidas conclusiones, no pueden ser acogidas por este Tribunal por razones de orden sustantivo que pasan a exponerse.

Es claro que la pretensión indemnizatoria de la Convocante apunta a que se le cancele el lucro cesante, como especie del daño que le ha infringido Electrocosta. Al respecto nuestro máximo órgano dispensador de justicia ha dicho:

"Sabido es que en los daños patrimoniales tomados como objeto de indemnización, ha de computarse no solo la disminución efectiva que sufra el perjudicado en sus bienes (*danum emergens*, sino también aquellos aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) con que al mismo perjudicado le era dado contar pues, atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto, se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad. Desde antiguo y con apoyo en conocidos textos romanos, tiene declarado la jurisprudencia que la idea fundamental inspiradora de las normas en esta materia, consistente en procurar que de ser posible el perjudicado sea restituido a la misma situación en que actualmente se encontraría de no haber mediado ese hecho dañoso, exige que también reciban adecuada compensación las mermas de ganancia aludidas y, en el ordenamiento positivo vigente en el país, así lo señalan en forma expresa los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al reconocer, en línea de principio por lo menos el "lucro cesante" como una de las modalidades en que puede manifestarse el daño patrimonial indemnizable, modalidad que por su propia índole no puede

operar sino dentro de severas restricciones algunas de las cuales, a juicio de la Corte y porque es necesario hacerlo frente al cargo en estudio, ahora corresponde recordar.

Sea lo primero en advertir que salvo contados eventos de verdadera excepción en que legislaciones especiales, acudiendo a criterios de cálculo abstracto de ordinarios justificados por un tráfico de bienes y servicios que lleva a cabo el empresario damnificado, establecen alternativas indemnizatorias fundadas en la presunción de las condiciones que deben concurrir para que pueda tenerse por configurada la pérdida de una ganancia esperada, nunca ha sido tarea fácil demostrar detrimientos económicos de esta naturaleza y su real extensión, pues a diferencia de lo que sucede con el "daño emergente" que por definición en tanto referido siempre a hechos pasados tiene una base firme de comprobación, el lucro cesante, al decir de los expositores, "participa de todas las vaguedades en incertidumbres propias de los conceptos imaginarios..." toda vez "... el único jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la perdida ganancia, de no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, mas o menos fundada, de si, a no ser esa otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tiene su asiento en ese concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe, entonces, al derecho separar cuidadosamente estos sueños de ganancia (...) de la verdadera idea de daño..." (Hans A. Fisher. Los Daños civiles y su reparación. Cap. I, B, numeral 4) (CSJ Sentencia 4 de marzo de 1998, expediente 4921, Magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

Partiendo del norte planteado por nuestro Tribunal de Casación, y atendiendo también la reiterada posición jurisprudencial de que la indemnización no debe exceder el detimento cierto experimentado por quien la reclama, tenemos que los jueces deben estar orientados por un prudente sentido restrictivo cuando se trata de dilucidar lo concerniente a la existencia del lucro cesante, así como de su cuantificación. En este orden de ideas sólo procede la reparación de esta clase de daño cuando obra en el expediente "... la prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. En otras palabras toca al demandante darse a la tarea, exigente por autonomía de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél..."

La utilidad de la que se duele Inelcaribe haber visto frustrada su recepción, tiene su vadero en el éxito de la labor de detección de fraudes encomendada a ella por Electrocosta, ya que al acertar en ella imponerse la subsecuente sanción, recuperarse la energía no facturada, participaba en un porcentaje de las sumas efectivamente canceladas por el usuario fraudulento.

Tal como lo manifiesta el apoderado de la Convocante, la primera solución dada por los peritos al cuantificar estos perjuicios, no es tal ya que responden los interrogantes planteando otros, lo que no puede menos que causar perplejidad.

Empero, la segunda solución tampoco puede ser acogida por estos falladores. Se soporta la misma, en un guarismo estadístico que viene a traducirse en una presunción de hombre respaldada por la experiencia de los expertos, según la cual, Inelcaribe hubiese acertado en un 13% de las revisiones que hubiese realizado, lo que no puede dejar de ser totalmente hipotético, e incluso contrario a derecho, ya que sería tanto como presumir que un porcentaje de la población tendría fraude en sus instalaciones, lo cual repugna al contenido del canon 83 de la Constitución.

Ahora bien, se olvida por parte de los expertos que el pago de la prestación no solo depende del acierto en la detección del fraude, corroborado en la actuación administrativa a que haya lugar, tanto en sede de la empresa como de la Superintendencia de Servicios Públicos en virtud de una alzada, sino también de que las sumas se recauden efectivamente, lo que obviamente dependerá de la solvencia del deudor. En este punto es claro el contrato, donde se evidencia que el contratista tomó participación en este riesgo de Electrocosta, siendo, al menos en teoría, posible que no se diera utilidad o que la misma fuera mínima.

#### **OBLIGACION POR PARTE DE ELECTROCOSTA DE ENTREGAR UNA CANTIDAD MINIMA DE CONTADORES PARA LA INSTALACION POR PARTE DEL CONTRATISTA.**

La parte pertinente de la Cláusula Sexta del Contrato LEG –BO-023-99, establece:

"Por instalaciones por baja tensión con medida directa, Electrocosta pagará al contratista la suma de \$12.500 por medidor instalado y/o acometida antifraude instalada; por instalaciones en baja tensión por medida indirecta, Electrocosta pagará al contratista la suma de 435.000 por medidor instalado; por instalaciones en media tensión con medida indirecta, Electrocosta pagará al contratista la suma de \$75.000 por medidor instalado y/o acometida antifraude instalada. Estos valores de instalación no incluyen materiales de las acometidas, sólo los tornillos, puntillas y chasos necesarios para empotrar los contadores y/o las cajas.

Electrocosta entregará para la instalación un mínimo de 30.000 contadores de acuerdo con los suministros de sus proveedores. PARAGRAFO TERCERO: Los anteriores valores cubren la totalidad de los costos a excepción del IVA y la revisión de los contadores ante un laboratorio debidamente homologado".

La parte demandada al contestar la demanda confesó ser cierta la no entrega de los 30.000 contadores y, argumentó en su defensa lo siguiente: que el mínimo de 30.000 contadores dependía del suministro de los proveedores; y que ante el rechazo de la comunidad Cartagenera, lo que incluso provocó perturbación del orden público, la empresa se vio compelida a reorientar esta operación y por lo tanto suspender estas actividades. Ello lo categoriza como un evento de fuerza mayor y que por lo tanto, exonera a Electrocosta de responsabilidad civil.

La representante legal de Electrocosta al absolver el interrogatorio de parte que le formulara la parte Convocante, al responder el cuestionamiento número siete manifiesta los antecedentes de la cláusula contractual arriba citada, y expone que "... lamentablemente circunstancias operativas externas a la empresa y de las cuales el mismo contratista fue parte, nos impidieron cumplir este cometido, la política de instalación de medidores adelantada por la empresa fue recibida de manera conflictiva por los usuarios de la costa Atlántica, es así como las comunidades empezaron a levantarse en torno a estas políticas, se occasionaron disturbios en torno a ellas, e incluso a (sic) trabajadores del contratista Inelcaribe fueron lesionados en una actividad de campo en la comunidad con ocasión a estas actividades, adicionalmente hubo un desmonte de vías de hecho de la propia comunidad de medidores y en un momento determinado la situación se volvió tan crítica que llegamos a contabilizar en toda la costa Atlántica alrededor de 700.000 medidores bajados por la comunidad. "En la pregunta siguiente al ser interrogada acerca de la entrega por parte de Electrocosta a Inelcaribe de algunos contadores para su instalación, como lo interpreta el Tribunal, la doctora Llerena Gómez responde: "Inelcaribe si instaló medidores entregados por Electrocosta durante el desarrollo de este contrato, el número no podría decir pero si entregó".

Para éste Tribunal es meridiano que muy a pesar de estar contenida la obligación que analizamos en la Cláusula Sexta, donde también se habla de la contraprestación por la detección de los fraudes, su independencia con lo que pudiéramos llamar objeto principal del contrato es total.

Igualmente, la inteligencia que se le da por parte de los suscritos a tal prestación, no condiciona su cumplimiento al hecho del suministro por parte de los proveedores de los medidores aludidos, tal como lo ha querido hacer ver el señor apoderado de la Convocada. En efecto, Electrocosta se comprometió a entregar un mínimo de 30.000 contadores, que eventualmente podrían aumentar, dependiendo ello sí del suministro de los proveedores. Si no fuese así no entienden porque las partes hablaron de un **mínimo** en el convenio.

Fijado el alcance de la obligación, nos corresponde examinar lo relativo a su cumplimiento, para ello es cardinal lo expuesto por la representante legal, de Electrocosta que confiesa la no entrega de los contadores, pero la justifica exponiendo sucesos perturbatorios del orden público que ella singulariza. Se configura aquí una confesión de naturaleza compuesta, que al decir de la doctrina y la jurisprudencia, por no haber intima conexión entre lo que se confiesa y lo que se agrega, por ser este último distinto y separado del reconocido, la falta de conexión intima permite dividirlos, al tener el primero origen distinto del segundo, frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa (en este sentido Jorge Cardozo Isaza, Pág. 195 y Sentencia de la C.S.J. de diciembre 3 de 1975 publicada en la página 208 del Código de Procedimiento Civil Legis comentado).

En todo caso, ante lo controversial del instituto de la divisibilidad o no de la confesión, debemos recordar que ella se aplica en ausencia de otras pruebas, porque si hay otras legalmente incorporadas al proceso, se deben apreciar todas en conjunto como lo manda el artículo 187 del C.P.C., y obran en el expediente deposiciones que dan cuenta de la instalación por parte de los

contratistas de contadores. En efecto el señor León Augusto Alfonso Spath Esquivel, al ordenársele hiciera un relato de lo que conociera acerca de la causa, afirma: "... también estuve en instalación masiva de medidores, que era instalar medidores, la cantidad fueron algunos 300 o 400, la cantidad no la sé exactamente, aparte de lo que instalé en el programa de barrido...". A su turno el señor Carlos Reina Maestre, al ser inquirido por el apoderado de la parte Convocante si recordaba los nombre de las personas naturales o jurídicas que hubieran instalado contadores, manifestó, "es posible que de todos no me acuerde, pero puedo nombrar algunos como Alvaro Mendoza y Compañía Ltda., Amplia Soluciones de Ingeniería, Inemec, Gutelec más o menos las que recuerdo."

Surge entonces para el Tribunal la conclusión, de que aún presentándose los incidentes que menciona la confesante, ellos no revistieron las características que la ley sustancial exige para estructurar una fuerza mayor o caso fortuito, como lo son la irresistibilidad e imprevisibilidad, sino no se explica como otros contratistas pudieron llevar avante la misma labor.

Con relación al último declarante citado, en la respectiva audiencia el apoderado de la parte Convocada formuló tacha de sospechoso, que debe resolverse de inmediato. Considera este Tribunal que la misma no es atendible habida cuenta que el citado profesional no indicó los precisos motivos por los cuales formulaba el reparo, dejándola huérfana de justificación y probanza. Pareciera entenderse, dentro del contexto de la declaración, que el surgimiento de la crítica al testigo obedece a la explicación que el mismo diera de la razón de la ciencia de su dicho, con relación a una específica pregunta, cuya respuesta no disminuye ni aumenta para este determinado asunto la valoración que hace el Tribunal. Siguese de lo dicho, que aun cuando no merece pronunciamiento de mérito esta tacha, ya que no puede colocarse al Tribunal en situación de tratar de adivinar en cuál de las causales del artículo 217 del C.P.C., se asienta la pretensión impugnatoria, la declaración se ha evaluado de acuerdo a las reglas de la sana crítica en atención al tópico que se tiene por probado, y que no hace relación a la respuesta de donde parece, se reitera, surge la inconformidad del apoderado.

Resulta entonces, que dado el incumplimiento de Electrocosta, se le ha inferido un daño patrimonial a Inelcaribe, que se traduce en el lucro cesante por la no instalación de los susodichos contadores.

A los señores expertos designados en este trámite se les ordenó, previo examen de la contabilidad de Inelcaribe, determinar la ganancia o utilidad neta que hubiera percibido esta en caso de que Electrocosta le hubiere suministrado la cantidad de 30.000 contadores, así como sus derivados.

Responden los peritos que la utilidad dejada de percibir por Inelcaribe al instalar 30.000 contadores de por baja tensión con medida directa es la suma de \$195.032.539.14, a razón de \$6.501.00 por cada contador. Critica el apoderado de Electrocosta esta estimación afirmando que los expertos "no saben, ni conocen, ni tienen medios para acreditar que esta era la clase de contadores que debían entregarse a Inelcaribe. Es error grave partir del supuesto, como no se tienen costos de instalación de otro tipo de contadores, que la utilidad dejada de percibir que defina sólo por una clase de estos elementos, cuando lo que debió dictaminar ante la inexistencia

de costos directos para la instalación de todo tipo de contadores, es que resultaba imposible definir la utilidad por este concepto, la cual, además, en otro error grave en que incurren los peritos, se pretende determinar como una posibilidad o hipótesis que gravemente contradice la objetividad que debe sustentar el dictamen."

El supuesto fáctico sobre el que soportaron los expertos sus respuestas, consistente en que Inelcaribe instalaría sólo contadores de medida directa, a razón de \$12.500 cada uno según lo estipulado en el contrato, y calcular la utilidad referenciándose en la instalación que efectivamente hizo la citada empresa en cumplimiento de una orden de servicio simultanea con el contrato que originó este conflicto, lejos de ser constitutivo de error grave, es indicativa de la debida ponderación y sindéresis que tuvieron los auxiliares al optar por el extremo de menos valor en el contrato, y de cuyo costos encontró evidencia en la contabilidad. Desacertado eso si hubiese sido propender por cuantificar instalación de media y baja tensión de medida indirecta, sin evidencia de los costos que desplegaría Inelcaribe en este escenario, o que se dictaminara con relación a los de medida directa, sin contar con el mismo respaldo.

Ahora bien, no obstante acoger este Tribunal plenamente esta conclusión específica, que obedece a una cuantificación que del perjuicio han hecho los expertos, no implica que de suyo deba ser la condena que por tal concepto se imponga en este Laudo.

Así desde el artículo 230 de la Constitución se afirma que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 prescribe que en la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, se atenderán los principios de reparación integral y equidad, conceptos que se erigen en criterios orientadores en esta labor. Por ello, el Tribunal no puede soslayar la equidad en este preciso aspecto, y conceder una utilidad plena al Convocante calculada sobre una labor que nunca realizó, sea cual fuere el motivo de este último, por esta razón el estimativo de los expertos se reduce en un quatum del 20% y en consecuencia, queda a salvo el derecho del Contratista en un porcentaje del 80% de la suma estimada por los expertos.

#### **FALTA DE CONCLUSION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SANCIONES.**

Pregona Inelcaribe que Electrocosta incumplió su obligación de realizar la revisión y evaluación de los contadores que aquella entregó en su oportunidad, por lo que se imposibilitó el adelantamiento del procedimiento administrativo de sanciones.

Es un hecho cierto e incontrovertible que esta obligación estaba a cargo de Electrocosta. Ello se deduce de las instrucciones que el Jefe de Operación Comercial entregó a los funcionarios del laboratorio de medidores y a lo normado en el Contrato de Condiciones Uniformes incorporadas al contrato en la Cláusula Segunda del mismo.

Tampoco admite discusión que efectivamente 94 contadores le fueron entregados para lo de su cargo al contratante sin que lo realizara. Al efecto se puede consultar el acta de reunión de liquidación del contrato de obra a folio 94 y siguientes del expediente.

Sentado el incumplimiento culposo por parte de la Convocada, debemos abordar lo relativo a la cuantificación del perjuicio.

Con relación a esta incógnita los peritos se manifestaron expresando en valor presente que Inelcaribe debió recibir la suma de \$129.267.736. Para ello toman en cuenta el tiempo total del proceso administrativo sancionatorio, la fecha en que se entregaron los contadores, y se hace un estimativo de cuando deberían recibirse la cancelación de los valores correspondientes, liquidándolos al mínimo establecido en el contrato.

Le asiste razón al apoderado de la Convocada cuando manifiesta que no obra en el expediente análisis que permita concluir, que todos los medidores entregados al laboratorio para la revisión presentarían fallas o irregularidades que propiciarían la imposición de sanciones. Además debe recordarse que por imperativo legal y contractual esto sería apenas una etapa dentro del proceso administrativo sancionatorio, cuya decisión final en todo caso, podría ser objeto de revisión por vía de alzada ante la Superintendencia de Servicios Públicos, y que en todo caso el pago de la retribución a Inelcaribe depende inexorablemente del recaudo efectivo de la misma. Son pertinentes en este punto las mismas consideraciones que se hicieran en el literal B de este Laudo, que le permiten declarar a este Tribunal la improsperidad de esta pretensión.

#### **FALTA DE TRAMITE POR PARTE DE ELECTROCOSTA DE LOS TRABAJOS REALIZADOS Y ENTREGADOS POR EL CONTRATISTA PARA SU VISTO BUENO.**

Expresa la Convocante que dentro del proceso de investigación y sanción a los usuarios autores de fraude, existieron casos en que Inelcaribe ya había agotado gran parte del trámite, procediendo a realizar el respectivo proyecto de liquidación de la sanción, así como el valor de la energía a recuperar. Este proyecto, fue remitido al departamento de pérdidas de Electrocosta para la revisión y visto bueno del funcionario respectivo. Dichos expedientes no fueron devueltos al contratista.

Efectivamente no aparece acreditada la devolución por parte del contratante con el respectivo visto bueno, así como tampoco circunstancia que la exonere de la consecuente responsabilidad por su incumplimiento.

Esta obligación al no ser ejecutada, impidió la finalización del trámite sancionatorio, frustrando la aspiración del contratista de recibir su contraprestación, que como se ha dicho, depende del recaudo efectivo de la sanción impuesta al usuario. En este punto debemos retomar la consideración hecha en el acápite anterior, cuando nos referimos a que por virtud del convenio celebrado por las partes, aspecto que no puede pretermitir este Tribunal, la prestación a favor de Inelcaribe no se causaría sino una vez se hubiera agotado todo el proceso previsto hasta su pago, y es evidente que después del visto bueno por parte de Electrocosta, existían estancos por agotar. Esto mirado desde la óptica de la prestación resarcitoria por lucro cesante, que es la forma delimitada por el actor, y a la que debemos proveer en sentido estricto en virtud del

principio de congruencia de la sentencia o el laudo. Por esa razón jurídica, no se acoge la respuesta de los expertos.

### **PROCESOS QUE SE ENCUENTRAN EN TRAMITE ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

Inelcaribe entregó a Electrocosta, para que la misma enviara a la Superintendencia de Servicios Públicos los expedientes de un número de usuarios que se singularizan en la demanda, hecho que fue aceptado por la demandada, quien manifestó que sólo hasta el año 2002 ha venido siendo notificada de las decisiones sancionatorias, y en algunos casos los clientes no han cancelado las multas. Estos eventos en esencia hacen relación a casos que se culminaron, después de sucederse una suspensión del contrato.

Estima el apoderado de la Convocante, realizando lo que el denomina una interpretación sistemática de las cláusulas contractuales, que la remuneración causada por los expedientes que fueron enviados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no puede estar supeditada a la resolución de la misma o a que se paguen, pues esta circunstancia se sale del esquema general del contrato, da su terminación y la conclusión de las relaciones entre las partes. Afirma, que estimarlo de tal modo, equivaldría a dejar a Inelcaribe a expensas del querer de la demandada quien ha mostrado nulo interés por cumplir sus obligaciones con la Convocante.

Analizado el contrato, se observa, que en los eventos de suspensión o terminación anticipada, las partes deberían acordar los porcentajes que se pagarian al contratista en forma proporcional al trabajo realizado. Este acuerdo, no fue posible, tal como dan cuenta las comunicaciones que obran en el expediente a folios 159 y SS., y folios 168 y 169.

Al absolver los peritos la pregunta relativa a la determinación del monto de las sumas de dinero a que tenía derecho el Convocante por los casos indicados en este punto, tuvieron en cuenta listado aportado en la inspección judicial verificada en este trámite, así como documentos aportados por Inelcaribe. Informan entonces al despacho que decisiones sancionatorias han sido confirmadas por la Superintendencia, cuáles modificadas, cuáles revocadas, y decisiones pendientes aún de pronunciamiento. En los eventos ya confirmados o modificados se indica en cuáles se celebró acuerdo de pago, se canceló todo o no han cancelado.

La Convocante identificó los perjuicios en este ítem como: "las sumas de dinero que no ha recibido, habiendo Electrocosta suspendido el contrato, monto que se demostrará en el curso del proceso más la corrección monetaria sobre la misma desde el momento en que Inelcaribe debió recibir esas sumas hasta cuando se produzca el pago total por parte de Electrocosta".

No obstante al referirse a sus pretensiones obrantes a folio 17 del expediente, de manera un tanto diferente a lo señalado en los hechos de su demanda, considera que "se condene Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. "Electrocosta S.A. E.S.P" a pagar a favor de Inelcaribe Ltda., la suma de mil quinientos treinta y un millones ciento veintiséis mil trescientos

sesenta y nueve pesos (\$1.531.126.369,00) por concepto de los perjuicios materiales derivados de dicho incumplimiento, más los perjuicios materiales que se declaren probados en el proceso, más la corrección monetaria sobre dicha suma a partir de la ejecutoria del laudo que así lo ordene hasta cuando el pago se verifique en su totalidad.

Lo anterior nos da la medida del "petitum" incoado por el apoderado de la Convocante, sin que sea necesario hacer interpretaciones al respecto.

Estima este Tribunal que le cabe razón a la parte Convocante en lo que se refiere a que ella no puede quedar supedita a lo que resuelva la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o a que se produzca el pago efectivo, en razón a lo dispuesto en el artículo 2063 del Código Civil, el cual es del siguiente tenor: "Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2054,2055,2056, y 2059". Esto en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2064 y 2065 del Código Civil.

Respecto a la disposición supradicha ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil de fecha noviembre 5 de 1.997, expediente 4912, de la cual fue magistrado ponente Rafael Romero Sierra, lo que textualmente se reproduce: "Puesta la Corte en camino de dilucidar tal asunto, no puede dejar de resaltar, a propósito de la denominación que el código trae en el capítulo pertinente, que las dos situaciones tratadas por el tribunal están arropadas por igual con el nombre genérico de "Servicios" inmateriales; no parece entonces seria y sólida la distinción entre "obras" y "Servicios" inmateriales. Por donde empieza a columbrarse que la diferencia que entre ellas pueda existir no ha de estar en la tangibilidad del servicio u obra material en que se apoyó el ad-quem. Como en efecto no lo es, si se repará en que lo verdaderamente distinguible está en otro lado; depende es de si el servicio representa una actividad aislada o una larga serie de actos".

Para el caso de marras, y siguiendo la interpretación jurisprudencial, tenemos aquí un contrato de prestación de servicios que se distingue por una "larga serie de actos" y, por ello, se puede estimar como de trato sucesivo y al cual, con toda certeza, se puede aplicar lo dispuesto en el artículo 2056, ídem.

El artículo 2056, citado, expresa que: "Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución." Y agrega el mismo artículo en su inciso segundo: "Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra".

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que cabe al Contratista insatisfecho a que este Tribunal declare el derecho que tiene a que se le pague lo que valga su trabajo y que se concreta en los casos determinados en la inspección judicial, que obra a folios 453 al 464 del expediente y además, en el oficio 2.003-130 recibido en la secretaría del Tribunal el 25 de septiembre de 2.003, en el cual se certifican las multas por fraudes que fueron objeto de apelación ante la

Superintendencia, en qué sentido se modificaron algunas, se revocaron otras y se conformaron las demás relacionadas, precisando en ellas el valor definitivo a pagar por los usuarios encartados con las decisiones apeladas y que reposan a folios 995 al 1001 del expediente, en cuyos documentos se observa con claridad meridiana el quantum definitivo de las resoluciones de la Superintendencia como lo conforma el precitado oficio a excepción de tres casos igualmente señalados en tal oficio y cuyo derecho queda a salvo, y de cuyo monto total se extraerá el 50% a favor de la parte Convocante conforme a lo dispuesto en la cláusula sexta literal a) del señalado contrato.

Lo anterior también tiene su asidero en el artículo 228 de la Carta Política, en consonancia con el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones según las cuales debe primar, ante todo, el derecho sustancial, y es el caso que si bien ELECTROCOSTA tenía derecho a hacer cesar el contrato Leg-Bo-023-99 con su suspensión, debemos dejar incólume igualmente el derecho del Contratista a recibir el producto de su trabajo, todo lo cual ha quedado evidenciado dentro del expediente. Además que este preciso caso de los expedientes enviados a la Superintendencia de Servicios Públicos para resolver los recursos de apelación, a diferencia de lo que acontece con las pretensiones a que se refieren los literales A), B), D) y E) de estos considerandos, sí es cuantificable porque sus montos aparecen, algunos en la inspección judicial y otros en el oficio de respuesta de la Superintendencia. Sobre ésta pretensión específica reconocerá la corrección monetaria a partir de la ejecutoria del aludo arbitral y hasta cuando se produzca el pago efectivo según lo pedido por el Convocante en el acápite de pretensiones de su demanda.

Es importante recabar que no es el contrato textualmente considerado el que sirve como soporte jurídico a esta parte considerativa, sino el artículo 2056, del Código Civil, que ahora se reitera, dado que él afirma en forma imperativa que, si bien el contratante que encargó la obra puede hacerla cesar, debe igualmente reembolsar al artífice todos los costos, dándole todo lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra.

No se trata aquí, entonces, únicamente de la posibilidad de que el contratante pueda hacer cesar la obra con la suspensión de los servicios contratados, sino, y especialmente, del mandato superior de la ley, que obliga al contratante a pagarle al Contratista los valores deducidos de las sanciones impuestas a los usuarios como consecuencia de su trabajo, y dada la probada terminación por vencimiento definitivo del plazo del contrato en el asunto sub-lite a lo cual se estará el Tribunal para atender la equidad y la prevalencia constitucional del derecho sustancial, que se erigen en porta estandartes de la justicia para fallar, como se hace, en derecho.

#### **PAGO DE LAS FACTURAS 152 Y 153 DE 2002.**

A diferencia de cómo lo venía planteando el actor, en su juiciosa exposición de los hechos y pretensiones, cuando se ocupa del no pago de las facturas 152 Y 153 de 2002 no precisa los perjuicios, por lo que al hacer uso de la facultad de interpretación de la demanda, debemos entender que al menos se solicita el pago de esta prestación.

Tal como se estableció por los peritos, y fue admitido delanteriormente por el actor, en estos instrumentos, que se utilizan como herramienta probatoria general del proceso, y no desde su específica fuerza ejecutiva, ellos contiene procesos ya involucrados en la pretensión estudiada en el literal E de este laudo.

Al realizar la depuración del caso los peritos reducen el importe de las mismas a dos terminadas cifras: \$8.360.456,40 (factura 152), \$5.025.261,40 (factura 153). Estos valores no pueden ser acogidos para imponer condena alguna, ya que no existe la certeza con relación a los guarismos indicados de que el respectivo usuario sancionado haya cancelado o suscrito un acuerdo de pago de la sanción.

Tampoco puede tenerse como norte el hecho de la presentación de la factura, que al menos indiciariamente podría permitirnos pensar la realización de la labor pero en verdad ella se desnaturaliza cuando se incluyen muchos conceptos todavía no causados a favor de Inelcaribe, en virtud de circunstancia que ella misma acepta, como lo es la haber incluido en el documento procesos pendientes de visto bueno.

#### **RUPTURA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PARA LA DETECCION, REVISION Y NORMALIZACION DE FRAUDES. PERJUICIOS.-**

Manifiesta Inelcaribe que al ordenar Electrocosta la suspensión parcial del contrato, en el sentido de que el contratista no continuara ejecutando las prestaciones relativas a la parte inicial del proceso administrativo sancionatorio, pero si la de continuación con procesos ya iniciados, y no ordenar nunca la reanudación del mismo, así tampoco su terminación, y dejar en incertidumbre el vínculo hasta el advenimiento de la fecha de terminación, implicó una ruptura que ocasionó perjuicios, consistentes en el lucro cesante por el resto del término que faltó para cumplir la duración del contrato, los que valora en la suma de \$160.000.000,00, o lo que se pruebe en el proceso.

Se manifiesta además, que Electrocosta abusó de su posición dominante, y en el alegato de conclusión se enfatiza al calificar tal comportamiento del contratante como una conducta antijurídica en al que se exterioriza un clásico abuso de los derechos en el contrato celebrado.

Le corresponde entonces a este Tribunal determinar si en realidad hubo una ruptura unilateral e ilegitima del contrato por fuera de sus términos y con abuso de su posición dominante.

La cláusula sobre la cual fincó Electrocosta su decisión de suspensión, comunicada mediante misiva de agosto 30 del 2000, es del siguiente tenor:

"Electrocosta podrá en cualquier momento y por cualquier motivo ordenar la suspensión o la terminación definitiva del contrato mediante aviso por escrito dirigido al Contratista indicando la parte de los servicios objeto de suspensión o terminación y la fecha efectiva de la misma. La terminación anticipada deberá notificarse con treinta días de anticipación (...)"

Examinado el documento que obra a folio 144 del informativo, fechado agosto 30 del 2000, observamos que en él se le manifiesta el motivo de la suspensión a Inelcaribe, el que puede ser cualquier de conformidad con la cláusula arriba citada. Igualmente, que la orden de suspensión es a partir de aquella fecha para lo cual no aplica el preaviso de treinta días de anticipación, supuesto predicable de la terminación.

Para la colegiatura, la actividad de Electrocosta no desbordó los parámetros contractuales. Los contratantes habían previsto la posibilidad de una suspensión del contrato sin consecuencia punible alguna, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acuerdo que a este Tribunal le está vedado desconocer.

Ahora bien, en cuanto a un supuesto indebido ejercicio de los derechos del contratante Electrocosta, ha debido acreditarse en los autos que los motivos que guiaron a la empresa a suspender el contrato abrigaran intereses apartados de su finalidad económica y social que le es propia, que fuesen malintencionados, o que su ejercicio fuese inútil. Para esta conclusión tiénesse en cuenta, la didáctica doctrina de la Corte Suprema de Justicia, expresada en sentencia de agosto 9 de 2000, cuyos apartes pertinentes se transcriben:

"Los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que le son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto a postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual, al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario toda la actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amen manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que este reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que le son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.

Y un ejemplo persuasivo de esta clase de comportamiento irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendida las circunstancias particulares que rodea el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión en detrimento del equilibrio económico de la contratista. (Casación de 1994) "(Sentencia de agosto 9 del 2000, expediente 5372, Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles).

Pues bien, atendiendo la realidad negocial concreta no evidencia este Tribunal, que la posición dominante de Electrocosta, la cual es innegable, haya sido aprovechada indebidamente por la misma. Ello se infiere de que la empresa de servicios públicos suspendió el contrato, motivado por una razón específica, que a juicio de los árbitros es plausible, habida cuenta de una falta de demostración del aserto contrario, que corría por cuenta del demandante.

Así las cosas, si no existió el supuesto invocado por el actor (ruptura unilateral e injusta) no hay lugar al reconocimiento de perjuicios.

#### OTROS ASPECTOS SOBRE LOS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL EN ESTE LAUDO.

##### TACHA DE SOSPECHA DE TESTIGOS.

En el cuerpo de este laudo ya han sido resueltas las formuladas con relación a los deponentes: Edgardo Pinto Tovar y Carlos Reina Maestre, por lo que nos resta pronunciarnos en torno a la propuesta con relación Pierino Viggiano Merlano.

El fundamento fáctico de dicha tacha es la existencia de un proceso laboral instaurado por el testigo, en contra de Electrocosta, lo que podría configurar una circunstancia que afecte su credibilidad o imparcialidad en razón de sus sentimientos o interés con relación a la Convocada u otras causas.

En relación con el interés que pueda afectar el testigo en un momento dado el anterior Código Judicial establecía la específica circunstancia de existir pleito entre el testigo y una de las partes, factor que ahora queda sometido a la calificación del juez, porque en verdad el sólo hecho de la demanda judicial no implica de suyo que se afecte la imparcialidad del testigo, porque bien se puede someter a consideración de la justicia conflictos que no involucren en la esfera personal a los asociados. Empero, en el caso de otros de la prueba aportada por el apoderado de la Convocada, a la sazón copia de la respectiva demanda, se concluye que el testigo le hace, por intermedio de su gestor, imputaciones que revisten cierta gravedad, ya que se da cuenta de una persecución por parte de Electrocosta y de la amenaza o violación de derechos fundamentales.

Cree el Tribunal que en cierta medida los sentimientos de Pierino Viggiano con relación a Electrocosta se han visto afectados, por lo que debe calificarse como testigo sospechoso, lo que no obsta para que se le aprecie su declaración con mayor severidad, no pudiendo producir por si sola su declaración certeza al decir de la doctrina y la jurisprudencia.

Así, el Tribunal ha verificado, en el aspecto de su declaración que más interesa a este proceso que lo es, la falta de implementación de los procesos administrativos, Técnicos y jurídicos en forma previa, y para la debida ejecución del contrato, que ello se encuentra corroborado por otras pruebas como se dijo en el punto pertinente.

## OBJECIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL

La ley procesal civil permite a los litigantes objetar el dictamen rendido por los peritos "por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas". Infortunadamente, en muchos casos se ha querido hacer uso de esta facultad cuando no se comparten las conclusiones de los expertos por considerarse equivocadas.

Ha establecido la jurisprudencia los eventos en que se configura una irregularidad de tal entidad, como son, el cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. (G.J, T.LXXV, pagina 604).

Este Tribunal resolverá la objeción solo en cuanto a las conclusiones acogidas parcial o totalmente por él para imponer condenas, ya que resultaría superfluo referirnos a las conclusiones que por aspectos sustantivos ni siquiera fueron consideradas.

Con relación al calificativo de errado que se da a la estimación de perjuicios por el no suministro de los 30.000 contadores, debido a que se basa en supuesto exclusivo de la utilidad que para Inelcaribe le generaría la instalación de medidores de medida directa, no teniéndose en cuenta otra clase de medidores, tal reparo no se traduce en que los expertos hayan estudiado una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia de dictamen, ni trocado sus cualidades, muy por el contrario ellos se basaron en la única evidencia encontrada, como se anotó en el acápite respectivo al acoger la respuesta dada.

Respecto del monto que Electrocosta debe pagar a Inelcaribe por concepto de los fraudes sancionados y enviados a la Superintendencia de Servicios Públicos, debe decirse que los expertos respondieron el cuestionamiento tal como fue formulado, y que el Tribunal aplicando las previsiones jurídicas del caso, apreciara el dictamen de acuerdo con lo probado en el expediente y rechazaría la objeción por error grave porque los expertos respondieron exactamente lo que se les preguntó.

Retomando este último punto, debe acotarse que lo que campeó en los memoriales de objeción y adición a este, fueron en realidad discrepancias sobre los procesos intelectivos de los peritos, lo que es admisible dentro de la dialéctica propia de la crítica probatoria, pero que dista mucho de constituir un error grave como se ha definido. Por lo tanto, la objeción no prospera.

## ACERCA DE LA EXCEPCION.-

La parte demanda propuso en el libelo de contestación la excepción que denomino inexistencia de la obligación y contrato cumplido. Como supuesto fáctico de la misma, expuso que Electrocosta cumplió cabalmente las obligaciones contraídas en el contrato LEG- BO- 023-99.

A lo largo de esta providencia al analizar las diferentes pretensiones indemnizatorias de la Convocante, se concluyó que Electrocosta faltó a sus deberes correlativos, que su proceder contractual no fue el mejor, y que el hecho de que no se haya impuesto condena por perjuicio en muchos casos, no implica que antológicamente no haya existido el incumplimiento.

Es de Perogrullo entonces, el corolario de que el medio e defensa es totalmente infundado, con excepción de lo relativo al supuesto abuso de derecho en la ruptura unilateral del contrato.

## COSTAS

De conformidad con lo previsto en el art. 33 del decreto 2279 de 1.989 y art. 392 y siguientes del C.P.C, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las costas del proceso y practicar su liquidación y a ello procede teniendo en cuenta que

la Convocante le prosperaron parte de sus pretensiones en su integridad y que fueron rechazadas las excepciones formuladas.

Los gastos del arbitramento se discriminan así:

	XXXVI.	<b>Conceptos</b>	
<b>Honorarios árbitros</b>	<b>12,688,498.00</b>	<b>3</b>	38,065,494.00
<b>Honorarios secretario</b>	<b>6,344,224.00</b>		6,344,224.00
<b>Honorarios peritos</b>	<b>2,000,000.00</b>	<b>2</b>	4,000,000.00
<b>Gastos de funcionamiento</b>	<b>8,133,132.00</b>		8,133,132.00
<b>Gastos de registro,</b>	<b>2,000,000.00</b>		2,000,000.00
<b>Protocolización y fotocopias</b>			
<b>Agencias en derecho</b>			23,000,000.00
<b>(XVII. VALOR TOTAL</b>			<b>\$81,542,850.00</b>
<b>Porcentaje Total</b>	<b>70%</b>		<b>57.079.995,00</b>

En consecuencia, el valor de las costas asciende a la suma de OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$81,542,850.00) y Electrocosta S.A. E.S.P. asumirá el 70% de su valor total.

**PARTE RESOLUTIVA.**

El Tribunal del Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre Inelcaribe Ltda y Electrocosta S.A. E.S.P., dentro del contrato LEG BO-023-99 celebrado entre ellas y en virtud de la Cláusula Compromisoria allí establecida, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** Declarar no probada la excepción propuesta por Electrocosta S.A. E.S.P., por lo expuesto en la parte considerativa.

**Segundo:** Declarar no probada la objeción por error grave al dictamen pericial propuesta por Electrocosta S.A. E.S.P.

**Tercero:** Declarar que Electrocosta S.A. E.S.P. es civilmente responsable, por incumplir el contrato LEG- BO- 023-99, celebrado por ella con Inelcaribe Ltda., con relación a la Cláusula Sexta del contrato, por las circunstancias expuestas en la parte motiva de este Laudo.

**Cuarto:** Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a Electrocosta S.A. E.S.P. a pagar la suma de \$137.277.664.00, a favor de Inelcaribe Ltda., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo, por concepto de los casos terminados totalmente por el Contratista y que se fueron a la Superintendencia de Servicios Públicos para resolver recurso de apelación, junto con la corrección monetaria sobre tal suma desde la ejecutoria de este laudo y hasta cuando se produzca el pago efectivo.

**Quinto:** Como consecuencia de la Declaración Tercera, condenar a Electrocosta S.A. E.S.P. a pagar la suma de \$156.026.031.00, a favor de Inelcaribe Ltda., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo, por concepto de perjuicios ocasionados por la no entrega de los 30.000,00 contadores.

**Sexto:** Condénese en costas a la parte demandada por la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MCTE. (\$57.079.995,00)

**Séptimo:** Deniégase por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las restantes súplicas que no estén contenidas en esta parte resolutiva.

**Octavo:** Expídanse copias autenticas con la constancias de ley, de conformidad con los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 33 del Decreto 2279 de 1989.

**Noveno:** Protocolícese el expediente en una notaría del círculo notarial de Cartagena.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

La anterior providencia se notifica a los apoderados en estrados, se hace entrega de copias auténticas de ella a las partes, con las constancias de ley.

**LILIANA BUSTILLO ARRIETA**

Presidente

**FERNANDO HERAZO GIRON**

Arbitro

**MADALINA BARBOZA SENIOR**

Arbitro

Salvamento parcial de voto.

**IRINA SALAS SAKER**

Secretaria.