

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

CANALES Y CONTACTOS S.A.S.

VS.

**EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE
ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P.**

RADICADO No. 2022 A 056

TABLA DE CONTENIDO

I. PARTES, APODERADOS Y MINISTERIO PÚBLICO	3
II. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO	3
A. SOLICITUD DE CONVOCATORIA. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS Y SECRETARIO. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.....	3
B. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN	5
C. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN Y PAGO DE HONORARIOS.....	6
D. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. COMPETENCIA Y DECRETO DE PUREBAS.....	6
E. PRÁCTICA DE PRUEBAS.	7
F. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y AUDIENCIA DE LECTURA DE PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO.	11
G. CONTROL DE LEGALIDAD	12
H. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	12
III. PRETENSIONES Y DEFENSAS DE LAS PARTES	13
A. DEMANDA Y PRETENSIONES	13
B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES.....	13
IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	14
A. ASPECTOS PROCESALES.....	14
B. SOBRE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO.....	16
C. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN PRIMERA	27
D. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA.....	47
E. EXCEPCIONES.....	58
V. JURAMENTO ESTIMATORIO.....	63
VI. CONDUCTA DE LAS PARTES - COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.....	64
VII. DECISIÓN.....	65

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR CANALES Y CONTACTOS S.A.S. EN
CONTRA DE EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE
ANTIOQUIA S.A E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P.**

Radicado No. 2022 A 0056

LAUDO ARBITRAL

Medellín, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el efecto, procede el Tribunal Arbitral a dictar en derecho el Laudo que pone fin a este trámite y resuelve las controversias contractuales surgidas entre **CANALES Y CONTACTOS S.A.S.**, y **EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P.**

I. PARTES, APODERADOS Y MINISTERIO PÚBLICO

Actúa como demandante la sociedad CANALES Y CONTACTOS S.A.S. (en adelante “C&C”, la “Demandante” o la “Convocante”), identificada con NIT 900.456.735-7 y representada durante el proceso por el abogado Gilberto Augusto Blanco Zúñiga, de conformidad con el poder que acompañó la demanda.

Actúa como demandada la sociedad EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P. (en adelante “GEN+”, la “Demandada” o la “Convocada”), identificada con NIT 900.251.423-3 y representada durante el proceso por el abogado Jaime Andrés Cuartas Cardona, de conformidad con el poder presentado para comparecer a la audiencia de instalación.

Como Agentes Especiales del Ministerio Público comparecieron, inicialmente, Carlos Enrique Pinzón Muñoz, en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría 30 Judicial II – Conciliación Administrativa de Medellín, quien fue sucedido dentro del trámite por Carlos Mauricio García Casas, Procurador 114 Judicial II para asuntos administrativos.

II. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. SOLICITUD DE CONVOCATORIA. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS Y SECRETARIO. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.

El 2 de diciembre de 2022, por medio de correo electrónico dirigido al Centro de Arbitraje y con copia a la parte Demandada¹, el demandante presentó la demanda arbitral que dio inicio al presente trámite².

El 7 de diciembre de 2022, por medio de correo electrónico³, el Centro de Arbitraje puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación el inicio del trámite arbitral.

El 15 de diciembre de 2022, por convocatoria del Centro de Arbitraje, se llevó a cabo la primera reunión para nombramiento de árbitro⁴ con presencia de los apoderados de las partes. Esta reunión fue suspendida por acuerdo entre las partes.

El 20 de diciembre de 2022, por medio de correo electrónico⁵, el Centro de Arbitraje puso en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el inicio del trámite arbitral.

El 22 de diciembre de 2022, por convocatoria del Centro de Arbitraje, se llevó a cabo la segunda reunión para nombramiento de árbitro⁶ con presencia de los apoderados de las partes. En esta reunión las partes no expresaron acuerdo para el nombramiento de árbitro, dando paso al nombramiento por sorteo por parte del Centro de Arbitraje.

El 17 de enero de 2023 el Centro de Arbitraje llevó a cabo el sorteo correspondiente donde fueron elegidos un árbitro principal y dos suplentes, en el siguiente orden: (i) Jorge Eduardo Chemás Jaramillo, (ii) Eduardo Silva Romero y (iii) Aida Patricia Hernández Silva⁷.

El 24 de enero de 2023, por medio de correo electrónico⁸, el Centro de Arbitraje puso en conocimiento de las partes la aceptación del árbitro Jorge Eduardo Chemás Jaramillo, así como las revelaciones realizadas por este en cumplimiento de su deber de información. Ninguna de las partes manifestó dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro.

El 17 de febrero de 2023 se llevó a cabo la audiencia de instalación. Por medio de **Auto No. 1**⁹ en el que, entre otras decisiones en relación con la forma de conducción del

¹ Documento No. 8 del expediente digital.

² Documento No. 3 del expediente digital.

³ Documento No. 11 del expediente digital.

⁴ Documento No. 15 del expediente digital.

⁵ Documento No. 17 del expediente digital.

⁶ Documento No. 19 del expediente digital.

⁷ Documento No. 21 del expediente digital.

⁸ Documento No. 22 del expediente digital.

⁹ Documento No. 27 del expediente digital.

trámite, el Tribunal se declaró formalmente instalado y designó como secretario al abogado Santiago Sierra Ospina.

En la misma oportunidad se profirió el **Auto No. 2**¹⁰ por medio del cual se inadmitió la demanda y se concedió un término para subsanarla.

Finalmente, vencida la oportunidad de las partes para presentar observaciones frente a las revelaciones del secretario, el Tribunal, por medio de **Auto No. 3**¹¹ posesionó al secretario.

B. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN

El 1 de marzo de 2023 el Tribunal por medio de **Auto No. 4**¹² dispuso admitir la demanda y correr traslado de la misma a la Demandada.

El 30 de marzo de 2023 la Demandada, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia a los demás intervinientes¹³, allegó memorial de contestación de la demanda¹⁴.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 9° de la Ley 2213 de 2022, teniendo en cuenta que el escrito de contestación de la demanda fue enviado a los demás sujetos procesales, se prescindió del traslado por secretaría y se dio aplicación a lo dispuesto en dicha disposición.

El 31 de marzo de 2023 el Tribunal por medio de **Auto No. 5**¹⁵ corrió traslado al Demandante de la objeción al juramento estimatorio contenida en la contestación de la demanda y fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.

El 5 de abril de 2023 el Demandante por medio de correos electrónicos dirigidos al Secretario y a los demás intervinientes¹⁶, allegó pronunciamiento frente a las excepciones¹⁷ y recorrió el traslado de la objeción al juramento estimatorio¹⁸.

¹⁰ Documento No. 27 del expediente digital.

¹¹ Documento No. 35 del expediente digital.

¹² Documento No. 35 del expediente digital.

¹³ Documento No. 37 del expediente digital.

¹⁴ Documento No. 38 del expediente digital.

¹⁵ Documento No. 56 del expediente digital.

¹⁶ Documento No. 59 y 61 del expediente digital.

¹⁷ Documento No. 58 del expediente digital.

¹⁸ Documento No. 60 del expediente digital.

C. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN Y PAGO DE HONORARIOS

El 24 de abril de 2023 se llevó a cabo la audiencia de conciliación y fijación de honorarios. Por medio de **Auto No. 6**¹⁹ el Tribunal, tras disponer del espacio correspondiente para que las partes expusieran fórmulas de arreglo, declaró fracasada la etapa conciliatoria y por medio de **Auto No. 7**²⁰ fijó los honorarios y gastos a favor del Árbitro, el Secretario y el Centro de Arbitraje.

El 9 de mayo de 2023 el apoderado de la parte Demandante, por medio de mensaje de datos, informó al Secretario, al apoderado de la parte Demandada y al Agente Especial del Ministerio Público, que realizó el pago que le correspondía de la partida de gastos y honorarios, por valor de \$276.340.301²¹.

Vencido el término otorgado por el Auto No. 7 la parte demandada se abstuvo de pagar lo que le correspondía de la partida de gastos y honorarios.

El 10 de mayo de 2023 el Secretario por medio de mensaje de datos, informó al apoderado de la parte Demandante y al Agente Especial del Ministerio Público, que vencido el término correspondiente la parte Demandada se abstuvo de realizar el pago correspondiente.

El 12 de mayo de 2023 el apoderado de la parte Demandante, por medio de mensaje de datos, informó al Secretario, al apoderado de la parte Demandada y al Agente Especial del Ministerio Público, que realizó el pago que le correspondía a la parte Demandada de la partida de gastos y honorarios, por valor de \$278.603.800²².

D. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. COMPETENCIA Y DECRETO DE PUREBAS

Por medio de **Auto No. 8**²³ el Tribunal fijó fecha para la celebración de la Primera Audiencia de Trámite.

El 1 de junio de 2023 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite y en ella se adoptaron las siguientes decisiones (i) por medio de **Auto No. 9**²⁴ el Tribunal se declaró competente para decidir de fondo de todas las pretensiones de la demanda arbitral. Ninguno de los intervinientes interpuso recurso contra esta decisión; (ii) por medio de

¹⁹ Documento No. 62 del expediente digital.

²⁰ Documento No. 62 del expediente digital.

²¹ Documento No. 63 del expediente digital.

²² Documento No. 64 del expediente digital.

²³ Documento No. 65 del expediente digital.

²⁴ Documento No. 71 del expediente digital.

Auto No. 10²⁵ el Tribunal llevó a cabo el decreto de pruebas; (iii) por medio de **Auto No. 11**²⁶ el Tribunal resolvió recurso de reposición interpuesto por la Demandada contra el auto de pruebas; y (iv) por medio de **Auto No. 11**²⁷ el Tribunal fijó el término del proceso.

E. PRÁCTICA DE PRUEBAS

El 4 de julio de 2023 la Demandada, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia al Demandante y al Agente Especial del Ministerio Público²⁸, radicó dictamen pericial de contradicción²⁹.

Por medio de **Auto No. 13**³⁰ el Tribunal incorporó el dictamen pericial de contradicción aportado por la Demandada y lo puso en conocimiento de los demás intervinientes.

El 10 de julio de 2023 la Demandada, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia al Demandante y al Agente Especial del Ministerio Público³¹, radicó constancia de trámite del Oficio 001³².

El 10 de julio de 2023, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario³³, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia aportó respuesta al Oficio 001³⁴.

El 12 de julio de 2023, por medio de correo electrónico dirigidos a todos los intervinientes³⁵, el Secretario corrió traslado de la respuesta al Oficio 001.

El 12 de julio de 2023 la Demandante, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia a la Demandada y al Agente Especial del Ministerio Público³⁶, aportó pronunciamiento frente al dictamen pericial de contradicción aportado por la Demandada³⁷.

²⁵ Documento No. 71 del expediente digital.

²⁶ Documento No. 71 del expediente digital.

²⁷ Documento No. 71 del expediente digital.

²⁸ Documento No. 73 del expediente digital.

²⁹ Documento No. 74 del expediente digital.

³⁰ Documento No. 77 del expediente digital.

³¹ Documento No. 79 del expediente digital.

³² Documento No. 80 del expediente digital.

³³ Documento No. 81 del expediente digital.

³⁴ Documento No. 82 del expediente digital.

³⁵ Documento No. 83 del expediente digital.

³⁶ Documento No. 84 del expediente digital.

³⁷ Documento No. 85 del expediente digital.

El 13 de julio de 2023, por medio de correo electrónico dirigido a todos los intervinientes³⁸, el Secretario corrió traslado del pronunciamiento frente al dictamen pericial de contradicción aportado por la Demandada.

El 17 de julio de 2023 la Demandada, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia al Demandante y al Agente Especial del Ministerio Público³⁹, aportó pronunciamiento del perito de contradicción⁴⁰.

El 26 de julio de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se recibió la declaración de Gloria Lucía Escalante Manzano, quien aportó documentos por requerimiento del Tribunal, y el testimonio de Juan Ignacio Ospina Saldarriaga. Por medio de **Auto No. 14**⁴¹ el Tribunal fijó fecha para la ratificación de documentos del señor Gonzalo Garcés Lloreda y decretó de oficio prueba por informe a GEN+ (para lo cual se expidió por secretaría el Oficio 002). Continuó la audiencia de pruebas recibiendo los testimonios de Laura Rosa Mejía Grisales y de Andrés David Ospina Riaño.

El 26 de julio de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se recibió los testimonios de Emiro Carlos Valdez López (a quien el Tribunal requirió para aportar documentos), Luis Olivero Cárdenas Moreno y John Mario Guerra Pérez. Por medio de **Auto No. 15**⁴² el Tribunal adoptó decisiones en relación con fechas para continuar la audiencia y decretó de oficio prueba por informe a GEN+ (para lo cual se expidió por secretaría el Oficio 003).

El 27 de julio de 2023 el señor John Guerra, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario, aportó información requerida por el Tribunal⁴³.

El 31 de julio de 2023 el señor Andrés David Ospina Riaño, por medio de dos (2) correos electrónicos dirigidos al Secretario, aportó información requerida por el Tribunal⁴⁴.

El 1 de agosto de 2023 GEN+, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario, aportó respuesta al Oficio 002⁴⁵.

³⁸ Documento No. 87 del expediente digital.

³⁹ Documento No. 88 del expediente digital.

⁴⁰ Documento No. 89 del expediente digital.

⁴¹ Documento No. 92 del expediente digital.

⁴² Documento No. 100 del expediente digital.

⁴³ Documentos No. 103 y 104 del expediente digital.

⁴⁴ Documentos No. 106 y 107 del expediente digital.

⁴⁵ Documentos No. 114 y 115 del expediente digital.

El 2 de agosto de 2023 GEN+, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario, aportó respuesta al Oficio 003⁴⁶.

El 3 de agosto de 2023 el Secretario puso en conocimiento por correo electrónico dirigido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público el contenido del correo electrónico del señor Jhon Guerra⁴⁷.

El 3 de agosto de 2023 el Secretario, por correo electrónico dirigido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público, puso en conocimiento el contenido de los correos electrónicos del señor Andrés David Ospina Riaño⁴⁸.

El 3 de agosto de 2023 el Secretario, por correo electrónico dirigido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público, puso en conocimiento el contenido de la respuesta al Oficio 002⁴⁹.

El 3 de agosto de 2023 el Secretario, por correo electrónico dirigido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público, puso en conocimiento el contenido de la respuesta al Oficio 003⁵⁰.

Ni las partes ni el Agente Especial del Ministerio Público presentaron observaciones frente a los anteriores medios de prueba.

El 10 de agosto de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se recibió la ratificación de documentos de Gonzalo Garcés Lloreda. Por medio de **Auto No. 16**⁵¹ el Tribunal adoptó decisiones en relación con fechas para continuar la audiencia y requirió a la demandada para que aportara documentos. A continuación se recibió el interrogatorio a los peritos Fernando Gómez Casas y Yineth Carolina Beltrán Bello.

El 16 de agosto de 2023 la señora Gloria Lucía Escalante Manzano, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario, aportó la información requerida por el Tribunal al señor Gonzalo Garcés Lloreda⁵².

⁴⁶ Documento No. 100 del expediente digital.

⁴⁷ Documento No. 105 del expediente digital.

⁴⁸ Documentos No. 107, 108 y 109 del expediente digital.

⁴⁹ Documento No. 112 del expediente digital.

⁵⁰ Documento No. 116 del expediente digital.

⁵¹ Documento No. 118 del expediente digital.

⁵² Documentos No. 119 y 120 del expediente digital.

El 18 de agosto de 2023 el Secretario, por correo electrónico dirigido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público, puso en conocimiento el contenido del correo electrónico de la señora Gloria Lucía Escalante Manzano⁵³.

El 18 de agosto de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. Por medio de **Auto No. 17**⁵⁴ el Tribunal adoptó decisiones en relación con las fechas para continuar la audiencia.

El 18 de agosto de 2023 el Agente Especial del Ministerio Público, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario y con copia a los apoderados de las partes, aportó memorial con pronunciamiento frente a los documentos que fueron remitidos el 16 de agosto de 2023 por la señora Gloria Lucía Escalante y puestos en conocimiento por el Secretario el 18 de agosto de 2023⁵⁵.

El 28 de agosto de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas para recibir el testimonio de Adriana Victoria Álvarez Trujillo. Por medio de **Auto No. 18**⁵⁶ el Tribunal requirió nuevamente a Gonzalo Garcés Trujillo para remitir un documento.

El 1 de septiembre de 2023 la representante legal de la Demandante, por medio de correo electrónico dirigido al Secretario, aportó los documentos requeridos por el Tribunal en Auto No. 18 y en esa misma oportunidad el Secretario, por medio de correo electrónico remitido a las partes y al Agente Especial del Ministerio Público, puso en conocimiento tales documentos⁵⁷.

En relación con los documentos que se pusieron en conocimiento ni las partes ni el Agente Especial del Ministerio Público presentaron pronunciamiento.

El 6 de septiembre de 2023 el apoderado de la Demandante, por medio de correo electrónico remitido al Secretario con copia a la parte Demandada y al Agente Especial del Ministerio Público, aportó memorial con alcance a su poder en lo que tiene que ver con aclarar su facultad de solicitar suspensiones⁵⁸.

El 11 de septiembre de 2023 GEN+, por medio de correo electrónico remitido al Secretario, aportó memorial donde se le otorgan facultades de acordar suspensión del proceso arbitral⁵⁹.

⁵³ Documento No. 121 del expediente digital.

⁵⁴ Documento No. 123 del expediente digital.

⁵⁵ Documentos No. 127 y 128 del expediente digital.

⁵⁶ Documento No. 129 del expediente digital.

⁵⁷ Documentos No. 131, 132 y 133 del expediente digital.

⁵⁸ Documentos No. 134 y 135 del expediente digital.

⁵⁹ Documentos No. 136, 137, 138 y 139 del expediente digital.

El 11 de septiembre de 2023 la representante legal de la Demandante, por medio de correo electrónico remitido al Secretario, aportó memorial donde se le otorgan facultades a su apoderado de acordar suspensión del proceso arbitral⁶⁰.

El 11 de septiembre de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. Por medio de **Auto No. 19**⁶¹ el Tribunal cerró el periodo probatorio, declaró saneado el proceso, suspendió el término por solicitud de las partes entre el 12 de septiembre de 2023 y el 5 de octubre de 2023, ambas fechas inclusive; y fijó fecha para la audiencia de alegaciones finales.

F. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y AUDIENCIA DE LECTURA DE PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO

El 11 de octubre de 2023 se constituyó el Tribunal en audiencia para escuchar los alegatos de conclusión de los intervinientes.

En primer lugar, intervino la Demandante quien concentró sus alegatos en plantear que (i) C&C y GEN+ entablaron conversaciones y tratativas para determinar un posible acuerdo de negocio; (ii) C&C presentó a GEN+ su idea de negocio, que terminó por plasmarse en el Contrato, con especial atención en lo que tocaba con la confidencialidad y la exclusividad; (iii) que el Gerente de GEN+ contaba con las autorizaciones corporativas para suscribir el Contrato y que finalmente lo suscribió el 18 de marzo de 2020, fecha en la cual aún se encontraba al frente del cargo; (iv) el Contrato no fue tachado de falso; (v) GEN+ incumplió el Contrato, circunstancia que lo habilita a solicitar la resolución del mismo; y, finalmente, (vi) el dictamen pericial aportado con la demanda acredita los daños y perjuicios sufridos por C&C como consecuencia del incumplimiento de GEN+.

En segundo lugar, intervino la Demandada quien concentró sus alegatos en plantear que (i) no se probó por el Demandante ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios; (ii) la relación contractual alegada es inexistente; (iii) el Contrato es nulo por falta de capacidad del representante legal de GEN+; (iv) son inexistentes tanto el incumplimiento como la obligación de indemnizar; (v) el Contrato no fue cumplido por la Demandante; (vi) reiteró las excepciones de propia culpa de la Demandante y de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, intervino el Agente Especial del Ministerio Público quien emitió su concepto señalando que el Contrato adolece de nulidad absoluta (i) por falta de capacidad del

⁶⁰ Documentos No. 140 y 141 del expediente digital.

⁶¹ Documento No. 142 del expediente digital.

representante legal de GEN+ pues el objeto del Contrato no está dentro del objeto social de la compañía; y (ii) porque se desconoció el manual de contratación y con ello los principios de la función pública. Adicionalmente, planteó que no existió prueba alguna en relación con la violación de cláusulas de exclusividad o confidencialidad y que acrediten los perjuicios padecidos por la Demandante.

En el transcurso de la audiencia, cada uno de los intervinientes allegó al Tribunal escrito contentivo de sus alegaciones que fueron incorporados al expediente⁶².

Por medio de **Auto No. 20**⁶³ el Tribunal fijó fecha para la audiencia de laudo y suspendió el término por solicitud de las partes entre el 23 de octubre de 2023 y el 6 de diciembre de 2023, ambas fechas inclusive.

G. CONTROL DE LEGALIDAD

El 1º de junio de 2023, durante la Primera Audiencia de Trámite, se realizó control de legalidad previo a la decisión de competencia, sin que el Tribunal o los demás intervinientes advirtieran alguna causal de nulidad y/o irregularidad que afectara la validez del proceso para ese entonces.

El 11 de septiembre de 2023 estando el Tribunal en audiencia de pruebas, teniendo en cuenta que se había concluido la instrucción del proceso, se realizó el control de legalidad de que trata el artículo 132 del Código General del Proceso, para lo cual el Tribunal precisó que revisado el expediente no encontró vicio constitutivo de nulidad que debiera ser saneado y que las actuaciones se han cumplido con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, sin que se hayan violado los derechos de audiencia, defensa, contradicción y, en general, el debido proceso.

El Tribunal le corrió traslado a los intervinientes para que se pronunciaran sobre si encontraban alguna causal y/o irregularidad procesal que pueda afectar la validez del proceso. Ninguna de ellas presentó manifestaciones frente a asuntos que comprometan la legalidad del trámite.

En consecuencia, el Tribunal, como ya se dijo, declaró saneado el proceso por medio de **Auto No. 19**⁶⁴.

H. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

⁶² Documentos No. 144 a 152 del expediente digital.

⁶³ Documento No. 143 del expediente digital.

⁶⁴ Documento No. 142 del expediente digital.

El 1 de junio de 2023 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite. En ella, por medio de **Auto No. 11**⁶⁵ el Tribunal fijó el término del proceso en seis (6) meses, extendiéndose hasta el 1º de diciembre de 2023.

El término fue suspendido, por solicitud de las partes, en dos oportunidades:

- Entre el 12 de septiembre del año en curso y el 5 de octubre del año en curso, ambas fechas incluidas. Dicho periodo de suspensión estuvo compuesto por dieciocho (18) días hábiles.
- Entre el 23 de octubre y el 6 de diciembre del año en curso, ambas fechas incluidas. Dicho periodo de suspensión estuvo compuesto por treinta y un (31) días hábiles.

Al adicionarse al término ordinario del proceso los cuarenta y nueve (49) días hábiles de suspensión por solicitud de las partes, se desplaza el término máximo del trámite hasta el 14 de febrero de 2023. Por tal motivo, el laudo arbitral es proferido por el Tribunal dentro del término previsto por la ley y aceptado por las partes.

III. PRETENSIONES Y DEFENSAS DE LAS PARTES

A. DEMANDA Y PRETENSIONES

Con la demanda se presentaron las siguientes pretensiones:

“PRIMERO. DECLÁRESE la terminación y resolución del contrato de colaboración empresarial con exclusividad, suscrito entre GEN + y C&C SAS de fecha 18 de marzo de 2020, como consecuencia del actuar negligente, la mala fe probada y el desconocimiento absoluto y grosero de las obligaciones contractuales adquiridas por la accionada.

SEGUNDO. CONDÉNESE al incumplido GEN +, al pago de la suma de DIEZ MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES DE PESOS (\$10.312.000.000) MCTE en favor de la sociedad C&C SAS, por concepto de daños y perjuicios materiales derivados de su actuar negligente y del desconocimiento absoluto de sus obligaciones en la ejecución del aludido contrato.

TERCERO. CONDÉNESE en costas y agencias en derecho a la convocada”.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

⁶⁵ Documento No 71 del expediente digital.

Con la contestación de la demanda, la parte demandada formuló las siguientes excepciones:

- Inexistencia de contrato y de relación contractual.
- Nulidad del contrato por falta de capacidad del representante legal de GENMAS.
- Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar.
- Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido.
- Mutuo disenso tácito.
- Alegación de la propia culpa.
- Excepción perentoria definitiva material de falta de legitimación en la causa por activa.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. ASPECTOS PROCESALES

Teniendo en cuenta que a través del proceso arbitral se ejerce la función jurisdiccional del Estado⁶⁶ se hace necesario antes de fallar, hacer nuevamente un juicio de validez y eficacia del proceso arbitral. Por esta razón, previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne todos los presupuestos procesales y materiales, así:

Capacidad de las partes para comparecer al proceso

Tal como ya se indicó en el aparte correspondiente, tanto Demandante como Demandada son sociedades comerciales, legalmente constituidas y debidamente representadas en el presente trámite por sus representantes legales, de conformidad con los Certificados de Existencia y Representación Legal aportados en las oportunidades correspondientes. Ninguna de ellas, ni tampoco el Ministerio Público, manifestó que la otra hubiere actuado en el presente trámite sin tener capacidad para ello.

Actuación a través de apoderados debidamente reconocidos

⁶⁶ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

Tanto la Demandante como la Demandada otorgaron poderes a abogados para que fueran representadas en el presente trámite por apoderados en ejercicio del derecho de postulación. Ambos apoderados fueron reconocidos oportunamente por el Tribunal.

Debida integración del Tribunal

El Tribunal Arbitral se conformó por árbitro único designado mediante sorteo por el Centro de Arbitraje, ante la ausencia de acuerdo entre las partes para su designación. El Árbitro aceptó y cumplió con su deber de información sin que las partes presentaran manifestación alguna.

Por parte del Centro de Arbitraje se puso en conocimiento la iniciación del trámite al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Una vez en firme el nombramiento del Árbitro, este designó al Secretario quien oportunamente aceptó y cumplió con su deber de información sin que las partes presentaran manifestación alguna.

En ese orden de ideas, el Tribunal se integró adecuadamente, en estricto seguimiento de lo expresado en el pacto arbitral.

Las controversias se refieren a asuntos de libre disposición

Las controversias que se han puesto en consideración del Tribunal y frente a las cuales este se ha declarado competente, giran en torno a la existencia, validez, cumplimiento y resolución del Contrato de Colaboración Empresarial con Exclusividad (en adelante “el Contrato” o “el Contrato de Colaboración”), así como de una indemnización de perjuicios solicitada por la Demandante.

Por tal motivo, el Tribunal estimó desde el auto de competencia, y lo refrenda en el laudo, que las controversias entre las partes del presente trámite corresponden a asuntos de libre disposición. Adicionalmente, ninguno de los intervinientes cuestionó en forma alguna que ello fuera así pues, se recuerda, no se presentaron recursos frente a la decisión de competencia.

Respeto de derechos de defensa y contradicción a lo largo del proceso

El Tribunal, de acuerdo con lo establecido por la Ley 1563 de 2012, permitió el adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción a lo largo del trámite a todos los intervinientes. Se les permitió descender traslados, presentar recursos y formular

pronunciamientos. Se practicaron la totalidad de los medios de prueba solicitados y en su práctica se garantizó la intervención de los apoderados y del Agente Especial del Ministerio Público. Finalmente, se permitió presentar alegaciones de conclusión.

Ausencia de nulidades o irregularidades

Dentro de las oportunidades relatadas en precedencia, el Tribunal realizó controles de legalidad respecto del trámite adelantado, encontrando que ni el Tribunal ni los intervinientes tenían reparos sobre la forma como se había conducido el proceso, ni sobre la existencia de vicios de nulidad o irregularidades.

No obstante, el Tribunal en esta oportunidad nuevamente, luego de revisar en conjunto la totalidad del procedimiento y los medios de prueba recaudados, no encuentra vicios o irregularidades que deban ser declarados.

B. SOBRE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

Si bien no hace parte de las pretensiones de la demanda, la existencia del Contrato de Colaboración fue uno de los aspectos objeto de discusión entre las partes a lo largo del proceso arbitral, especialmente porque la Convocada propuso la excepción denominada *“Inexistencia de contrato y de relación contractual”*. Así, el Tribunal abordará este asunto, no solo en razón de lo señalado por la Convocada, sino por la importancia de este punto, el cual deviene como un aspecto previo al análisis particular de las pretensiones de la demanda.

El primer argumento expuesto por la Convocada fue que el contrato en cuestión tenía la naturaleza de estatal por haber sido suscrito por una entidad estatal, independientemente de que el régimen aplicable sea el de derecho privado. En virtud de lo anterior, afirmó que era aplicable la formalidad exigida en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 consistente en que los contratos celebrados por las entidades estatales deben constar por escrito⁶⁷, por lo que *“no existiendo para GENMAS evidencia de que el contrato haya sido siquiera firmado (amén de tantas otras omisiones, que señalamos a lo largo de esta contestación), no puede reconocer siquiera su existencia”*.

⁶⁷ Página 6 de la contestación de la demanda: *“No se pierda de vista que estamos ante la presencia de un contrato estatal, que no pierde esta NATURALEZA por el hecho de que su REGIMEN sea el de derecho privado. Y es estatal porque, de acuerdo con el criterio organicista que rige en esta materia, en él concurre una entidad estatal. Siendo mas precisos, una de las partes es de las listadas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Siendo así, debe tenerse presente lo exigido por el artículo 39 de la Ley 80 de 1993: Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”*.

Al respecto, en el traslado de excepciones C&C opuso que, por la naturaleza jurídica de GEN+, sus contratos se rigen por el derecho privado y no son aplicables las formalidades establecidas en la Ley 80 de 1993⁶⁸.

La anterior discusión resulta innecesaria para dilucidar este aspecto del caso puesto que el Contrato de Colaboración sí consta por escrito tal como se evidencia en el documento que aportó la Demandante, razón por la cual no es necesario entrar en el debate de si al contrato en cuestión le es aplicable o no la formalidad del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 pues, en todo caso, sí fue firmado y consta por escrito.

Ahora bien, no está demás destacar que el Contrato de Colaboración es un contrato estatal, en tanto una de las partes suscribientes tiene carácter estatal⁶⁹, como es el caso de GEN+⁷⁰. Consiguientemente, como lo establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, es decir, por el derecho privado, salvo en las materias reguladas por la misma Ley 80 de 1993⁷¹.

Concordantemente, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994 dispone que los actos y contratos que celebren sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social se rigen bajo las normas del derecho privado:

“ARTÍCULO 76. Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado”.

⁶⁸ Páginas 4 y 5 traslado de excepciones: *“Para empezar, es de anotar que, dada la naturaleza jurídica de GEN + S.A. E.S.P., sus contratos están llamados a regirse por las normas de derecho privado (Código de Comercio y Código Civil), luego, la Ley 80 de 1993 no le resulta aplicable principalmente por hacer parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGACP, la anterior manifestación, vale precisar, se encuentra refrendada en el manual de contratación de la empresa demandada (art. 3.), el cual fue aportado dentro del material probatorio que se anexó a la contestación materia del presente pronunciamiento. En ese orden, los contratos suscritos por las EERE, a diferencia de los pactos suscritos por las entidades que aplican el EGACP, se rigen por normas y formalidades diferentes, siendo las primeras las establecidas en el derecho privado, y las segundas, las determinadas en sus estatutos internos y en sus manuales de contratación, por lo tanto, se puede indicar como una primera línea a trazar, que a dichas entidades no les aplican las formalidades y particularidades prescritas, por ejemplo, en los artículos 39 y 41 de la Ley 80, y esto es así, en tanto, dichos contratos por regla general son consensuales”.*

⁶⁹ La Ley 80 de 1993, artículo 2, define las entidades estatales, incluyendo a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%).

⁷⁰ GEN+ es una empresa de servicios públicos mixta, compuesta por aportes estatales mayoritarios y capital privado. En el documento *“46. A5-Informe de gestión - Juan Ignacio Ospina - Entrega del Cargo”*, se aprecia que para el 18 de marzo de 2020 (fecha de suscripción del contrato) el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- tenía un porcentaje del 73,08% de las acciones de GEN+. Por su parte el IDEA, según se observa en su WEB, es un establecimiento público perteneciente al departamento de Antioquia, adscrito a la Secretaría de Hacienda Departamental.

⁷¹ *“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”.*

En este caso concreto, dado que GEN+ es una sociedad por acciones en la que una entidad oficial (el IDEA) tiene participación en su capital social, sus contratos se rigen bajo las normas del derecho privado. Esto concuerda con el Manual de Contratación de GEN+ en el que se indica lo siguiente:

“Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.

Que La Empresa para la celebración de actos y contratos se encuentra sometida al Derecho Privado, debiendo cumplir las reglas y principios constitucionales y legales aplicables a la función administrativa que garanticen una adecuada gestión fiscal, así como someterse al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas especiales.

(...)

ARTÍCULO 3. RÉGIMEN APLICABLE. - El procedimiento de contratación de La Empresa se rige por los Códigos Civil y de Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, y por las normas especiales que le sean aplicables según su naturaleza jurídica y las actividades que realiza”. (Énfasis fuera del texto).

Así las cosas, de conformidad con la ley, el Contrato de Colaboración es un contrato estatal que se rige por las disposiciones civiles y comerciales sin que por su objeto o por otras particularidades se encuentre sometido a alguna regla especial de las establecidas en la Ley 80 de 1993, que sustraiga la aplicación del derecho privado.

Establecido lo anterior, retomando el análisis del debate respecto de la firma del contrato en cuestión, respecto de la falta de “evidencia de que el contrato haya sido siquiera firmado” alegada por GEN+, el Tribunal debe advertir que no comparte tal afirmación puesto que sí existe evidencia de que el Contrato fue suscrito por ambas partes, como pasa a exponerse.

En el documento aportado por C&C consta la firma de Juan Ignacio Ospina Saldarriaga como representante legal de GEN+ y de Gonzalo Garcés Lloreda como representante legal de C&C:



De igual manera en la anterior imagen se aprecian las firmas de Jhon Guerra y de Adriana Álvarez quienes, según el documento, elaboraron y revisaron el Contrato respectivamente.

Además de que en el Contrato se encuentran las cuatro firmas mencionadas, no existe ninguna decisión -ni siquiera mención de investigación en trámite- de autoridad competente que hubiera determinado la falsedad de las firmas plasmadas en dicho documento ni fue tachado como falso por alguna de las partes dentro del proceso arbitral. Asimismo, en su declaración ante el Tribunal, ninguna de las cuatro personas cuya firma aparece en el documento negó que se tratara de su firma.

Al respecto el señor Gonzalo Garcés señaló que sí suscribió el Contrato:

“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Esa es la primera pregunta, ¿el documento que le hemos puesto de presente le es familiar, usted lo conoce, lo conoció -con anterioridad a esta diligencia?*

EL DECLARANTE: *Sí, señor (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. Sí, señor.*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Ese documento en el que aparece una firma sobre el nombre Gonzalo Garcés Lloreda, ¿fue firmado por usted?, ¿usted reconoce la firma plasmada en el mismo?*

EL DECLARANTE: *Sí, señor”. (Énfasis fuera del texto).*

La señora Adriana Álvarez también indicó que la firma que aparece en el Contrato es suya:

“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Muchas gracias. Doctora Adriana, la firma que está sobre el documento, ¿usted la reconoce como su firma?*

LA DECLARANTE: *Sí, es mi firma”. (Énfasis fuera del texto).*

El señor Jhon Guerra, a pesar de señalar que no recordaba haber suscrito el documento, en dos ocasiones reconoció que se trataba de su firma digital:

“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Le ruego, vaya lentamente, doctor Santiago, que tenemos todo el interés en que el declarante lo pueda observar con detenimiento e identificar. Muy bien. No..., no tan abajo, doctor Santiago, perfecto. Muchas gracias. Doctor Jhon Mario, ¿la persona que se identifica como Jhon Mario Guerra Pérez, abogado, y que firma como quien elaboró el contrato, corresponde a usted mismo?*

EL DECLARANTE: *Yo ahí contesto de la siguiente manera, porque sí es mi firma, pero no es mi firma manuscrita, es decir, eso... esa firma que hay ahí en el documento es una firma digital.*

(...)

ÁRBITRO: *Pero vuelvo a preguntarle, ¿usted recuerda haber firmado este contrato, sí o no?*

EL DECLARANTE: *No.*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *No lo recuerda. Sin embargo, ¿reconoce que esa es su firma?*

EL DECLARANTE: *Sí, esa es la firma mía, digital*". (Énfasis fuera del texto).

Por último, el señor Juan Ignacio Saldarriaga señaló que sí conoció borradores del contrato en cuestión y, si bien indicó que no recordaba haberlo visto firmado, no negó que la firma contenida en dicho documento fuera suya:

“TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Esta es una declaración donde usted debe responder de acuerdo y con base en lo que recuerde, no es con base en documentos que tenga que consultar para sus respuestas. Bien, este documento que se le acaba de poner de presente, ¿usted, en el ejercicio de sus funciones, tuvo ocasión de conocerlo?*

EL DECLARANTE: *Sí, se conocieron borradores derivados de los términos revisados entre las partes, borradores de lo que pudiera ser el convenio de colaboración empresarial y un posible contrato de colaboración empresarial.*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Ok, pero, vuelvo y le pregunto, este documento como tal, independientemente de los borradores previos que pudieron haber existido; este documento como tal, firmado con los sellos o papelería de GEN+, ¿usted tuvo ocasión de conocerlo, si lo recuerda, en el ejercicio de sus funciones?*

EL DECLARANTE: *En el ejercicio de las funciones se discutieron..., este en particular, no.*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *¿No lo conoció? Ok.*

EL DECLARANTE: *En estos términos, porque es que hay un término de exclusividad y cuando nosotros discutimos los -términos no había...*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *Doctor Ospina, independientemente del contenido (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, mi pregunta primero es facial, es decir, ¿este documento, usted recuerda haberlo visto firmado?*

EL DECLARANTE: *No.*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *¿No?, ¿este no lo recuerda en el ejercicio de sus funciones?*

EL DECLARANTE: *No”.*

Las anteriores citas demuestran que ninguna de estas cuatro personas en su declaración ante el Tribunal negó que la firma que aparecía en el documento fuera suya. Gonzalo Garcés y Adriana Álvarez reconocieron que se trataba de su firma. El señor Jhon Guerra dijo que no recordaba haber suscrito el Contrato, pero reconoció que se trataba de su firma digital. Por su parte, el señor Juan Saldarriaga indicó que no recordaba haber visto firmado el documento, pero no negó que se tratara de su firma ni tachó de falso el documento.

Así las cosas, según las pruebas recaudadas en el proceso, el Tribunal encuentra que i) la Convocante aportó el Contrato y en el mismo aparecen las firmas de los representantes legales de ambas partes, así como de otras dos personas, ii) no existe ninguna decisión de autoridad competente que hubiera determinado la falsedad de las firmas plasmadas en dicho documento ni fue tachado como falso por alguna de las partes y iii) ante el Tribunal ninguna de las cuatro personas cuya firma aparece en el documento negó que se tratara de su firma, con lo cual se llega a la convicción de que efectivamente el Contrato consta por escrito, fue firmado por los representantes legales de C&C y GEN+ y además por sus asesores.

Establecido lo anterior, el Tribunal procede a analizar enseguida los demás argumentos expuestos por GEN+ como sustento de la alegada inexistencia del Contrato, a saber, i) que el documento no cuenta con el número consecutivo que llevan los contratos suscritos por GEN+, ii) que el Contrato no fue publicado en SECOP, iii) que el Contrato no es mencionado en los informes de gestión, iv) que el Contrato no fue reportado en los informes a la Contraloría, v) que no obran actos precontractuales, vi) que no agotó el procedimiento previsto en el manual de contratación de GEN+, vii) que no tiene el visto bueno de la Directora Jurídica, viii) que el documento habría sido firmado por el Gerente el mismo día en que renunció y ix) que no existe documento que dé cuenta de la ejecución contractual.

Respecto de los anteriores motivos expuestos por GEN+ es preciso señalar, de forma general, que ninguno de ellos constituye requisito para la existencia del contrato puesto que además de que no se observa disposición alguna en el ordenamiento jurídico que les atribuya esa naturaleza y alcance, tampoco GEN+ expuso la razón jurídica ni indicó la disposición legal según la cual dichas circunstancias pudieran afectar la existencia del contrato. Tal como afirmó C&C, esas cuestiones “*en su gran mayoría consisten en temas de manejo interno de la empresa*”, lo cual encuentra de recibo el Tribunal, puesto que la determinación de los requisitos de formación y existencia y las condiciones de validez del contrato son aspectos que competen al legislador y no son del fuero de las entidades o empresas del Estado en ninguno de sus niveles.

Tal como ha sido señalado por el Consejo de Estado, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos:

“Es decir, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales (essentialia negotii) de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas y la forma exigida; es decir, cuando recorre su definición legal, porque concurren sus elementos esenciales, esto es, sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y las formas y demás condiciones para la eficacia del acuerdo contractual, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución”⁷².

Así, esta Alta Corte ha indicado que el contrato existe cuando cumple con los elementos esenciales los cuales se refieren al contenido mínimo legal impuesto por la ley, frente a los cuales nada puede modificar la autonomía negocial:

“39. En suma, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales de orden legal antes aludidos, establecidos para que la voluntad de los contratistas produzca efectos jurídicos en la forma o solemnidad exigida para ello, es decir, “esos elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que las previenen, so pena de inexistencia o conversión”.

40. En el mismo sentido, el negocio jurídico es inexistente o “desprovisto de juridicidad”, cuando “la conducta dispositiva de intereses es irrelevante ... y no puede conducir más que a la nada en el campo negocial”, esto es, cuando carece de alguno de dichos

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de abril de 2012, radicación 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699).

elementos constitutivos requeridos en la ley, escenario que implica entonces su propia negación, ante la falta de nacimiento al mundo jurídico⁷³. (Énfasis fuera del texto).

Consiguientemente, el Consejo de Estado ha indicado que la inobservancia de requisitos para la ejecución del contrato no torna inexistente el pacto negocial pues tales requisitos son distintos a los establecidos por la ley para el perfeccionamiento del contrato.

“41. Por otra parte, la inobservancia de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato, por su misma naturaleza, no torna inexistente el pacto negocial, en tanto su alcance y contenido son diversos a los que establece la ley para su perfeccionamiento, por ello no es posible atribuir a aquellos y a estos efectos análogos, como si no mediaran diferencias. De manera que los requisitos de ejecución no comprometen el nacimiento del contrato pues, como se pasa a ver, a ellos se atribuye una función jurídico – económica que explica que el legislador haya razonado en orden a marcar la distinción expresada en la norma”. (Énfasis fuera del texto).

De esta manera, es claro que los requisitos de existencia de los contratos se encuentran establecidos y definidos legalmente⁷⁴, por lo que un contrato es inexistente únicamente cuando no cuenta con alguno de los elementos esenciales fijados por la ley. Es decir, las partes no cuentan con la autonomía de introducir o crear elementos para la existencia del contrato.

Sin perjuicio de que lo acabado de observar, el Tribunal considera necesario realizar varias precisiones respecto de algunas de las cuestiones señaladas por GEN+ anteriormente.

a) No es cierto que no obren actos precontractuales

Al proceso fueron arrimados varios correos en los que consta que aparte de las negociaciones respecto de la “PCH Conde” desde noviembre de 2019, en los días 18 y 19 de marzo del 2020⁷⁵ las partes remitieron mutuamente borradores del Contrato de Colaboración, los cuales fueron enviados por el señor Jhon Guerra, en nombre de GEN+, a la señora Gloria Escalante y de esta a aquél devolviendo el Contrato con los ajustes sugeridos.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 18/11/2021, Rad. 47001-23-33-000-2017-00084-01(64399).

⁷⁴ De conformidad con lo establecido por la Constitución Política, artículo 150, inciso final, “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

⁷⁵ Estos documentos se encuentran en el expediente digital denominados como “132. Correo 18 marzo 2020” y “133. Correo 19 marzo 2020”.

Esto también lo demuestran los testimonios de los funcionarios que tuvieron a su cargo la elaboración del Contrato de Colaboración, como fue el caso de John Mario Guerra:

“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: O sea, usted elaboró el... (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. Perdóneme, usted elaboró el documento pero no le hizo más seguimiento; ¿qué pasó cuando usted elaboró el documento, qué hizo con él?, si nos puede ilustrar al respecto.

EL DECLARANTE: Sí, después de que se hizo el documento y se hicieron los ajustes que yo tengo en el wording, ese documento se remitió al correo que figura dentro de ese..., contrato, y finalmente no supe hasta ahí qué pasó, si posterior a eso le hicieron unos ajustes, si después –se firmó o no...

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: Al correo... (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, perdóneme, por precisión para la grabación, ¿al correo de quién?

EL DECLARANTE: Que figura, de la Parte 1, al comienzo del contrato. Yo creo que eso es muy fácil pues de probar, si la Parte 1, que es la que figura..., si se fueran a esa página, porque es de..., la persona que figura ahí, se mandó un correo desde mi correo corporativo, y finalmente no supe qué pasó con ese contrato; entonces, si pudieran también coger el correo corporativo que yo tuve en esa empresa y constatar qué fue lo que se envió y qué fue lo que se recibió, pues, creo que sería esencial para la discusión que se plantea acá.

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: ¿Usted recuerda en qué fecha envió ese correo?

EL DECLARANTE: Ese correo se envió el 18 de marzo”.

- b) No es cierto que no se haya agotado el procedimiento previsto en el Manual de Contratación de GEN+

La Convocada hizo especial énfasis en que dicho Manual de Contratación no se cumplió porque GEN+ siempre realiza la contratación a través de invitaciones a otras empresas y no mediante ofertas que envían empresas a la entidad.

Al respecto C&C advirtió que el artículo 4 del Manual de Contratación de GEN+ establece que, en los contratos de colaboración, la empresa negociará sin necesidad de invitación formal:

“ARTÍCULO 4. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL PRESENTE MANUAL. - Las disposiciones del presente manual no regirán procesos contractuales tales como:

(...)

f) *Contratos de Colaboración, Asociación o Participación, o alianzas estratégicas, que tengan por objeto la realización de actividades correspondientes al objeto social.*

(...)

En los anteriores casos, La Empresa negociara sin necesidad de invitación formal, las condiciones del contrato o se someterá a las reglas que establezca la entidad contratante o la ley, según sea el caso, velando, siempre, porque en dichos procesos se respeten íntegramente los principios establecidos en el artículo 5 del presente manual, así como las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses aplicables”.

La anterior disposición del Manual de Contratación de GEN+ demuestra que el mismo sí se cumplió en este caso concreto pues al tratarse de un contrato de colaboración empresarial, no era necesaria una invitación formal sino que la empresa podía realizar las respectivas negociaciones de manera directa.

Adicionalmente, en el traslado de excepciones la Convocante incluyó un cuadro en el que comparó las disposiciones del Manual de Contratación de GEN+ con las actuaciones relativas al contrato de colaboración empresarial, todo lo cual demuestra el cumplimiento de dicho Manual de Contratación, el cual por su pertinencia, pasa a transcribirse:

Acuerdo 001 de mayo 28 de 2013 “Por el cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Generación y Promoción de Energía de Antioquia S.A. E.S.P.”	Contrato de colaboración empresarial con exclusividad, suscrito entre GEN + SA ESP y CANALES & CONTACTOS SAS el 18 de marzo de 2020	Conclusión de la defensa
Artículo tercero (régimen aplicable): los procesos de contratación de la empresa se regirán por los Códigos Civil y de Comercio	Refuge por evidente y ampliamente soportado en las normas aplicables al caso, que el régimen aplicable al contrato corresponde al del derecho privado	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 4 (excepciones a la aplicación del presente manual): las disposiciones del manual no regirán, entre otros, para los procesos en los cuales se negocien contratos de colaboración, asociación o participación, o alianzas estratégicas, que tengan por objeto la realización de actividades correspondientes al objeto social, en cuyos casos GEN + SA ESP negociará, sin necesidad de invitación formal, las condiciones del contrato o se someterá a las reglas que establezca la entidad contratante o la ley, según sea el caso	El contrato, en lo que tiene que ver con las tratativas previas, no contemplo la realización de una invitación formal, pues es de entender que no se requería. En este punto se hace necesario aclarar que, en caso de no aplicarse el manual de contratación de la empresa demandada, se deberá acudir a las normas civiles y comerciales, las cuales se cumplen igualmente a cabalidad, sin que sea viable en todo caso, tener como plausible la consideración final, según la cual, es el estatuto general de contratación pública el régimen a aplicar.	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 5 (principios): es obligación de la GEN + SA ESP el velar porque en todos los procesos contractuales se respeten, íntegramente, los principios establecidos en el artículo 5 del manual, así como las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses aplicables	El contrato suscrito recoge y aplica, cabalmente, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como las normas relativas a las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, sin que se pueda predicar la existencia de algunas de las condiciones aludidas	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 6 (capacidad para contratar): se entienden con la capacidad necesaria para contratar, todas aquellas personas naturales o jurídicas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, y los consorcios y/o uniones temporales.	La empresa contratista (C & C SAS), cuenta con plena capacidad para celebrar todo tipo de negociaciones y contratos, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 8 (competencia): el representante legal de GEN + SA ESP es el competente para contratar en nombre y representación de la empresa, no obstante, para aquellas contrataciones que superen los 500 S.M.M.L.V. deberá existir la correspondiente autorización escrita de la Junta Directiva de La Empresa.	El contrato fue suscrito por el representante legal de GEN + SA ESP, cumpliéndose así con la exigencia mencionada. En lo concerniente a la autorización escrita de la junta directiva de la empresa para aquellas contrataciones que superen los 500 S.M.M.L.V., se precisa que en el momento de firmar el contrato de colaboración no se determinó un monto determinado en el mismo, siendo así inaplicable esta previsión.	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 9 (utilización de medios electrónicos): en todos los trámites y procedimientos que impliquen temas contractuales se podrán utilizar medios electrónicos	Las tratativas previas y la misma suscripción del contrato se enmarcó en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 21 (causales): por regla general, la escogencia objetiva del mejor postor se realizará mediante invitación privada o invitación pública, con excepción, entre otros casos, de los contratos de asociación a riesgo compartido u otros de colaboración empresarial	Los contratos de colaboración empresarial, como lo es contrato materia de discusión, se encuentran establecidos dentro de las excepciones aplicables a la obligación de realizar la correspondiente invitación privada o invitación pública, circunstancia de la que se deduce que en este caso dicha previsión no le es aplicable.	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 24 (requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos): como único requisito de perfeccionamiento establecido en el manual de contratación de GEN + SA ESP, se determina que los actos o contratos que celebre la empresa deberán constar por escrito para su perfeccionamiento, y en lo que concierne a la ejecución, se requerirá, de ser necesario, la aprobación de la garantía o garantías que amparen los distintos riesgos exigidos en el contrato	El presente contrato consta por escrito, con lo cual se evidencia el cumplimiento del requisito de perfeccionamiento establecido en el manual de contratación de GEN + SA ESP. Igual situación ocurre con el requisito de ejecución, pues al no determinarse riesgos que sustentaran la exigencia de una garantía, se optó por no incluir dicha exigencia, la cual, de cualquier forma, no es obligatoria	Se cumple con el requisito exigido.
Artículo 27 (garantías): con la finalidad de asegurar los intereses de GEN + SA ESP se podrá exigir a los contratistas la constitución de pólizas o garantías reales o personales, sin que, por tanto, sea obligatorio o impositivo el contar o exigir algún tipo de garantía, siempre que la clase de contrato o los riesgos no lo demanden	Tal y como se expresó en el punto anterior, en el contrato no se determinaron riesgos que sustentaran la exigencia de una garantía, razón por la cual, se optó por no incluir dicha exigencia la cual, de cualquier forma, no es obligatoria	Se cumple con el requisito exigido.

De esta manera, el Tribunal encuentra acreditado que en este caso concreto sí se cumplió con las distintas disposiciones del Manual de Contratación de GEN+.

- c) El Gerente seguía ejerciendo sus funciones al momento de suscripción del Contrato

Otro de los argumentos expuestos por GEN+ consistió en que el Contrato habría sido suscrito el mismo día que el Gerente presentó su renuncia. Sin embargo, GEN+ tampoco pudo acreditar este argumento. Tal como pasa a exponerse, el señor Juan Ignacio Ospina Saldarriaga trabajó en la empresa GEN+ hasta el 26 de marzo de 2020, es decir, ejerció su cargo hasta fecha posterior a la de suscripción del Contrato.

Según el documento aportado por GEN+ denominado “A12 – Carta de renuncia gerente”, el señor Ospina presentó renuncia a su cargo de Gerente de la empresa GEN+ el día 16 de marzo de 2020 y textualmente afirmó que la misma se haría “efectiva a partir del día viernes 20 de marzo de 2020”. Lo allí señalado despeja cualquier duda respecto de la capacidad del señor Ospina para contratar a nombre de GEN+ en el momento en que suscribió el Contrato de Colaboración pues este se firmó el 18 de marzo de 2020, mientras que su renuncia solo se haría efectiva 2 días después.

Adicionalmente, a través de correo del 1 de agosto de 2023, GEN+ allegó al proceso una certificación en la que consta que el señor Juan Ignacio Ospina Saldarriaga “*estuvo laborando en la empresa hasta el 26 de marzo de 2020, fecha en la cual le fue aceptada su renuncia por parte de la Junta Directiva*”, lo cual coincide con lo mencionado en el Acta 161 de Junta Directiva de GEN+ del 26 de marzo de 2020 (también aportada por GEN+ al proceso) en la que se decidió “*aceptar la renuncia del doctor Juan Ignacio Ospina Saldarriaga*”.

De esta manera, no queda ninguna duda de que para la fecha en que el señor Ospina suscribió el Contrato de Colaboración como representante legal de GEN+, esto es, el 18 de marzo de 2020, aún ostentaba tal calidad dado que ejerció sus funciones hasta el 26 de marzo del mismo año.

Las demás cuestiones alegadas por GEN+ tales como que el documento no cuenta con el número consecutivo que llevan los contratos suscritos por GEN+, que el Contrato no fue publicado en SECOP, que el Contrato no es mencionado en los informes de gestión, que el Contrato no fue reportado en los informes a la Contraloría, que el Contrato no tiene el visto bueno de la Directora Jurídica o que no existe documento que dé cuenta de la ejecución contractual, no tienen relevancia alguna a efectos de determinar la existencia del contrato, por lo que también se descartan por esa razón.

Así las cosas, el Tribunal concluye que el Contrato de Colaboración sí existe y fue suscrito entre C&C y GEN+ el 18 de marzo de 2020, por lo que no prospera la excepción de GEN+ denominada “*Inexistencia de contrato y de relación contractual*”. Resuelto este punto, procede el Tribunal a analizar las pretensiones formuladas por la convocante en la demanda.

C. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN PRIMERA

1. Planteamiento de la Demandante

En su pretensión primera el Demandante solicita:

“PRIMERO. DECLÁRESE la terminación y resolución del contrato de colaboración empresarial con exclusividad, suscrito entre GEN + y C&C SAS de fecha 18 de marzo de 2020, como consecuencia del actuar negligente, la mala fe probada y el desconocimiento absoluto y grosero de las obligaciones contractuales adquiridas por la accionada”.

En los hechos de la demanda C&C señala, en punto a los presuntos incumplimientos de la convocada, lo siguiente:

“d. Sorpresivamente, en boletín de prensa del 02 de junio de 2021 (copia adjunta), el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (en adelante IDEA), informó sobre el proyecto de modernización del servicio de alumbrado público llevado a cabo en el municipio de Santuario (Antioquia), mediante el cual se cambiaron las luminarias tradicionales y se instalaron luminarias led, con lo cual se espera una reducción del 55% de las emisiones de CO2. El proyecto fue financiado por el IDEA, y la inversión fue de \$3.515 millones de pesos.

e. Acto seguido, en boletín de Prensa del 09 de junio de 2021 (copia adjunta), el IDEA informa a la comunidad en general de la puesta en marcha del proyecto “Antioquia Led” a ser desarrollado por la Gobernación de Antioquia y el IDEA con una inversión de \$250.000 millones de pesos, con impacto en los 125 municipios del departamento y con una duración de cinco (5) años.

f. Mi poderdante radicó en IDEA el 2 de septiembre de 2021 (copia adjunta), escrito en el que se expuso la inconformidad por parte de C&C SAS ante la posible vulneración de sus derechos, específicamente por la posible apropiación por parte de dicho instituto de la noción de negocio contemplada en el contrato de colaboración empresarial suscrito entre C&C SAS y GEN+, y a su vez, los invitó a explorar una salida negociada ante dicha situación.”

(...)

“Finalmente, se debe precisar que pese al interés manifestado por C&C SAS de honrar los compromisos y obligaciones adquiridas, y a los múltiples intentos de entablar negociaciones directas que conlleven a la normalización y cumplimiento de las obligaciones insatisfechas por parte de GEN +, no ha sido posible, en razón al desconocimiento de la existencia del contrato de colaboración empresarial, lo cual, por supuesto, ha colocado en una situación de indefensión a la parte actora, desmereciéndose los legítimos intereses de la empresa C&C SAS”.

De igual manera, en los fundamentos de derecho de la demanda C&C realizó varias apreciaciones sobre la conducta de GEN+ e indicó que la Demandada negó la existencia del Contrato, deshonrando así el clausulado del mismo:

“Sin embargo, ante la situación presentada con el desarrollo de proyectos basados en la imagen, en la noción de negocio de C&C, justo después de suscribir el contrato de colaboración empresarial, no deja de ser por lo menos SOSPECHOSO AMÉN DE INCREIBLEMENTE SUGESTIVO, pero con derivaciones concluyentes, que lo que se advierte es que el desarrollo de estas actividades por parte de IDEA, tienen su origen en la información que necesariamente debió compartir C&C al momento de estructurar el acuerdo jurídico con GEN+.”

(...)

“Lo anterior, máxime cuando, incluso la pasiva (empresa GEN+), niega que dicho contrato exista, deshonrando su clausulado, especialmente en lo alusivo al desconocimiento a la bona fides, lealtad y confianza contractual que se derivan de todo contrato”.

Asimismo, la Demandante hizo énfasis en el supuesto incumplimiento por parte de GEN+ respecto de la obligación de confidencialidad y solicitó la resolución del Contrato de Colaboración afirmando que ya no existe interés por parte de C&C en continuar con la ejecución contractual:

“Por sabido se tiene que el contratante cumplido tiene en su poder la decisión de determinar si desea continuar con el vínculo contractual o solicitar la resolución, en el caso en concreto y teniendo en cuenta lo mencionado en los hechos respecto a la posible apropiación contractual por parte de GEN+, YA NO EXISTE ENTONCES INTERÉS ALGUNO PARA CONTINUAR CON DICHO CONTRATO, EN VISTA DE LOS HECHOS ACAECIDOS, HABIDA CUENTA QUE LOS DICTADOS DE LA CONFIANZA SE VIOLENTARON POR LA EMPRESA ACUSADA.”

(...)

En principio, se entiende que el principio de buena fe y confianza hacen parte inherente de toda relación contractual, sin embargo, dada la importancia revelada en aras del cumplimiento contractual se hace en veces imperioso establecer una cláusula en la cual las partes se comprometan a observar íntegra y absoluta reserva de lo relevado, tal y como se encuentra estipulado en el contrato bajo examen, en la estipulación décima octava.

Veamos:

"Décima octava. – confidencialidad: LAS PARTES se obligan a guardar absoluta reserva de toda la información, documentación y datos a los cuales tenga acceso durante la ejecución del contrato, esta confidencialidad continuará aún terminado y liquidado el contrato hasta por cinco (5) años más a partir de su finalización, y su guarda será protegida en los mismos términos indicados para la cláusula penal a que se refiere la cláusula décima cuarta de este documento. De igual manera, durante ese mismo lapso y con la misma pena, deberá respetarse la exclusividad pactada, salvo acuerdo entre LAS PARTES."

Aquella, pues, sin mayor esfuerzo intelectual se vio socavada al momento en que la empresa GEN+ reveló información confidencial, vulnerando entonces la buena fe y la confianza contractual."

(...)

"Por las razones adicionales que se expresaron y que refulgen diamantinas en la actuación, es menesteroso solicitar la resolución del contrato debido a las diferentes vulneraciones comentadas y a que no se puede continuar con una relación contractual, en especial cuando la parte contratante niega en todo aspecto la existencia misma del pacto firmado por el representante legal Dr. Juan Ignacio Ospina Saldarriaga el 18 de marzo de 2020".

En el traslado de excepciones reiteró sus afirmaciones respecto de la conducta ejecutada por GEN+ y el presunto incumplimiento causado por tales conductas:

"Sin embargo, y de manera sorpresiva, meses después de firmado el contrato, la sociedad contratista y hoy demandante, se entera que la mayor accionista de GEN + SA ESP lanzó un programa en el que utiliza el mismo modelo de negocio que, confidencialmente, había sido puesto en conocimiento por parte de C&C a GEN+, en el marco del contrato de colaboración antes aludido, lo cual, evidentemente, fue el punto de quiebre en el cual la hoy demandante decidió exigirá la empresa demandada, primero de manera directa y luego por la vías legales, que honrara sus obligaciones adquiridas voluntaria y legítimamente.

De manera que, GEN + SA ESP, no ha mostrado el más mínimo interés en cumplir con lo pactado en contrato, llegando incluso, de manera abierta a desconocer su existencia, con lo cual se demuestra el incumplimiento de su parte, situación que, entre otras cosas, se describió con suficiencia en el escrito genitor del litigio".

Por último, en los alegatos de conclusión la Demandante expuso los alegatos incumplimientos de GEN+ en el capítulo denominado "ACTOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO DE GEN+", en el cual incluyó los subcapítulos i) "El actuar de mala fe de Gen+ en el decurso de la ejecución contractual y del proceso arbitral", ii) "Gen+ incumplió la cláusula de confidencialidad pactada en el contrato al revelar el modelo de negocio a IDEA" y iii) "Gen + incumplió la cláusula de exclusividad pactada con C & C".

2. Planteamiento de la Demandada

En la contestación de la demanda, GEN+ se opuso a esta pretensión señalando lo siguiente:

“2.1. Pretensión primera. Me OPONGO, porque el contrato no existe y si existiera, se trata de un acto viciado de nulidad relativa, pues si resultara que el contrato llegó a existir, el mismo debe ser declarado nulo, por cuanto su celebración excede las facultades ordinarias del representante legal de GENMAS, que no obtuvo autorización de la Junta v 5 Directiva y, además, porque desconoce el manual de contratación de esta Empresa. Adicionalmente, porque ese contrato constituía una especie de tratativa previa, a partir de cuya ejecución se establecería el negocio que establecería una relación negocial con actividades cuantificables”.

Igualmente formuló las excepciones denominadas *“Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar”* y *“Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido”*.

Como sustento de su excepción denominada *“Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar”*, la Demandada indicó:

“El “negocio”, por cuya supuesta falta de ejecución el convocante reclama perjuicios, aun admitiendo que este de “Colaboración” se firmó, jamás se celebró: “... el esquema de negocio que tendrá por objeto la modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público...”.

No en vano, son inexistentes un acta de inicio, un cronograma de actividades, un plan de trabajo, en fin, todo aquello que habría sido necesario si de verdad las partes hubieran acordado realizar un proyecto de modernización de alumbrado público, que es entonces apenas un objetivo, pues no se pierda de vista que los alumbrados públicos son de propiedad de los municipios y, en consecuencia, cualquier actividad en tal sentido presupone agotar con cada ente territorial el procedimiento requerido para que se encomendara a las partes de ese contrato la actividad de modernización

(...)

De manera que de haberse acordado la “Colaboración Empresarial”, se seguía conseguir municipios que: i. estuvieran prestando directamente el servicio y, además, interesados en que ello lo hiciera un tercero, ii. Que no lo tuvieran concesionado a un tercero, generalmente el prestador del servicio de energía eléctrica, como es la usual y iii. Que las partes de esta “Colaboración”, reunieran las calidades y condiciones, se les recibiera una oferta y ella cumpliera los requisitos legales para ser aceptada.

En el muy imaginativo y absolutamente infundado escenario que plantea el dictamen pericial aportado por la convocante, pareciera que de la firma de esa “Colaboración”, se

siguiera como por arte de magia, la reposición de luminarias y modernización de los alumbrados públicos de todo el Departamento de Antioquia, como se deriva de su cálculo, que se apoya (como la demanda) en lo ocurrido por ejemplo en el municipio de El Santuario, donde GENMAS no realizó actividad ninguna y que se cita como ejemplo de incumplimiento y, además, como base del cálculo de los perjuicios, simplemente porque el IDEA, entidad financiera de propiedad del Departamento de Antioquia, le prestó al municipio los recursos para su ejecución”.

Asimismo, en esta excepción la Demandada señaló que GEN+ sí ha participado en el proyecto Antioquia Led organizado por la empresa IDEA:

“En este punto, es importante manifestar que si GENMAS ha participado durante los dos últimos años en el proyecto ANTIOQUIA LED, lo ha hecho, primero de la mano de VALOR MAS, que es otra filial del IDEA, quien por cierto verdaderamente estructuró un proyecto de modernización de alumbrado público para el Departamento de Antioquia, trabajando por varios años en él y gestionando con los municipios estas actividades. GENMAS fue vinculado a ANTIOQUIA LED, cuando ya se tenían contactados los municipios, efectuados los inventarios y necesidades, diagnosticado el estado físico y jurídico de cada sistema, debido a la necesidad de que el contrato fuera celebrado con un prestador de servicios públicos domiciliarios, como lo es GENMAS, pues a pesar de que el proyecto fue concebido y desarrollado por VALOR MAS, esta no podía hacerse cargo, por sí sola de dicha responsabilidad, en tanto no tiene las calidades o de prestador de alumbrado público o de prestador de servicios públicos domiciliarios, como lo exige la ley”.

Por otro lado, en la excepción denominada “Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido”, la Demandada señaló que no existió ninguna actividad concreta por parte de C&C tendiente a cumplir con sus obligaciones, por lo que no podía existir reclamo alguno por parte del Demandante:

“En consecuencia, cualquier reclamo de su parte, sólo estaría justificado en la medida que acredite haber hecho todo lo que le correspondía para que el resultado se diera o, si la otra parte no lo permite, no concurre, en fin, acreditar que se allanó a cumplir.

En este caso, a la suma de rarezas que preceden la relación contractual, SE suma que pasan meses y meses de firmado el contrato y no hay ninguna comunicación del contratista, como correspondería a la real existencia de un contrato. Extrañamente, ante un aviso de prensa del IDEA, que habla de una meta de inversiones en los municipios de Antioquia, financiándoles la modernización de infraestructura de alumbrado público, se produce una reacción del contratista, a quien al parecer la noticia de prensa le recordó que tenía ese contrato, motivando ello una novelesca comunicación al Gerente del IDEA, en el cual narra que el Gerente de GENMAS es socio del Secretario General del IDEA y que por eso él se presentó al IDEA con el Gerente de GENMAS y se reunieron en la sala de juntas, atendidos por el Secretario General, que dizque les confirmó que la entidad financiaría su proyecto; en fin una historia rara, gris, que no se corresponde con la firma real, válida, cumpliendo los requisitos de ley, que presupone un contrato estatal de esta magnitud”.

En sus alegatos de conclusión la Demandada reiteró las excepciones señaladas anteriormente y solicitó denegar las pretensiones de la Demandante con similares argumentos a los expuestos en la contestación de la demanda. En especial, respecto de la excepción denominada “Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido” indicó que C&C acudió a distintos municipios para suscribir contratos de concesión a pesar de la exclusividad establecida en el Contrato de Colaboración:

“Canales y Contactos no desplegó actividad alguna para cumplir lo que dice haber firmado. En cambio de ello, obró como si el contrato no existiera, pues se fue para los municipios, ella, a buscar contratos de concesión y los celebró. Sin embargo, parece que su entendimiento de los negocios jurídicos es que, siendo ellos una de las partes, pueden escoger siempre el mejor de los mundos. Es decir, la pregonada exclusividad obligaba solo a GENMAS, pero no a ellos”.

3. Posición del Ministerio Público

El Agente Especial del Ministerio Público plantea que no existió prueba alguna en relación con la violación de cláusulas de exclusividad o confidencialidad.

4. Evaluación del Tribunal

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se tiene que la Demandante solicita la terminación y resolución del Contrato, principalmente porque GEN+ desconoció las obligaciones derivadas del mismo al punto que ignoró su existencia y presuntamente incumplió las obligaciones de confidencialidad y exclusividad establecidas en el Contrato de Colaboración. La Demandada, por su parte, se opuso a esta pretensión argumentando la inexistencia del Contrato, su nulidad y señalando el incumplimiento por parte de C&C.

Tal como fue establecido en el acápite “Sobre la existencia del Contrato” de este Laudo, el Contrato de Colaboración existió y fue suscrito el día 18 de marzo de 2020, por lo que procede ahora determinar i) si existió algún incumplimiento por parte de GEN+ y ii) si se cumplen los requisitos para proceder con la terminación y resolución del Contrato, tal como fue solicitado por la Demandante.

Afinca la Demandante su solicitud de que se declare el incumplimiento de GEN+ en el desconocimiento del Contrato de Colaboración y, consecuentemente de sus obligaciones, y por haber incumplido, además, en forma específica, las obligaciones de confidencialidad y exclusividad.

Al respecto, observa el Tribunal que no admite duda el hecho de que GEN+ desconoció la existencia del Contrato, no solo en la etapa previa a este proceso sino durante el mismo cuando de forma expresa y reiterativa negó su existencia, especialmente a través de la excepción “*Inexistencia de contrato y de relación contractual*”, cuestión que refleja un incumplimiento de la Convocada puesto que desconoció la existencia de las obligaciones a las que se comprometió con la suscripción del Contrato de Colaboración.

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera del contrato celebrado, GEN+ tenía como obligaciones realizar la “*promoción de los proyectos*” en los municipios del Departamento de Antioquia, llevar a cabo con C&C la “*optimización conjunta*” de los sistemas de Alumbrado Público Municipal con los entes que se lograra un acuerdo y efectuar la “*gestión de los recursos*”:

*“**PARTE DOS:** (a) Promoción de los proyectos que constituyen el objeto de este Contrato en los Municipios del Departamento de Antioquia (b) Optimización conjunta con **LA PARTE UNO** de los sistemas de Alumbrado Público Municipal pertenecientes a los entes territoriales con los que se logre acuerdo y que cuenten con mecanismos de financiación propios o recomendados o gestionados por **LAS PARTES**, y (c) gestión de los recursos para apalancar financieramente los proyectos en los Municipios, de manera tal que la labor a desarrollar por **CANALES Y CONTACTOS S.A.S** no contemple la posibilidad del esquema crédito proveedor”.*

A la par con lo anterior, en la cláusula séptima del Contrato GEN+ se obligó a “*gestionar y promover alternativas de crédito para que los Municipios interesados cuenten con los recursos para la modernización del alumbrado público*”.

Todas estas obligaciones son típicas de un contrato como el celebrado cuyo propósito es establecer un pacto de colaboración entre las partes, así como los parámetros para efectuarse. No está demás advertir que son verdaderas obligaciones cuyo carácter obligacional no lo desvirtúa el carácter colaborativo de las mismas.

En el proceso no obra prueba de la ejecución de dichas actividades por parte de GEN+ y, en rigor, la Convocada no se opuso al pretendido incumplimiento, sino que lo que alegó, en su orden, fue la inexistencia, la nulidad y adujo que el Contrato carecía de obligaciones concretas. En la excepción denominada “*Mutuo disenso tácito*”, la Demandada señaló que “*luego de la celebración del contrato que, según el convocante, se suscribió, las partes no han ejecutado actividad alguna*” lo cual refleja aceptación, por lo menos de parte de la Demandada, que no ejecutó ninguna actividad tendiente a dar cumplimiento a sus obligaciones. Esta circunstancia deja en evidencia el incumplimiento de la GEN+ en estas obligaciones ya que, según lo visto en el proceso, no llevó a cabo la promoción de los proyectos en el Departamento de Antioquia con miras a la optimización conjunta de los sistemas de Alumbrado Público ni gestionó los

recursos para apalancar financieramente los proyectos. Todo, por cuanto, en lugar de disponerse a cumplirlo, consistentemente desconoció la existencia del Contrato de Colaboración.

Así, encuentra el Tribunal como un hecho no desvirtuado que, en efecto, GEN+ no dio cumplimiento a sus obligaciones derivadas del Contrato.

Por otro lado, los presuntos incumplimientos de la Convocada respecto de las obligaciones de confidencialidad y exclusividad los presenta la Demandante a partir del hecho de que la empresa IDEA (accionista mayoritaria de GEN+) publicó unos boletines de prensa el 2 de junio de 2021 y el 9 de junio de 2021 atinentes al proyecto “Antioquia Led” en los que indicó las inversiones que se realizarían en determinados municipios de Antioquia.

A partir de este hecho la Demandante deriva la violación de las obligaciones de confidencialidad y de exclusividad pactadas en el Contrato de Colaboración, las cuales pasará el Tribunal a analizar teniendo como punto de referencia lo señalado por la Convocante, la Convocada y las pruebas decretadas y practicadas en el proceso.

Respecto de la obligación de confidencialidad no encuentra el Tribunal acreditado el incumplimiento por las siguientes razones:

- a) La obligación de confidencialidad establecida en la cláusula décima octava del Contrato de Colaboración establece que las PARTES se obligan a guardar absoluta reserva de la *“información, documentación y datos a los cuales tenga acceso durante la ejecución del contrato”*. Es decir que la confidencialidad que se estipuló en el Contrato de Colaboración recae sobre información, documentación y datos a los cuales las Partes tengan acceso durante la ejecución del contrato:

“Décima octava. – Confidencialidad: LAS PARTES se obligan a guardar absoluta reserva de toda la información, documentación y datos a los cuales tenga acceso durante la ejecución del contrato, esta confidencialidad continuará aún terminado y liquidado el contrato hasta por cinco (5) años más a partir de su finalización, y su guarda será protegida en los mismos términos indicados para la cláusula penal a que se refiere la cláusula décima cuarta de este documento. De igual manera, durante ese mismo lapso y con la misma pena, deberá respetarse la exclusividad pactada, salvo acuerdo entre LAS PARTES”.

- b) Más allá de señalar la cláusula de confidencialidad y de realizar análisis de carácter indiciario, la Demandante no concretó, ni existe en el plenario demostración de la *“información, documentación y datos”* a los cuales tuvo acceso GEN+ durante la ejecución del Contrato y mucho menos de que alguna información haya sido

compartida por GEN+ a un tercero, es decir, prueba de que GEN+ no haya guardado “*absoluta reserva*” de esa información.

- c) Fuera de afirmar que existía un modelo de negocio y que el mismo había sido copiado, no aparece ningún sustento o desarrollo sobre ese supuesto modelo de negocio, más allá de ser un arquetipo que no contiene ninguna novedad. No acredita suficientemente la Demandante que el empleo de ese arquetipo configurara una violación de la confidencialidad del Contrato.
- d) En el texto del Contrato no aparece ninguna *información, documentación o datos* que hubiera sido entregada por una de las partes a la otra. Tampoco obra un anexo del Contrato en cuyo contenido se hubiera compartido *información, documentación o datos* particulares sobre el negocio. Tampoco obra prueba de que durante la ejecución contractual se haya entregado tal información por parte de C&C a GEN+. No existe prueba de la entrega de contenidos, informaciones, formulas, datos, información sobre tecnologías y equipos, o algún elemento que hiciera parte del know how de C&C, etc., el cual mereciera un trato confidencial.
- e) Aunado a lo anterior, tampoco existe prueba de que alguna información haya sido utilizada o compartida por GEN+ para estructurar proyectos con un tercero o de que GEN+ no haya guardado “*absoluta reserva*” de dicha información.
- f) En conclusión, no existe prueba de información entregada por parte de C&C a la cual GEN+ tuviera que dar un trato confidencial ni existe prueba de que GEN+ hubiese compartido esa supuesta información con un tercero ajeno a la relación contractual, especialmente con la empresa IDEA, por lo cual no hay prueba del incumplimiento de la Demandada a la obligación de confidencialidad.

Respecto de la obligación de exclusividad, reviste especial importancia para el Tribunal lo señalado en la demanda en los hechos “e” y “d” y la respuesta dada por la Convocada en la excepción denominada “*Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar*”, como pasa a verse.

Lo primero que se debe tener en cuenta al respecto es que la obligación de exclusividad se encontraba establecida en el numeral 8 de la cláusula sexta para C&C y en el numeral 8 de la cláusula séptima para GEN+.

Específicamente en el numeral 8 de la cláusula séptima, se estableció que GEN+ debía “*respetar la exclusividad del modelo de negocio entre las partes en los términos de la cláusula primera de este Contrato y no entablar relación directa, salvo autorización de la PARTE UNO, con sus aliados estratégicos*”.

Asimismo, en la cláusula primera del Contrato se estableció que *“las PARTES reconocen la exclusividad que las liga en el desarrollo de este objeto, y que impide que cualquiera de ellas, en el Departamento de Antioquia, se asocie o contrate con otra u otras, un objeto igual o similar al que aquí se desarrolla. De igual manera, y en virtud de la exclusividad anotada GEN+ S.A. E.S.P. se compromete a no desarrollar un esquema de negocio similar o sobre un objeto igual o parecido al aquí establecido, en ningún otro Departamento del país sin autorización de CANALES Y CONTACTOS S.A.S”*.

De acuerdo con lo anterior, ambas partes se encontraban obligadas a respetar la exclusividad del Contrato de Colaboración, esto es, se comprometían a no contratar con otra empresa un objeto igual o similar al de este Contrato.

Al respecto, en el hecho “d” de la demanda señaló C&C que de manera sorpresiva, el 2 de junio de 2021 el IDEA *“informó sobre el proyecto de modernización del servicio de alumbrado público llevado a cabo en el municipio de Santuario (Antioquia), mediante el cual se cambiaron las luminarias tradicionales y se instalaron luminarias led, con lo cual se espera una reducción del 55% de las emisiones de CO2. El proyecto fue financiado por el IDEA, y la inversión fue de \$3.515 millones de pesos.”*

Asimismo, en el hecho “e” de la demanda, se indicó que en boletín de prensa del 09 de junio de 2021, el IDEA informó de la puesta en marcha del proyecto “Antioquia Led” a ser desarrollado por la Gobernación de Antioquia y el IDEA con una inversión de \$250.000 millones de pesos, con impacto en los 125 municipios del departamento y con una duración de cinco (5) años.

Adicionalmente, agregó que en virtud de los hechos anteriores, el 2 de septiembre de 2021 radicó comunicación ante el IDEA presentando su inconformidad por la posible vulneración de sus derechos, específicamente por la posible apropiación por parte de dicho instituto de la noción de negocio contemplada en el Contrato de Colaboración suscrito entre C&C y GEN+.

Si bien la parte Convocante no allegó al proceso medios adicionales de prueba respecto de la violación de la exclusividad por parte de GEN+, es relevante para el Tribunal que frente a estos hechos, la parte Convocada aceptó en su excepción denominada *“Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar”* que GEN+ sí ha participado en los últimos dos años en el proyecto denominado “Antioquia Led” y que dicho proyecto tenía como finalidad la *“modernización de alumbrado público para el Departamento de Antioquia”*:

“En este punto, es importante manifestar que si GENMAS ha participado durante los dos últimos años en el proyecto ANTIOQUIA LED, lo ha hecho, primero de la mano de VALOR MAS, que es otra filial del IDEA, quien por cierto verdaderamente estructuró un proyecto de modernización de alumbrado público para el Departamento de Antioquia, trabajando por varios años en él y gestionando con los municipios estas actividades. GENMAS fue vinculado a ANTIOQUIA LED, cuando ya se tenían contactados los municipios, efectuados los inventarios y necesidades, diagnosticado el estado físico y jurídico de cada sistema, debido a la necesidad de que el contrato fuera celebrado con un prestador de servicios públicos domiciliarios, como lo es GENMAS, pues a pesar de que el proyecto fue concebido y desarrollado por VALOR MAS, esta no podía hacerse cargo, por sí sola de dicha responsabilidad, en tanto no tiene las calidades o de prestador de alumbrado público o de prestador de servicios públicos domiciliarios, como lo exige la ley”.

A la luz de lo establecido en el numeral 8 de la cláusula séptima, GEN+ debía “respetar la exclusividad del modelo de negocio entre las partes en los términos de la cláusula primera de este Contrato y no entablar relación directa, salvo autorización de la PARTE UNO, con sus aliados estratégicos”. De igual manera, la cláusula primera del Contrato estableció que la exclusividad pactada entre las partes “impide que cualquiera de ellas, en el Departamento de Antioquia, se asocie o contrate con otra u otras, un objeto igual o similar al que aquí se desarrolla”.

De acuerdo con lo establecido en el Contrato de Colaboración y con lo reconocido por GEN+ en la contestación a la demanda, se llega a la conclusión de que GEN+ no observó su obligación de exclusividad dado que desarrolló con la empresa IDEA “un objeto igual o similar” al del Contrato suscrito con C&C, tal como pasa a verse.

En efecto, en la cláusula primera del Contrato de Colaboración se estableció que el alcance del mismo es “la modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público y el establecimiento de ciudades inteligentes en los Municipios del Departamento de Antioquia”. Igualmente, la cláusula tercera del Contrato de Colaboración establece que su objeto es “la modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público en los Municipios del Departamento de Antioquia”.

Por su parte, el proyecto “Antioquia Led”, tuvo como finalidad la “modernización de alumbrado público para el Departamento de Antioquia” según lo indica GEN+ en la página 10 de la contestación a la demanda. De igual forma, en el boletín de prensa del 2 de junio de 2021 se informó que el proyecto “Antioquia Led” buscaba “modernizar el alumbrado público”.

Así las cosas, la comparación entre el objeto del Contrato de Colaboración y el objeto del proyecto “Antioquia Led” demuestra que ambos tenían la misma finalidad, esto es, llevar a cabo la modernización del alumbrado público en el Departamento de Antioquia. No obra en el proceso ninguna prueba o argumentación con fuerza de convicción por

parte de la Demandada mediante la cual se demuestre que estos proyectos tenían objetos o finalidades distintas.

En virtud de lo anterior, el Tribunal encuentra acreditado, por manifestaciones provenientes de la propia Convocada y del IDEA que la controla, que GEN+ no atendió la obligación de exclusividad del Contrato de Colaboración puesto que, con posterioridad a la suscripción de dicho Contrato, participó en el proyecto “Antioquia Led” tal como fue reconocido en la contestación de la demanda, proyecto este que comprendía el mismo modelo o esquema de negocio del Contrato de Colaboración, vulnerando la prohibición expresa de hacerlo.

Así, de acuerdo con lo mencionado, GEN+ incumplió el Contrato de Colaboración a través de i) el desconocimiento del clausulado del Contrato, ii) la no ejecución de las actividades a las que se encontraba obligado y iii) la vulneración a la exclusividad acordada. Por otro lado, no encuentra el Tribunal prueba del incumplimiento de la obligación de confidencialidad.

Acreditados los incumplimientos de GEN+ al Contrato de Colaboración, corresponde establecer si se configuran los requisitos para declarar la terminación y resolución del Contrato solicitada por C&C en la pretensión primera.

La Convocante en su demanda señala que, en vista de los hechos acaecidos, “*ya no existe entonces interés*” de C&C en continuar con la ejecución del Contrato de Colaboración, por lo que solicita que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1546 del Código Civil, se termine y se resuelva el contrato en cuestión.

El artículo 1546 del Código Civil establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado y además dispone que, en tal caso, el otro contratante puede solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato, junto con la indemnización de perjuicios:

“ARTICULO 1546. *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, de conformidad con lo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, que en los casos de incumplimiento, el contratante cumplido tiene la opción de demandar la terminación o la ejecución del mismo:

“En efecto, como fue enunciado en líneas precedentes, cumple recordar que en los contratos bilaterales además de la facultad de las partes para incorporar condiciones suspensivas o resolutorias, la propia ley ha dispuesto, en esta última hipótesis, que en todos esos convenios vaya implícita la potestad de finiquitar el pacto celebrado, si alguno de los que intervinieron en su perfección no cumple con los compromisos adquiridos (artículo 1546 del C. C.). Y de acaecer el supuesto de hecho que la referida disposición contempla, el contratante cumplido tiene la opción de demandar la terminación del negocio convenido o la ejecución del mismo. En cualquiera de esos eventos, acompañado de la indemnización de perjuicios”. (Énfasis fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, para que proceda la resolución o terminación del contrato en virtud de lo establecido en el artículo 1546 del Código Civil, es necesario que uno de los contratantes haya incumplido el contrato y, a su vez, que quien solicita la terminación sea el contratante cumplido.

En este caso, según se expuso en líneas anteriores, se encuentra acreditado que GEN+ incumplió el Contrato de Colaboración a través de distintas conductas, por lo que se configura el primer requisito para dar aplicación a la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil.

Por otro lado, corresponde determinar si se cumple el segundo requisito para la aplicación del artículo 1546 del Código Civil, esto es, que el solicitante de la terminación del contrato -en este caso C&C- sea un contratante cumplido.

A efectos de determinar lo anterior en forma concreta, es preciso revisar lo mencionado por GEN+ en la contestación de la demanda y en sus alegatos de conclusión en lo atinente a la *“Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido”*.

En la contestación de la demanda, la Convocada señaló que cualquier reclamo de C&C *“sólo estaría justificado en la medida que acredite haber hecho todo lo que le correspondía para que el resultado se diera o, si la otra parte no lo permite, no concurre, en fin, acreditar que se allanó a cumplir”*.

Adicionalmente, en los alegatos de conclusión GEN+ indicó que la representante legal de C&C confesó que no respetó la confidencialidad del Contrato pues suscribió contratos de concesión en varios municipios de Antioquia:

“Canales y Contactos no desplegó actividad alguna para cumplir lo que dice haber firmado. En cambio de ello, obró como si el contrato no existiera, pues se fue para los municipios, ella, a buscar contratos de concesión y los celebró. Sin embargo, parece que su entendimiento de los negocios jurídicos es que, siendo ellos una de las partes, pueden escoger siempre el mejor de los mundos. Es decir, la pregonada exclusividad obligaba solo a GENMAS, pero no a ellos”.

De acuerdo con lo anterior, en el proceso arbitral GEN+ alegó que C&C incumplió el Contrato puesto que i) este no acreditó “haber hecho todo lo que le correspondía para que el resultado se diera” y ii) porque presuntamente C&C violó la exclusividad del Contrato al suscribir contratos de concesión en algunos municipios de Antioquia.

Respecto del primer argumento de la Convocada es preciso señalar que el mismo no configura un reproche específico frente a la conducta adoptada por C&C a lo largo de la ejecución contractual, sino que allí GEN+ alega que la Convocante no demostró haber ejecutado todo lo que le correspondía para la correcta ejecución del Contrato.

Lo afirmado por GEN+ no es de recibo para el Tribunal puesto que ello no deja en evidencia un incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Demandante, por las razones que pasan a exponerse.

Según lo establecido en el Contrato de Colaboración, la promoción de los proyectos en los municipios de Antioquia se asignó a cargo de GEN+, mientras que C&C se comprometió a realizar el suministro, instalación y operación temporal de la infraestructura asociada con el alumbrado público:

“TERCERA. - OBJETO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN: Las **PARTES** acuerdan que el objeto, del presente contrato es: Promover y desarrollar en forma conjunta y exclusiva proyectos de modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público de los municipios de Antioquia, utilizando para ello el know-how, marca y mecanismos propios preestablecidos por **CANALES Y CONTACTOS S.A.S.** Para tal efecto, se indican a continuación los productos a desarrollar mediante el contrato de colaboración por la **PARTE UNO:** (a) Suministro (b) Instalación, y (c) Operación Temporal de la infraestructura asociada con el alumbrado público y sus aditamentos tecnológicos. **PARTE DOS:** (a) Promoción de los proyectos que constituyen el objeto de este Contrato en los Municipios del Departamento de Antioquia (b) Optimización conjunta con **LA PARTE UNO** de los Sistemas de Alumbrado Público Municipal pertenecientes a los entes territoriales con los que se logre acuerdo y que cuenten con mecanismos de financiación propios o recomendados o gestionados por **LAS PARTES**, y (c) gestión de los recursos para apalancar financieramente los proyectos en los Municipios, de manera tal que la labor a desarrollar por **CANALES Y CONTACTOS S.A.S.** no contemple la posibilidad del esquema crédito proveedor”.

Lo anterior se acompasa con lo señalado por C&C en la propuesta que presentó a GEN+ para la celebración del Contrato, en la cual se indicó que el objetivo del Contrato de Colaboración era que GEN+ desarrollara la “promoción de soluciones en materia de Alumbrado Público y Ciudades Inteligentes, las cuales serían implementadas en cuanto al suministro, instalación y operación de la infraestructura asociada, por parte de CANALES Y CONTACTOS S.A.S.”:

*“En punto a lo anterior, nuestra propuesta se concreta en la suscripción de un Contrato de Colaboración Empresarial entre las partes, en el que **GENMAS S.A. E.S.P.** desarrolle labores de promoción de soluciones en materia de Alumbrado Público y Ciudades Inteligentes, las cuales serían Implementadas, en cuanto al suministro, instalación y operación de la infraestructura asociada, por parte de **CANALES Y CONTACTOS SA.S.**, a través de un modelo de negocio que genere beneficios para ambas partes. De otro lado, y en punto a la financiación de las inversiones requeridas en cada municipio, **GENMAS S.A. E.S.P.** podría buscar el apoyo de su socio público **IDEA** o de cualquier otra Banca, de manera que los Municipios cuenten con los recursos requeridos para la modernización de sus sistemas, **GENMAS S.A. E.S.P. y CANALES Y CONTACTOS S.A. E.S.P.** los ejecuten en forma exclusiva, y los Municipios vean un mejoramiento de su infraestructura, cuyo crédito se pagaría con cargo a los recursos que hoy recaudan por concepto del Impuesto, de Alumbrado Público Municipal”.*

Las anteriores disposiciones contractuales indican que existían unas actividades iniciales de promoción, las cuales debían ser desarrolladas por GEN+ y que, posteriormente, C&C debía llevar a cabo el suministro, instalación y operación en el municipio respectivo. Si bien en estas cláusulas no se señala textualmente que en primer lugar se debieran ejecutar las obligaciones a cargo de GEN+ y luego las de C&C, la naturaleza de las actividades a desarrollar en sí resulta indicativa de que la promoción de las soluciones en materia de alumbrado público sería un desarrollo previo a que C&C realizara el suministro, instalación y operación de la infraestructura. De igual manera, observa el Tribunal que las prestaciones a cargo de C&C requerían que hubiera un municipio concreto que mostrara su interés en la modernización de su infraestructura eléctrica al cual en tal virtud se le suministrara, instalara y operara la infraestructura respectiva, por lo que estas actividades se encontraban temporalmente luego de unas gestiones de promoción de soluciones contractualmente asignadas a cargo de GEN+.

Así, el reproche de incumplimiento respecto del desarrollo del Contrato para el caso de C&C, referente a realizar el suministro, instalación y operación de la infraestructura asociada con el alumbrado público adquiriría entidad en la situación en que como resultado de la promoción de GEN+ un municipio -al menos- del departamento de Antioquia hubiera expresado su interés en la modernización y optimización de sus sistemas de alumbrado público y, surtidos los pasos requeridos, C&C no hubiera realizado el suministro, instalación y operación de la infraestructura correspondiente.

Sin embargo, en el expediente no solamente no obra prueba de ello sino que lo que se encuentra acreditado es el desconocimiento total del Contrato y consecuentemente de las obligaciones derivadas del mismo por parte de GEN+.

De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la Convocada al afirmar que C&C no demostró haber ejecutado la totalidad de actividades a su cargo dado que no se

vislumbra contractualmente factible reprochar a C&C el no haber suministrado, instalado y operado la infraestructura asociada, lo cual solo era posible realizarlo a un municipio concreto que mostrara su interés en ello e implicaba un desarrollo o negocio específico y ulterior del Contrato de Colaboración.

El segundo argumento planteado por la Convocada en su “*Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido*” consistió en que C&C incumplió la exclusividad del Contrato porque su representante legal confesó haber suscrito contratos de concesión en varios municipios de Antioquia.

Tal como se señaló en líneas anteriores, en la cláusula primera del Contrato se estableció que “*las PARTES reconocen la exclusividad que las liga en el desarrollo de este objeto, y que impide que cualquiera de ellas, en el Departamento de Antioquia, se asocie o contrate con otra u otras, un objeto igual o similar al que aquí se desarrolla*”. Asimismo, en el numeral 8 de la cláusula sexta C&C se comprometió a “*respetar la exclusividad del modelo de negocio entre las partes en los términos de la cláusula primera de este Contrato*”.

De acuerdo con lo anterior, C&C tenía la obligación de respetar la exclusividad del Contrato, esto es, de no asociarse o contratar con otra empresa para desarrollar en el Departamento de Antioquia proyectos con un objeto igual o similar al del Contrato de Colaboración suscrito con GEN+.

El presunto incumplimiento alegado por GEN+ se basa en que la señora Gloria Escalante, en su declaración como representante legal de la Convocante, aceptó que C&C en los años 2021 y 2022 suscribió contratos de concesión en algunos municipios de Antioquia.

Durante la audiencia del 26 de julio de 2023 la representante legal de la Demandante afirmó que C&C suscribió entre los años 2021 y 2022 contratos de concesión para la atención de actividades de alumbrado público en los municipios de Jericó, Tarso, Pueblorrico, Santa Bárbara y Ciudad Bolívar, todos estos ubicados en el departamento de Antioquia:

“REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: *Disculpen. Perfecto. Bien, le preguntaba si la empresa que usted representa directamente, por interpuesta persona, en consorcio, en unión temporal, a través de sus socios, ¿ha celebrado contratos con municipios de Antioquia para atención de actividades del alumbrado público?*

CONTESTÓ: *Sí, señor.*

PREGUNTADA: *Perdóneme, que no he terminado, en caso afirmativo, ¿qué municipios y, aproximadamente, en qué fechas o por lo menos el año?*

CONTESTÓ: *Ah, bueno. Sí, tenemos cinco concesiones en Antioquia, Jericó, Tarso, Pueblorrico, Santa Bárbara y Ciudad Bolívar; y fueron del 2021 y 2022”.*

Adicionalmente la señora Escalante señaló que esos contratos de concesión se suscribieron tras procesos de licitación abiertos por cada Municipio e indicó que bajo el Contrato de Colaboración suscrito con GEN+ no se excluyó la posibilidad de que C&C continuara realizando concesiones de alumbrado público:

PREGUNTADA: *Y, entonces esos cinco municipios de Antioquia de los que usted acaba de manifestar que celebraron contrato de alumbrado público, ¿cómo los contactaron?*

CONTESTÓ: *No, esos eran diferentes a los que..., no estaban dentro del..., pues, dentro de esa estructura, porque empezamos a trabajar el contrato es firmado desde el 2020 y resulta que no se empezaba a trabajar, entonces, empezamos a trabajar en..., a revisar el tema y a ubicar municipios que estaban interesados; y es allí donde yo me doy cuenta que el IDEA sale con una..., con un proyecto que es copiado de lo mío, que se llama..., la parte de donde me doy cuenta, donde hay unas promociones donde IDEA está..., la idea mía la está promoviendo y la está dando..., pues, ejecutando ellos y me sacaron a mí.*

PREGUNTADA: *Ya. Y, entonces, según su entendimiento, ¿hay unos municipios del departamento Antioquia que no estaban incluidos en ese contrato con ese acuerdo de confidencialidad..., de colaboración, como usted lo llama, que celebró con GEN+?*

CONTESTÓ: *No, es que GEN+ me presentaba..., me presentaba los municipios que estaban interesados, que los ubicaban ellos, pero allí no había..., si usted lee muy bien el acuerdo, en el acuerdo no me limitaba a la empresa Canales a ubicar municipios en la región; pero no le..., pero sí había algo donde la idea que yo puse en mi propuesta no la podían usar; en eso está muy claro el acuerdo.*

(...)

REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADA: *(...) confirmación, ¿usted sí podía ir a esos cinco municipios y celebrar contratos de concesión con ellos?, cinco municipios de Antioquia, ¿cierto?*

CONTESTÓ: *Primero que todo, le pido excusas a usted...*

EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: *No se preocupe.*

CONTESTÓ: *...y segundo, en el acuerdo de..., en el acuerdo en ningún momento Canales lo excluyen de que pueda seguir haciendo su actividad, que es concesiones de alumbrado público. Pero sí encontré es que la idea que está plasmada en la propuesta, IDEA sale a ofrecerla a los municipios de la región.*

PREGUNTADA: *¿Esos contratos de concesión que ustedes celebraron, fueron producto de una licitación pública?, ¿cómo celebraron esos contratos?*

CONTESTÓ: *Sí, señor, una licitación pública; es una licitación pública de los contratos de concesión, usted sabe que eso es una licitación.*

PREGUNTADA: *¿De cada municipio?*

CONTESTÓ: *En cada municipio.*

PREGUNTADA: *¿Y ustedes presentaron oferta?* **CONTESTÓ:** *Sí, sí”.*

Corresponde entonces determinar si la suscripción de esos cinco contratos de concesión por parte de C&C con varios municipios del departamento de Antioquia configura o no un incumplimiento a la exclusividad del Contrato de Colaboración, es decir, si dichos contratos de concesión tuvieron un “objeto igual o similar” al del contrato objeto de debate.

Según la cláusula primera del Contrato de Colaboración, el mismo tiene como alcance “la modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público y el establecimiento de ciudades inteligentes en los Municipios del Departamento de Antioquia”. Igualmente, la cláusula tercera del Contrato establece que el objeto es “la modernización y optimización de los sistemas de alumbrado público en los Municipios del Departamento de Antioquia”.

Por su parte, los contratos de concesión suscritos entre C&C y los municipios de Jericó, Tarso, Pueblorrico, Santa Bárbara y Ciudad Bolívar tuvieron como finalidad la “atención de actividades del alumbrado público” según afirmó la representante legal de la Convocante en su declaración⁷⁶. Adicionalmente, la señora Escalante indicó que en esos contratos de concesión C&C se obligó a realizar una operación, mantenimiento y modernización por determinada cantidad de tiempo, haciendo un préstamo al municipio, por el cual recibe una contraprestación durante una determinada cantidad de tiempo:

“PREGUNTADA: *Sí, le preguntaba a la doctora Gloria Lucía, si entonces..., ¿cómo entiende usted el término ‘exclusividad’, la obligación de exclusividad que se pactó en lo que usted llama el ‘acuerdo de colaboración’, que dice haber firmado con GEN+?*

CONTESTÓ: *Varias cosas quiero aclarar, primero, los municipios que me presenté a licitación fueron por concesión, donde yo opero, mantengo y hago la modernización y le*

⁷⁶ Respuesta de Gloria Escalante, representante legal de C&C, en audiencia del 26 de julio de 2023: **“REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA:** *Disculpen. Perfecto. Bien, le preguntaba si la empresa que usted representa directamente, por interpuesta persona, en consorcio, en unión temporal, a través de sus socios, ¿ha celebrado contratos con municipios de Antioquia para atención de actividades del alumbrado público?*

CONTESTÓ: *Sí, señor.”*

hago un préstamo al municipio y me lo pagan en el tiempo para poder modernizar; el acuerdo de colaboración que hacemos con GEN+, yo solamente modernizo, solamente modernizo y el que le financia al municipio la modernización es el IDEA, yo solamente ope..., allá no voy a estar en toda la concesión a 20 años como es acá, no, esta es una idea diferente, porque si usted ve en la idea y en lo que está promocionando IDEA, es solamente modernizar y prestarle la plata porque el munic..., los municipios siguen operando el alumbrado público; en las concesiones que yo me presenté, que me gané, es operación, mantenimiento, modernización y yo..., me pagan en el tiempo; aquí es una cosa totalmente diferente, si usted se lee el acuerdo de colaboración, es nada que ver con la concesión; los municipios sacan unas concesiones, que es diferente, donde el municipio le dice: 'señor concesionario, opérame, manténgame y présteme, y yo le pago en el tiempo', entonces es totalmente diferente". (Énfasis fuera del texto).

Así, al comparar el objeto del Contrato de Colaboración y los contratos de concesión que suscribió C&C con varios municipios de Antioquia, se aprecia que si bien ambos contemplan actividades relativas a la modernización del alumbrado público, no considera el Tribunal que estos contratos tengan un “objeto igual o similar” especialmente por la naturaleza de cada contrato del cual se desprenden diferencias sustanciales entre ellos.

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, una característica que diferencia al contrato de concesión de los demás contratos es que el concesionario asume la ejecución del contrato por su cuenta y riesgo, lo cual significa -entre otras- que este se encarga de conseguir los recursos financieros para ejecutar la obra:

*“Finalmente, **una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo.** Sobre ese particular la Corporación discurrió en la forma que se transcribe a continuación:*

*“Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, **ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien,** de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato*

*de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, (...)*⁷⁷. (Énfasis fuera del texto).

De acuerdo con lo relatado por la señora Gloria Escalante -única prueba en el plenario al respecto- esa característica del contrato de concesión genera una diferencia sustancial entre el Contrato de Colaboración y los contratos de concesión de C&C con los municipios de Antioquia. En los contratos de concesión C&C -se insiste, de acuerdo con la declaración rendida- se encarga de ejecutar el objeto contractual por su cuenta y riesgo, esto es, encargándose de la obtención de los recursos financieros necesarios, del suministro y de la operación del sistema de alumbrado, mientras que en el Contrato de Colaboración se estableció que serían los municipios quienes financiarían con créditos gestionados por GEN+, los proyectos a desarrollar y que C&C no tendría a su cargo la financiación de los proyectos.

Las siguientes disposiciones del Contrato de Colaboración corroboran lo anteriormente señalado.

En la cláusula tercera del Contrato las partes señalaron que llevarían a cabo la *“gestión de los recursos para apalancar financieramente los proyectos en los Municipios, de manera tal que la labor a desarrollar por CANALES Y CONTACTOS S.A.S. no contemple la posibilidad del esquema crédito proveedor”*.

En el mismo sentido, en la cláusula séptima GEN+ se obligó a *“gestionar y promover alternativas de crédito para que los Municipios interesados cuenten con los recursos para la modernización del alumbrado público y de igual manera LAS PARTES cuenten con los recursos a ejecutar por las actividades a desarrollar”*.

Estas cláusulas del Contrato de Colaboración empresarial reflejan las diferencias con los contratos de concesión. En el Contrato de Colaboración la financiación de los proyectos la realizaría el municipio respectivo y no se contemplaba la posibilidad de un esquema “crédito proveedor” por parte de C&C, razón por la cual C&C no estaba obligado a financiar los recursos para ejecutar los distintos proyectos, cuestión en la que este Contrato se diferencia de forma sustancial a los contratos de concesión.

Adicionalmente, según lo pactado en el Contrato de Colaboración, C&C realizaría de forma temporal la operación de la infraestructura dado que los municipios tenían que encargarse de esta actividad, circunstancia esta que se opone al contrato de concesión

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. 27 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939).

en el que el concesionario ejecuta la operación del proyecto durante la totalidad del plazo contractual.

Así, en la cláusula segunda del Contrato de Colaboración, las partes indicaron que *“las actividades de operación solo serán por el tiempo en que se requiera hasta la entrega de los sistemas a los Municipios, como finales beneficiarios de los proyectos a desarrollar”*.

Igualmente, en la cláusula sexta C&C se comprometió a *“suministrar, instalar y operar la infraestructura asociada al alumbrado público, bajo el entendido que cualquier actividad de operación será temporal, en tanto serán los beneficiarios finales de los proyectos, quienes deberán acometer tal actividad”*.

De esta manera, existen significativas diferencias entre la naturaleza y las actividades a desarrollar bajo el Contrato de Colaboración (entre GEN+ y C&C) y los contratos de concesión (entre C&C y municipios de Antioquia), por lo que no puede afirmarse que se trate de contratos con un *“objeto igual o similar”*.

En vista de lo anterior, se descarta el segundo argumento presentado por GEN+ respecto de un presunto incumplimiento de C&C a la exclusividad pactada en el Contrato de Colaboración.

Como conclusión de lo expuesto, el Tribunal encuentra configurados los requisitos para la aplicación del artículo 1546 del Código Civil, esto es, el incumplimiento contractual por una de las partes (GEN+) y que el solicitante de la terminación es un contratante cumplido (C&C).

En consecuencia, el Tribunal accederá a la pretensión primera formulada por la convocante mediante la cual solicitó la *“terminación y resolución del contrato de colaboración empresarial con exclusividad, suscrito entre GEN + y C&C SAS de fecha 18 de marzo de 2020”*, como consecuencia del incumplimiento del Contrato por parte de GEN+, representado en el desconocimiento del mismo y de la obligación de exclusividad.

D. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA

1. Planteamiento de la Demandante

En su pretensión segunda la Demandante solicita:

“SEGUNDO. CONDÉNESE al incumplido GEN +, al pago de la suma de **DIEZ MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES DE PESOS (\$10.312.000.000) MCTE** en favor de la sociedad C&C SAS, por concepto de daños y perjuicios materiales derivados de su actuar negligente y del desconocimiento absoluto de sus obligaciones en la ejecución del aludido contrato”.

Respecto de dicha pretensión, C&C señaló en los hechos de la demanda lo siguiente:

“Derivado del desconocimiento abierto y directo de contrato, se han venido generando daños y perjuicios en contra de los intereses de C&C SAS, como consecuencia natural del incumplimiento total de las obligaciones adquiridas por parte de GEN +”.

Asimismo, indicó la causa de los presuntos perjuicios causados:

“Los daños y perjuicios materiales, consistentes en los gastos procedentes de la no ejecución, así como en los dineros dejados de percibir por cuenta del actuar negligente y torticero de la demandada GEN +, se encuentran justificados con la información que se adjunta (...)”.

Con la demanda C&C también aportó un dictamen financiero elaborado por la firma PROYECTA S.A.S. con el fin de acreditar los perjuicios reclamados:

“De acuerdo con lo expuesto, se pasará a decantar, de manera puntual, los perjuicios materiales, consistentes en el perjuicio que mi poderdante ha sufrido, y continúa soportando, en razón al abierto y absoluto incumplimiento de las obligaciones adquiridas contractualmente por parte de la accionada Gen +, y, en esta medida, dada las condiciones pactadas en el acuerdo comercial, se trae al proceso lo expuesto por la firma especializada PROYECTA (...)”

De lo anterior, podemos concluir que la reclamación efectuada mediante la presente demanda, se encuentra dentro de los rangos de las ganancias esperadas en este tipo de negocios, lo cual debe verse desde el punto de vista, igualmente, de los beneficios que el pasar de la tecnología existente, a una más moderna y eficiente como la planteada por C&C a Gen +, quienes en últimas, de manera desleal, no cumplieron con las obligaciones adquiridas, y aún peor, desconocieron el negocio celebrado, el cual, de manera sospechosa por decirlo menos, fue implementado por IDEA, generando y concertándose así el daño hoy reclamado por parte de mi poderdante”.

Por último, en sus alegatos de conclusión la Demandante indicó que se encontraban probados los perjuicios reclamados y defendió la fuerza probatoria del dictamen financiero aportado al proceso:

“Mediante experticia aportada al proceso por peritos idóneos y ratificada en diligencia posterior dentro de este, se demostraron y soportaron, con suficiencia, los daños y perjuicios materiales derivados del actuar negligente y del desconocimiento absoluto de

sus obligaciones en la ejecución del aludido contrato, lo anterior por la suma reclamada en las pretensiones de la demanda.

(...)

A partir de lo indicado en precedencia, se infiere que la reclamación monetaria efectuada, está dentro de los rangos de las ganancias esperadas en este tipo de negocios, habida cuenta del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el mismo negocio celebrado.

Adicionalmente, es del caso indicar que el precitado dictamen cumple con los requisitos de ser claro, preciso, suficiente, exhaustivo y detallado, pues, en este se explica con lujo de detalles el método utilizado para su elaboración, los soportes tenidos en cuenta y las conclusiones que derivan del mismo”.

2. Planteamiento de la Demandada

Respecto de la pretensión segunda, la Demandada se opuso señalando lo siguiente:

“2.2. Pretensión segunda. Me OPONGO, porque CANALES Y CONTRATOS no ha sufrido ningún daño o perjuicio y mucho menos en esa cuantía, resultante de unos cálculos absurdos, establecidos en forma simplista y hasta burda, a partir de las cifras de un anuncio de prensa, aplicando operaciones casi aritméticas, sin considerar ninguna realidad negocial, ni de costos y, sobre todo, sin que le asista al convocante ningún derecho para reclamar daños o perjuicios de ningún tipo a GENMAS”.

Asimismo, en la excepción denominada “Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar” se opuso al dictamen pericial aportado y a la reclamación de perjuicios de C&C:

“En el muy imaginativo y absolutamente infundado escenario que plantea el dictamen pericial aportado por la convocante, pareciera que de la firma de esa “Colaboración”, se siguiera como por arte de magia, la reposición de luminarias y modernización de los alumbrados públicos de todo el Departamento de Antioquia, como se deriva de su cálculo, que se apoya (como la demanda) en lo ocurrido por ejemplo en el municipio de El Santuario, donde GENMAS no realizó actividad ninguna y que se cita como ejemplo de incumplimiento y, además, como base del cálculo de los perjuicios, simplemente porque el IDEA, entidad financiera de propiedad del Departamento de Antioquia, le prestó al municipio los recursos para su ejecución.

(...)

En consecuencia, finalmente, el autoproclamado contrato de “asociación empresarial”, constituía una intención de buscar negocios, por supuesto con una participación decidida de las partes, que no se ve por parte alguna. No existiendo ningún negocio concreto, no hay indemnización alguna de indemnizar.

En este punto, es relevante resaltar que el convocante no es un “licitante vencido”, que cobra una pérdida de la chance, porque el contrato se celebró y, así, para que se pueda predicar la desaparición de una probabilidad seria y real de un evento favorable, consistente en la ejecución de proyectos de alumbrado público, la parte debe demostrar que hizo lo que le correspondía para que ello ocurriera. Lo cierto es que no ocurrió y ello se debe en gran medida a la propia inactividad del demandante, lo cual nos sirve de fundamento para las demás excepciones”.

En los alegatos de conclusión GEN+ también expuso los motivos por los que considera que el dictamen pericial de la firma PROYECTA S.A.S. carece de fuerza probatoria:

“En el caso que nos ocupa, el reclamo está apoyado por completo en un dictamen pericial que, cómo mas decirle, calcula, infiere, realiza operaciones aritméticas (nunca de complejidad superior) para establecer la suma que constituyó el monto de las pretensiones aquí discutidas. Y lo hizo de una manera que, ya se verá, resulta francamente sorprendente. Ello sin dejar de lado que no deberíamos siquiera pasar a este estadio, puesto que no se probó siquiera que Canales y Contactos hubiese contratado con GENMAS y, si es que el contrato se hubiera suscrito, pues quedó probado que el gerente de GENMAS no tenía facultades para su celebración y, todavía, aún y que estos dos elementos pudieran superarse, ocurre que el contrato no se ejecutó y ninguna de las partes hizo nada para que ello ocurriera, evento en el cual se habría configurado un mutuo disenso tácito.

Y ello fue así, porque el convocante no soporta digamos en facturas, pruebas contables, lo que aquí reclama, sino que todo se basa en lo que considera dejó de percibir por no ejecutarse el contrato que él dice que celebró.

Y, en tal sentido, no podemos sino afirmar que el pretendido dictamen pericial no puede tener tal calificativo, porque nada prueba. Nos llevó simplemente a ser observadores de un ejercicio realizado a partir de unas cifras contenidas en declaración publicada en prensa, proveniente del Gerente para el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, en la cual anunció un proyecto y mencionó unas cifras de inversión. Nada mas que eso.

Sin embargo, ello fue suficiente para que los peritos, acudiendo al fácil expediente de la “regla de tres”, calculara los datos de lo que estimaron, con lo que les pasó su cliente, podían ser las utilidades de haber desarrollado un proyecto de reposición y luminarias, por ejemplo, en Guatapé, obteniendo una cifra que simplemente multiplicó por el número de municipios que dizque se esperaba atender.

De allí sale la escandalosa suma reclamada. Ha debido GENMAS resistir unas pretensiones por ese monto, con la zozobra que ello genera en quienes administran el patrimonio público, en este caso del Departamento de Antioquia, debido a que los señores peritos consideran que ejecutar reposiciones de luminarias en cualquier municipio de Antioquia, está afectado por las mismas variables de costos y, por tanto, presentan la misma rentabilidad”.

Por último, en los alegatos de conclusión la Demandada resaltó el dictamen de contradicción elaborado por el ingeniero Jorge Valencia e indicó que no se causó ningún perjuicio a C&C:

“Como se sabe, presentamos un dictamen de contradicción, a cargo del Ingeniero Jorge Valencia Marín, ex Director de la Unidad de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas y Energía, quien además fuera experto comisionado de la Comisión de Regulación de Energía y Gas e, incluso, su Director Ejecutivo.

(...)

De allí pues, nuestra afirmación al inicio del presente numeral, al indicar que no estamos propiamente ante un dictamen pericial, sino ante el resultado de una elucubración subjetiva, una inferencia, bajo supuestos teóricos, apoyados quizás en un intento de sana lógica de cómo podrían cuantificarse las pérdidas por no desarrollar unas actividades de alumbrado público en unos municipios, sin considerar la normatividad que rige el sector, las resoluciones que establecen cómo se determina la estructura de costos (al fin y al cabo estamos hablando de un servicio público, como tal regulado) y, finalmente, sin analizar cada municipio, como si se tratara simplemente de una sumatoria.

Luego de conocer la manera en que se efectuó el cálculo, se puede explicar semejante cifra que, como tal, no tiene asidero alguno.

De suerte que, no hubo contrato, pero además, tampoco hubo ni perjuicios y su estimación carece de fundamento, se realizó alejada por completo de las mas mínimas reglas técnicas que deberían agotarse para este propósito”.

3. Posición del Ministerio Público

El Agente Especial del Ministerio Público en su concepto señala que no existe prueba atendible que acredite perjuicios padecidos por la Demandante.

4. Evaluación del Tribunal

Según lo expuesto, C&C solicitó en su pretensión segunda condenar a GEN+ por la suma de diez mil trescientos doce millones de pesos (\$10.312.000.000) por concepto de *“daños y perjuicios materiales derivados de su actuar negligente y del desconocimiento absoluto de sus obligaciones en la ejecución del aludido contrato”* y aportó un dictamen pericial financiero con el fin de acreditar los perjuicios reclamados.

Por su parte, GEN+ se opuso a la indemnización pretendida por la Demandante aduciendo la inexistencia de perjuicios, se pronunció respecto del dictamen pericial de la firma PROYECTA S.A.S. indicando que este adolece de distintos errores y aportó un dictamen pericial con el fin de controvertir el peritazgo allegado por C&C.

Tal como se expuso en el acápite anterior de este Laudo, la Demandada incumplió el Contrato de Colaboración a través del desconocimiento de la existencia del mismo, al no haber realizado ninguna de las actividades a las que se comprometió y a las que estaba obligado a partir de su suscripción y con la vulneración de la exclusividad pactada.

Corresponde ahora determinar si los anteriores incumplimientos de GEN+ al Contrato de Colaboración causaron perjuicios a C&C por el valor de diez mil trescientos doce millones de pesos (\$10.312.000.000).

En la demanda y en los alegatos de conclusión C&C señaló que los perjuicios reclamados corresponden a “*dineros dejados de recibir*” por cuenta de la conducta de GEN+, específicamente indica que se trata de las “*ganancias esperadas en este tipo de negocios*”, para lo cual se vale de un dictamen financiero en el que se realizó un “*análisis del mercado y el análisis de desempeño en proyectos de alumbrado público*”.

De acuerdo con lo señalado por C&C, los perjuicios presuntamente causados corresponden a “*dineros dejados de percibir*” por parte de la Convocante, esto es, un lucro cesante en los términos del artículo 1614 del Código Civil:

“ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. *Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”. (Énfasis fuera del texto).

Al respecto el Consejo de Estado ha precisado que el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto, es decir, se debe edificar sobre situaciones reales existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético no es susceptible de reparación:

“Ahora, de conformidad con la jurisprudencia reiterada y unificada de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación”⁷⁸.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00403-01(56522).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que el daño sea susceptible de ser reparado, este debe ser directo y cierto y no meramente eventual o hipotético, esto es, que se presente como consecuencia de la culpa y que aparezca real y efectivamente causado:

“Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. N° C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. N° 2005-00174- 01)”⁷⁹.

Con base en lo anterior, pasa el Tribunal a analizar si los perjuicios reclamados por C&C en su demanda cumplen con los requisitos de ser ciertos y directos, esto es, que se presenten como consecuencia del incumplimiento de GEN+ y que se edifiquen sobre situaciones reales y no sobre bases eventuales o hipotéticas, de acuerdo con el dictamen aportado por la Convocante.

Al observar el dictamen de la firma PROYECTA S.A.S., se aprecia que allí se hizo uso de los valores mencionados en el boletín de prensa de IDEA del 9 de junio de 2021 en el cual se indicó que en el municipio de Guatapé se había realizado una inversión de dos mil seiscientos millones (\$2.600.000.000) y que se invertiría un total de doscientos cincuenta mil millones (\$250.000.000.000.) en el proyecto “Antioquia Led” en distintos municipios de ese departamento:

3. Esquema Financiero

A partir de la información pública generada para el municipio de Guatapé a continuación se lleva a cabo una descripción general del proyecto.

El Municipio de Guatapé recibió una inversión total de \$2.600 millones, con lo cual se realizó la modernización del sistema de alumbrado público a LED equivalente a 1.300 luminarias.

Con estos análisis se hace posible deducir un valor por luminaria instalada equivalente a \$2 millones, que frente a valores de mercado se deduce que incluyen los costos de mano de obra para la instalación, operación del sistema durante el periodo de recambio tecnológico y el material.

Se deduce entonces que el costo de la luminaria con sus accesorios pudo costar el 50% equivalente a \$1 millón, mientras que la postería, cable y demás pudo costar un 20% equivalente a \$400 mil.

Así las cosas, el Costo estimado administración, mantenimiento, imprevistos y utilidad debió representar el restante 30%, asignado según estándares de mercado de la siguiente manera.

La utilidad en este tipo de contratos representa el 6%, la administración el 12%, mantenimiento 7% y los imprevistos un 5%. Esto significaría un total de AOIU de \$600 mil por luminaria y \$780 millones para toda la inversión.



⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021). MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo Radicación n.° 08001-31-03-003-2008-00234-01.

3. Esquema Financiero	
<p>En tanto el proyecto en Guatapé permite estimar información típica de un proyecto de modernización de Alumbrado Público en Antioquia, se hace posible inferir el esquema de negocio del total de inversiones estimadas por parte de IDEA para el departamento.</p> <p>Con un recurso de \$250.000 millones de inversiones esperadas, para 125 municipios, se hace posible inferir una inversión media de \$2 mil millones con la cuál se modernicen 2.000 luminarias promedio.</p> <p>Esto significa por su parte que la modernización en el departamento puede alcanzar las 125.000 luminarias LED.</p>	<p>De acuerdo con lo anterior, se puede deducir que del total de inversiones, típicamente se compra el 70%, es decir, un valor de \$175 mil millones se destina para compra de materiales, mientras que el restante 30% o un total de \$75 mil millones se consumirían en administración, operación, imprevistos y utilidad.</p> <p>La cifra de ahorro medio generado por estas inversiones ascenderá a \$23.908 millones año, con una media por municipio de casi \$200 millones año.</p>

Con base en dichos valores, el dictamen realizó distintos cálculos y concluyó que existe un “valor de la reclamación de Canales y Contactos por \$10.312 millones”:

7. Total Reclamación	
<p>En resumen el total del valor Estimado del derecho económico máximo posible relacionado con el Suministro, Instalación y Operación de los sistemas de alumbrado público en Antioquia en el marco del proyecto estratégico del IDEA, se estima en \$22 mil millones.</p> <p>Este valor equivale al 8,8% del total de los \$250 mil millones de inversión proyectada por IDEA para financiar la modernización de los esquemas de operación de alumbrado público a través de luminarias LED.</p>	<p>De este valor, y en la correspondencia que la firma realizada por parte de Canales y Contactos con su aliado GEN +, supusiera una ganancia equivalente para las partes, se presenta como porcentaje a reclamar el 4,1% del total de las inversiones.</p> <p>Esto significa un valor de reclamación de Canales y Contactos por \$10.312 millones.</p>

Respecto del dictamen en cuestión, el Tribunal encuentra de total recibo lo señalado por GEN+ y el señor Agente Especial del Ministerio Público respecto de la falta de fuerza probatoria de dicho peritazgo como base para una condena puesto que este no ofrece certeza y exactitud respecto de los perjuicios efectivamente causados a C&C ni sobre la cuantía de los mismos.

Al respecto la Demandada en sus alegatos señaló que el dictamen pericial hizo uso de las cifras contenidas en la publicación de IDEA y con base en ello calculó lo que serían “las utilidades de haber desarrollado un proyecto de reposición y luminarias, por ejemplo, en Guatapé, obteniendo una cifra que simplemente multiplicó por el número de municipios que dizque se esperaba atender”:

“Y, en tal sentido, no podemos sino afirmar que el pretendido dictamen pericial no puede tener tal calificativo, porque nada prueba. Nos llevó simplemente a ser observadores de un ejercicio realizado a partir de unas cifras contenidas en declaración publicada en prensa, proveniente del Gerente para el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, en la cual anunció un proyecto y mencionó unas cifras de inversión. Nada mas que eso.

Sin embargo, ello fue suficiente para que los peritos, acudiendo al fácil expediente de la “regla de tres”, calculara los datos de lo que estimaron, con lo que les pasó su cliente, podían ser las utilidades de haber desarrollado un proyecto de reposición y luminarias, por ejemplo, en Guatapé, obteniendo una cifra que simplemente multiplicó por el número de municipios que dizque se esperaba atender”.

En la audiencia de contradicción realizada el 10 de agosto de 2023 los peritos que elaboraron el dictamen indicaron que el mismo consistió en *“la estimación de lo que pudieron significar los proyectos ejecutados por Gen+, lo que se hizo fue suponer un negocio típico”*:

“EL PERITO, GÓMEZ: Contesto, Carito. Bueno, en la estimación de lo que pudieron significar los proyectos ejecutados por Gen+, lo que se hizo fue suponer un negocio típico en el que se realiza la contratación de una empresa que realice la modernización integral del sistema de alumbrado público, con lo cual, por el lapso de tiempo de la modernización, se estima pues primero, el suministro de las... materiales y equipos a instalar en el sistema; segundo, el costo o lo relativo a los costos de la instalación y, tercero, pues, en el momento en el que se está realizando el período de las inversiones se incurre en unos costos de administrar el sistema por el tiempo de las obras, porque es necesario durante los períodos de instalación realizar mantenimientos y operaciones en general durante ese tiempo, quiere decir, es un contrato de obra en un lapso de tiempo estimado de un año, más o menos, y durante ese período se realiza la estimación de los costos, y por ese tipo de contrato, pues, no tiene una relevancia significativa en este ejercicio”.

Los peritos también señalaron que los distintos cálculos se elaboraron a partir de las *“estimaciones generales de lo que era el negocio en el Departamento”* y de los *“datos del proyecto específico de Guatapé”*:

“APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Bien. En sus cálculos ustedes toman el valor que el IDEA anunció en un aviso de prensa, o en los medios de comunicación, llamémoslo así, que dice que va a invertir una suma en alumbrado público, ustedes toman ese valor como inversión; en relación con ese supuesto las siguientes preguntas, ¿con qué fundamentos o qué tuvieron ustedes en su poder para corregir que ese dinero que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia anunció que invertiría en alumbrado público se haría a través Gen+ y, por consecuencia, de Canales y Contratos..., y Contactos, según ese contrato que está acá en discusión?

EL PERITO, GÓMEZ: Vale, lo primero pues es decir que desde la información pública que se tuvo se dieron unas estimaciones generales de lo que era el negocio en el Departamento, pero específicamente, sí hubo más datos del proyecto específico de Guatapé con el cual se iteraron y se estimaron las cifras de lo que podría haber sido el resto del proyecto. La definición de..., o la especificidad de la contratación y los esquemas sobre los cuales se haya dado esa inversión no los conocimos porque no..., no eran públicos”. (Énfasis fuera del texto).

Por último, los peritos mencionaron que realizaron “no un ejercicio complejo, técnico, que implique matemáticas financieras profundas”, sino que se tomó un “presupuesto estimado” al cual se le calcularon los “costos de mercado” y se llegó a una “utilidad media”:

“APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Bien. No sé si por ser un proyecto de alumbrado público, como usted dice ‘de largo plazo’, no sé si es que él lo hace de esa manera, pero el perito dice que ustedes, al calcular el perjuicio, está tomando los ingresos menos los costos y que ese es el valor del perjuicio, -y se duele (no es clara la frase)- de que no se consideren otra serie de variables que deben descontarse de ese ingreso bruto para calcular lo que sería realmente una utilidad; ¿usted qué tiene para decir sobre eso? -O (...)?

EL PERITO, GÓMEZ: No, (...) muy... (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. Sí, señor, muy importante saber a qué se refiere con que ‘otras deducciones’, porque él tiene razón en que nosotros el ejercicio que hacemos simplemente es decir ‘tenemos un presupuesto estimado al cual le calculamos los costos de mercado y llegamos a una utilidad media’, o sea, promedio o sectorial, sobre la cual decimos ‘listo, la participación de Canales sería esta y la de Gen+ sería esta’, pero yo no sé, específicamente, qué otros costos diferentes; esa es una de las que se refiere el perito contradictor, porque allí no..., no aparecen especificados, no sabemos cuál podría haber sido una omisión en costos porque..., es muy simple, o sea, yo quiero insistir, el ejercicio no es un ejercicio complejo, técnico, que implique matemáticas financieras profundas ni evaluación de tasas de descuento ni valor futuro, no; este es un ejercicio simplemente de un cálculo en el que la información que tenemos es una inversión de 250.000 millones que tiene un propósito, y en ese propósito es fácil de deducir los costos asociados relativos a los materiales y suministros, relativos a los costos de mano de obra, y el balance es la utilidad, y eso es, pues, el ejercicio que hacemos nosotros; pero no sé qué..., qué puede haber sido omitido, según el perito contradictor, específicamente”. (Énfasis fuera del texto).

Las anteriores citas de lo afirmado por los peritos en la audiencia de contradicción demuestran que le asiste razón a GEN+ al señalar que este dictamen no tiene la fuerza probatoria para demostrar los reclamados perjuicios causados a C&C.

Tal como lo indicó el señor Fernando Gómez (perito principal de PROYECTA S.A.S.), el análisis elaborado no correspondió a un ejercicio complejo o técnico, sino que se utilizaron los datos informados por el IDEA respecto de lo que sería la inversión total del proyecto “Antioquia Led” en los municipios de Antioquia y a partir de allí se hizo un cálculo con costos de mercado con lo cual se determinó lo que sería la eventual utilidad de C&C en estos proyectos. Sin embargo, resulta evidente que un ejercicio así realizado corresponde a una elaboración teórica sin las necesarias bases ciertas y comprobadas; ejercicio que no ofrece certeza ni exactitud acerca del perjuicio -ni su cuantía- que efectivamente haya sido causado a C&C como consecuencia del incumplimiento de GEN+ al Contrato de Colaboración suscrito.

El dictamen pericial -como lo admiten los peritos- se fundamentó en un boletín de prensa en el que se informó que el proyecto “Antioquia Led” se invertirían doscientos cincuenta mil millones (\$250.000.000.000) sin que tales información y cifras hubieran sido objeto de verificación ni de decantación en tanto el dictamen no se ocupó de determinar realmente cuántos y cuáles proyectos se llevaron efectivamente a cabo y tampoco cuáles podrían haberse llevado a cabo, cuáles de esos proyectos podrían ser desarrollados por C&C y cuál era la utilidad esperada por C&C de manera específica para cada proyecto, para tener unas bases más sólidas.

El dictamen financiero se limitó a hacer uso de costos de mercado para efectos de sus cálculos, cuestión que no tiene la potencialidad de demostrar que la Demandante haya experimentado tales perjuicios ciertos y directos a título de lucro cesante por el valor de diez mil trescientos doce millones de pesos (\$10.312.000.000).

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que en la cláusula décima cuarta del Contrato de Colaboración, las partes establecieron que la existencia de perjuicios se pactaría una vez se efectuara el negocio específico entre las partes y se pudiera determinar el desarrollo del mismo:

“DÉCIMA CUARTA. – INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: Los mismos se pactarán una vez se efectúe el negocio específico entre LAS PARTES, y que pueda determinarse el desarrollo del mismo”.

Esta estipulación contractual demuestra que, según el criterio de las partes, el Contrato de Colaboración no sería fuente directa de perjuicios, sino que los perjuicios se desprenderían y materializarían solamente de los negocios específicos que se llegaran a celebrar en desarrollo del Contrato de Colaboración, quedando en todo caso sujetos a un pacto ulterior de las partes. Jurídicamente es dable a las partes determinar la causación o no y las bases de los perjuicios que se puedan derivar de un negocio jurídico. Así, para el Tribunal esta estipulación reviste validez y suficiente entidad para darle soporte adicional a la conclusión que habrá de adoptarse en relación con los perjuicios reclamados.

Dado que no obra en el expediente prueba de que en el marco del Contrato se hubiera concretado algún proyecto ni de proyectos que C&C había planeado desarrollar o materializar, de acuerdo con lo que viene señalándose respecto de las falencias del dictamen pericial aportado por la Convocante, no puede tomarse una cifra de un boletín de prensa como base única para determinar los perjuicios sufridos por esta empresa pues ello corresponde, efectuado así, a un mero cálculo hipotético y estimativo que no brinda certeza al respecto.

Por último, si bien es cierto que GEN+ en la contestación de la demanda admitió que efectivamente participó en el proyecto denominado “Antioquia Led”, el cual tenía como objeto la modernización del alumbrado público para el Departamento de Antioquia -lo que se traslapa con el objeto de colaboración empresarial-, lo cierto es que el dictamen pericial no se ocupó de indagar sobre proyectos semejantes que efectivamente hubieran sido realizados, sino que trazó y basó sus cálculos sobre consideraciones que no se ocupó de verificar en cuanto a su realidad, particularidades y valores. De otra parte, al proceso tampoco fueron arrojadas probanzas que ilustraran sobre cuáles municipios fueron intervenidos en el marco del proyecto “Antioquia Led”, cuál fue el alcance y el monto de las inversiones de esos proyectos, de manera que el Tribunal pudiese tener una fuente complementaria al dictamen, pero de carácter real, para imponer una condena.

En virtud de lo anterior, el Tribunal no accederá a la pretensión segunda y, en consecuencia, accederá parcialmente a la excepción denominada “*Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar*” dado que GEN+ incumplió el Contrato de Colaboración pero no se acreditó que C&C hubiese sufrido perjuicios.

E. EXCEPCIONES

1. Inexistencia de contrato y de relación contractual

No prospera por las razones expuestas en el apartado IV. B. de este laudo.

2. Nulidad del contrato por falta de capacidad del representante legal de GENMAS

Sustenta la excepción propuesta en que en su parecer el representante legal de GEN+ solo tenía facultades para celebrar contratos, sin autorización de la Junta Directiva, hasta por cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Soporta su alegación sobre el valor del Contrato de Colaboración en la cuantía de la demanda presentada. Aduce, además, que las facultades que tenía el gerente de GEN+ no incluyen la celebración de un contrato con exclusividad como el suscrito.

Respecto de la excepción y las razones en que la Convocada la sustenta, encuentra el Tribunal, por una parte, que acorde con lo señalado en el acápite IV. D., el Contrato de Colaboración carece de una cuantía. Entre sus estipulaciones no se establece una cuantía del Contrato. La cláusula cuarta titulada “valor” se limita a señalar que las partes aportarán de manera equitativa las sumas de dinero que se requieran en vigencia del presente Contrato, sin determinar tampoco un monto específico. Además, lo estipulado

en la cláusula décima cuarta sugiere la ausencia de una cuantía del Contrato de Colaboración.

Por lo tanto, la primera razón de la excepción propuesta atinente a la celebración del Contrato sobrepasando la cuantía permitida al representante legal, carece de fundamento en el texto contractual.

En cuanto a las autorizaciones para que el representante legal de GEN+ celebrara el Contrato de Colaboración que la Convocada echa de menos, advierte el Tribunal que, en la eventualidad de requerirse, estas en todo caso sí existen. En efecto, en el Contrato de Colaboración se hace mención de las siguientes autorizaciones:

- En el encabezamiento se hace referencia al Acta de Asamblea Ordinaria de Accionistas del 26 de marzo de 2019 y al Acta de Junta Directiva No. 140 del 8 de febrero de 2019.
- En las consideraciones generales, de igual manera se hace referencia al Acta de Junta Directiva No. 140 del 8 de febrero de 2019, la cual se cita así:

“1. Autorización para buscar un aliado estratégico o un socio estratégico y suscribir contratos de sociedad atendiendo la mejor opción posible y cumpliendo para ello las disposiciones normativas y estatutarias vigentes, en el marco del Pipeline GENMAS 2019”.

De esta manera, se aprecia que el representante legal de GEN+ sí contaba con las autorizaciones respectivas para suscribir el Contrato de Colaboración, las cuales el Tribunal considera suficientes, con lo cual la excepción propuesta carece de fundamento.

Por último, precisa el Tribunal que el Contrato de Colaboración reúne los distintos requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil⁸⁰ para que un contrato sea válido, a saber:

- i) la capacidad de ambos contratantes pues el Contrato fue suscrito por el representante legal de ambas partes,

⁸⁰ “ARTÍCULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

- ii) que exista consentimiento sin ningún tipo de vicio dado que no aparece ninguna circunstancia que evidencie error, fuerza o dolo,
- iii) que recaiga sobre un objeto lícito, y
- iv) que tenga causa lícita pues el alcance y objeto del Contrato de Colaboración se enmarca dentro del objeto social de ambas sociedades y no contraría ninguna norma imperativa o de orden público.

En virtud de lo anterior conforme las razones expuestas, se desestima la excepción de nulidad del contrato.

3. Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar

Prospera parcialmente de acuerdo con las razones expuestas en el apartado IV. C. y en el apartado IV. D., de este laudo.

4. Excepción perentoria definitiva material de contrato no cumplido

No prospera esta excepción. El Tribunal observa, primeramente, que la Convocada no señala la presunta prestación u obligación incumplida por la parte Convocante en la que basaría esta excepción, lo cual bastaría para despacharla negativamente.

El hecho de que, como lo quiere hacer ver la Convocante en sus alegatos, C&C no hubiera requerido “*a su contratante para dar inicio a la ejecución de actividades*” carece de la entidad para configurar una conducta culposa como quiera que con ello no desatendió ninguna obligación contractual específica a cargo suyo.

Complementariamente, el Tribunal remite a las consideraciones efectuadas en el acápite IV. C. del presente laudo, en relación con la ausencia de incumplimiento por parte de C&C.

5. Mutuo disenso tácito

Para el Tribunal no se encuentran acreditados los supuestos de la figura del mutuo disenso.

El mutuo disenso tácito de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia requiere que las partes hayan asumido una conducta que muestre por el abandono recíproco de las prestaciones derivadas del contrato, su voluntad de desistir del mismo.

El mutuo disenso, sin pasar por alto la ausencia de unanimidad al respecto, puede derivarse de lo previsto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, como una prerrogativa de las partes en un contrato para prescindir de este y dejarlo sin efectos. Esta figura constituye un instrumento para superar situaciones de estancamiento contractual, en casos en que, visto el comportamiento de ambos contratantes frente al cumplimiento de sus obligaciones, puede naturalmente deducirse su implícito y recíproco querer de no ejecutar el contrato.

Consiguientemente con lo señalado, no basta el recíproco incumplimiento, sino que es necesario que las omisiones o actos en que consiste la inejecución constituyan prueba inequívoca de una voluntad que apunte a desistir del contrato.

Para la Corte Suprema de Justicia, debe aparecer como hecho concluyente del mutuo disenso, el inequívoco interés de las partes por no continuar con el negocio jurídico⁸¹.

El Tribunal encuentra que de conformidad con la naturaleza de las obligaciones pactadas no resulta consistente para el caso de C&C, calificar su conducta como de abandono del interés en desarrollar el Contrato.

Según lo observó el Tribunal, las prestaciones a cargo de C&C por su naturaleza requerían que hubiera un municipio concreto interesado al cual se le suministrara, instalara y operara la infraestructura respectiva, de lo cual en el expediente no obra prueba y mucho menos de la inacción o falta de interés en tal caso de C&C para hacerlo.

De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la Convocada al afirmar que C&C no demostró haber ejecutado la totalidad de actividades a su cargo, mucho menos cuando al no haber realizado GEN+ la promoción de los proyectos, no se vislumbra contractualmente factible reprochar a C&C el no haber suministrado, instalado y operado la infraestructura asociada, lo cual además solo era posible realizarlo cuando hubiera un municipio concreto interesado en ello, e implicaba un desarrollo o negocio específico y ulterior del Contrato de Colaboración.

En contra de la alegación del mutuo disenso adicionalmente resulta dicente la conducta de C&C de haber reclamado que GEN+ honrara los compromisos adquiridos en el Contrato de Colaboración, en misiva de fecha 30 agosto de 2021, dirigida al IDEA, empresa controlante de aquella, con lo cual mostró su disposición al cumplimiento del Contrato. Tan así es que cuando advirtió en una noticia de prensa una posible violación al Contrato, reaccionó de manera opuesta a quien tiene desinterés en el mismo. Cabe

⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de agosto de 2021. SC3666-2021 Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01. MP. Álvaro García Restrepo. En esta sentencia también se hace referencia a la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 16 de julio de 1985 en lo atinente a la figura del mutuo disenso tácito.

señalar que la demanda presentada por C&C constituye otra muestra de su intención clara de exigir lo contractualmente pactado.

Así, el reproche de abandono del interés de desarrollar el Contrato frente al caso de C&C no encuentra asidero en la conducta desplegada por ese extremo contractual.

6. Alegación de la propia culpa

El Tribunal no encuentra acreditada la excepción propuesta por la Convocada en tanto no se observa que esta hubiera indicado en forma alguna en qué consistió la culpa ni los niveles de gravedad de aquella por parte de C&C como tampoco de forma concreta cual obligación fue culposamente dejada de ejecutar por la Convocante.

A lo señalado se suman, en tanto resultan pertinentes, las consideraciones atrás expuestas sobre la naturaleza de las actividades a cargo de las partes y la forma en que debían ser ejecutadas.

En este orden de cosas, el Tribunal no declarará próspera la excepción propuesta.

7. Excepción perentoria definitiva material de falta de legitimación en la causa por activa

Respecto de lo indicado por la Convocada en sustento de esta excepción, el Tribunal observa que no encuentra expresión y menos acreditación de ninguna razón para que pueda configurarse falta de legitimidad de la Convocante para instaurar la demanda presentada en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Colaboración, tal como se analizó en el apartado IV. A. en el que se tratan los presupuestos procesales del presente proceso arbitral.

Constituye un error de la parte Convocada considerar que el incumplimiento a ella deprecado no se configura porque la contraparte no la hubiera requerido. En un contrato sinalagmático, cada parte tiene unas obligaciones que, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, debe disponerse a su cumplimiento sin que sea menester el requerimiento de la contraparte. En el presente caso, el Contrato de Colaboración empresarial era indicativo de que el desarrollo de las obligaciones a cargo de GEN+ era anterior o previo en el tiempo al desarrollo y cumplimiento de las actividades y obligaciones de C&C, según se destacó en el acápite IV. C. del laudo.

V. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 del Código General del Proceso, quien pretenda en su demanda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos y mejoras, debe realizar bajo juramento, en forma razonada y mediante la discriminación de cada uno de los conceptos reclamados, una estimación de los mismos.

El juramento estimatorio formulado con arreglo a la Ley según la norma antes citada, está llamado a convertirse en prueba del monto reclamado si el demandado, en el término de traslado respectivo no lo objeta. Esto implica que cuando el juramento estimatorio no es objetado o la objeción no satisface las exigencias legales (indicación de la inexactitud atribuida), en principio dicho juramento estimatorio se transforma en la prueba de la cuantía reclamada y queda el demandante exonerado de acreditar el quantum de sus perjuicios a través de otros medios de prueba.

En el presente caso, en la contestación de la demanda, la Convocada objetó de manera fundada el juramento estimatorio. Por esta razón, una vez objetado el juramento estimatorio por la parte Convocada, dentro del término y en la forma señalado en el estatuto procesal, ya no puede tenerse en cuenta como medio de prueba, tal como lo ha explicado el Tribunal precedentemente.

La Ley establece dos hipótesis en las cuales el juramento estimatorio genera la aplicación de sanciones pecuniarias en contra de la parte que lo ha formulado:

1. Cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada”*, caso en el cual *“se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”*, dicha sanción opera cuando la pretensión indemnizatoria que fue objeto de juramento estimatorio logra prosperidad, pero en una proporción que no alcanza al cincuenta por ciento (50%) de la suma estimada, es decir, cuando lo probado resulta inferior en dicho porcentaje a lo jurado.
2. Cuando *“se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*, caso en el cual la sanción *“equivale al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*, el cual opera cuando se nieguen las súplicas de la demanda y ello obedezca exclusivamente a la falta de demostración del perjuicio solicitado.

Es del caso resaltar que, ninguna de las sanciones contempladas opera automáticamente, sino que debe analizarse si quien formuló el juramento estimatorio obró con temeridad o mala fe, pues así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2013, en la que indicó que “[e]sta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano”. Esto implica, el análisis subjetivo de la conducta desplegada por la parte demandante.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, al momento de analizar la constitucionalidad de la sanción prevista en el párrafo de la disposición, expresó que:

“si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba”, no puede operar la sanción en comento, habida cuenta de que con ello se vulneraría “el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte”.

Esta posición fue recogida en la reforma legal introducida por la Ley 1743 de 2014, que modificó el referido párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso y agregó que “La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Realizadas las anteriores precisiones de orden conceptual, encuentra el Tribunal que en este caso no hay lugar a aplicar ninguna de las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso, a pesar de que no se proferirá condena económica en el laudo, debido a que no encuentra el Tribunal mala fe, temeridad, descuido ni negligencia en la conducta procesal desplegada por la parte al formular el juramento estimatorio en relación con los rubros reclamados en la demanda.

Por las razones expuestas, no se impondrán las sanciones establecidas en la norma referida.

VI. CONDUCTA DE LAS PARTES - COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 361 del Código General del Proceso: “Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”, y “serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente...”.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 365 ibídem, en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida.

Del texto de este numeral 1º, surge evidente el criterio objetivo que domina la directriz para imponer costas; basta que una de las partes sea vencida, sin que se requiera efectuar juicio de valoración acerca del comportamiento procesal de quien debe sufrir la condena.

La legislación civil no realizó una definición concreta acerca de las costas. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-539 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, realizó la siguiente precisión:

“...las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial etc.), y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, los cuales – vale la pena precisarlos – se decretan a favor de la parte y no de su representante judicial. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es el juez quien, de manera discrecional, fija la condena por este concepto con base en los criterios establecidos en el artículo 393-3 del Código de Procedimiento Civil ...”.

Valorado el resultado del litigio, no se aprecia que haya una parte vencida, teniendo en consideración que la pretensión primera prospera y que la pretensión segunda no.

Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, estima el Tribunal que no corresponde imponer condena en costas en contra de ninguna de las partes.

VII. DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre CANALES Y CONTACTOS S.A.S., y EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P. administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y en desarrollo de la habilitación expresamente otorgada por las partes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Acceder a la pretensión primera de la demanda formulada por CANALES Y CONTACTOS S.A.S. y en consecuencia decretar la terminación y resolución del Contrato de Colaboración Empresarial con Exclusividad, suscrito entre EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P. y CANALES Y CONTACTOS S.A.S. de fecha 18 de marzo de 2020, como consecuencia del incumplimiento del Contrato por parte de GEN+, representado en el desconocimiento del mismo y de la obligación de exclusividad.

SEGUNDO.- Denegar la pretensión segunda de la demanda formulada CANALES Y CONTACTOS S.A.S. y en consecuencia abstenerse condenar a EMPRESA DE GENERACIÓN Y PROMOCIÓN DE ENERGÍA DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. – GEN+ S.A. E.S.P. al pago de los perjuicios pretendidos.

TERCERO.- Respecto de las Excepciones propuestas estarse a lo consignado en el Laudo y, por consiguiente:

- a. Declarar parcialmente probada la Excepción denominada Inexistencia de incumplimiento y de la obligación de indemnizar.
- b. Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la Convocada.

CUARTO.- Respecto del Juramento Estimatorio, estar a lo consignado en el Laudo y, por consiguiente, abstenerse de la imposición de cualquier sanción a **CANALES Y CONTACTOS S.A.S.**

QUINTO.- No imponer condena en costas a ninguna de las Partes de conformidad con lo señalado en el Laudo.

SEXTO.- Decretar la causación y pago al Árbitro y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados a la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012.

SÉPTIMO.- Decretar el pago de la contribución especial arbitral de que trata el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016 que modificó los artículos 17 a 22 de la Ley 1743 de 2014, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados al Árbitro y al Secretario, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, al día siguiente a la

ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

OCTAVO.- Ordenar remitir copia del pago de la contribución especial arbitral al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

NOVENO.- Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte actora de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos de Funcionamiento del Tribunal”.

DÉCIMO.- Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, una vez se encuentre en firme esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las Partes y al Ministerio Público.

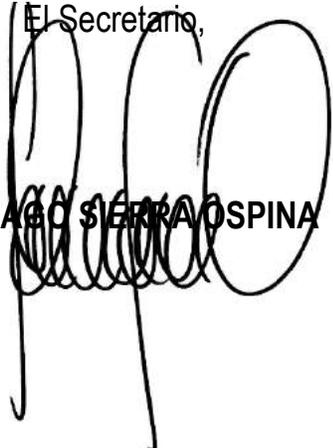
Notifíquese y Cúmplase,

El Árbitro,



JORGE EDUARDO CHEMÁS JARAMILLO

El Secretario,



SANTIAGO SIERRA OSPINA