

### **CLÁUSULA COMPROMISORIA – Renuncia a su aplicación**

[...] en este específico caso las partes renunciaron a dicha estipulación porque, de manera libre y voluntaria, decidieron acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de ventilar sus diferencias, lo cual no solo exteriorizó en forma expresa Electroguajira SA ESP en Liquidación cuando presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico sino también Electricaribe SA ESP, quien formuló, en el mismo proceso y ante la misma corporación, una demanda de reconvención sin acudir al mecanismo de solución de conflictos contractualmente previsto; adicionalmente, se tiene en cuenta que, una vez conoció de la demanda principal, la segunda de las referidas empresas recurrió en reposición el auto admisorio, pero, no objetó la jurisdicción ni solicitó dar aplicación a la cláusula compromisoria; luego solicitó la nulidad del proceso por causa distinta y, finalmente, contestó la demanda sin excepcionar la supuesta falta de jurisdicción.

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Solemnidad en contrato estatal – No aplica a contratos celebrados bajo régimen privado de contratación – Renuncia tácita a aplicación cláusula compromisoria**

La decisión jurisdiccional cuya aplicación se pretende y la regla de unificación allí creada no reguló un caso análogo al que ahora se decide; la ratio decidendi de la sentencia de 18 de abril de 2013 -que se pronunció en relación con un conflicto entre un particular y una entidad territorial (Departamento del Casanare) esto es, sobre un contrato regido por la Ley 80 de 1993- consistió en estimar que la solemnidad del escrito que se aplicó a la celebración del correspondiente contrato por virtud de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 del Estatuto General de Contratación Pública, también regía para la modificación de la estipulación arbitral contenida en este.

Sin embargo, dichas solemnidades no son aplicables al contrato objeto del litigio, suscrito en vigencia de la Ley 142 de 1994 que asigna un régimen privado a los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, esto es, las excluye de la aplicación de la Ley 80 de 1993, razón suficiente para estimar que el escrito no constituye requisito de existencia y/o validez del negocio jurídico; por ende, el acuerdo de voluntades tácito en relación con la renuncia a la cláusula compromisoria es perfectamente admisible y válido, por tratarse de un contrato simplemente consensual y no sujeto a la solemnidad de ser elevado a documento escrito, por lo cual, cualquier modificación bien podía hacerse en forma expresa o tácita.

### **COMPETENCIA – Jurisdicción - Objeto de la controversia – Tiempo de la demanda**

El principio de la jurisdicción perpetua también impide acoger el cargo de apelación que se analiza; de acuerdo con este, "tanto la jurisdicción como la competencia se determinan de conformidad con la situación de hecho y las normas aplicables al tiempo de la demanda, de forma tal que su alteración resulta improcedente, salvo disposición legal que de manera expresa diga lo contrario", por lo cual, una vez definida al momento de admitir las demandas de las partes, esta adquirió la característica de ser inmutable, de modo que no podía variar con ocasión de la posterior sentencia de unificación cuya aplicación se pretende.

### **JURISDICCIÓN -Justicia arbitral - Cláusula compromisoria - Falta de jurisdicción - Contrato estatal - Sentencia de unificación**

En algunos eventos en los cuales se aplicó la sentencia de unificación del año 2013 para efectos de remitir asuntos pendientes de decisión a la justicia arbitral, luego de admitidos y tramitados sin alegación respecto de la existencia de cláusula compromisoria, las decisiones correspondientes de esta jurisdicción fueron dejadas sin efectos en sede de procesos de acción de tutela con la siguiente argumentación: "La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecuentemente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular.

La garantía que el principio perpetuatio jurisdictionis protege en el sub iudice recae en el respeto de la certeza que se tenía sobre la jurisdicción a la que correspondía resolver el conflicto derivado del contrato estatal, ante una determinada eventualidad concretada en la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, pues esta se sustentaba en un precedente jurisprudencial imperante al momento de presentación de la demanda. Sin bien es cierto la nueva tesis de la Sección Tercera plantea también una subregla jurídica en materia de jurisdicción, también lo es que esta no tiene la entidad suficiente para modificar, como lo haría el contenido de una ley, el alcance de lo que constituye 'jurisdicción', luego no puede afectar aquello que el referido principio pretende proteger. Significa lo anterior, que el abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de "cláusula compromisoria", puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita. La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aún, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han pasado cerca de

diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela.”.

### **OPORTUNIDAD DE LA ACCION- Caducidad de la acción - Artículo 136 numeral 10 literal b) del CCA**

El artículo 136 numeral 10 del CCA es la norma aplicable a la contabilización de la caducidad de la acción, por ser la disposición normativa vigente al momento del inicio del cómputo correspondiente, la cual está redactada en los siguientes términos: “En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa (...).”.

[...] en este preciso asunto opera la regla del literal b) antes transcrito, por corresponder a un contrato que, por razón de su régimen privado y no haberse pactado, no requiere liquidación ni fue de ejecución instantánea sino sucesiva. En efecto, la regla de caducidad que se aplica está encaminada a que en contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, el plazo para accionar solo inicie cuando han terminado, momento en el que es posible llevar al conocimiento del juez la controversia en forma integral y no en forma parcial, lo que ocurriría de ser necesario demandar cuando surge cada desavenencia en la ejecución contractual; por lo tanto, para resolver sobre la caducidad, lo cual debe realizarse aún en forma oficiosa, se impone analizar la época de terminación del contrato.

### **FACULTADES – Facultades unilaterales – Negocio jurídico - Autonomía de la voluntad**

[...] las concesiones de facultades unilaterales de una parte del negocio en favor de la otra son, en principio, válidas y encuentran sustento en la autonomía de la voluntad, siempre que no contravengan el orden público; no obstante, su ejercicio está sujeto al integral respeto de las condiciones y restricciones en las cuales se otorgan y, su desconocimiento se enmarca en un típico incumplimiento contractual.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dieciocho (18) de julio de dos mil veinticinco (2025)

**Magistrado ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 03001-23-33-006-2004-02925-01 (66.003)  
**Actor:** ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA SA ESP EN LIQUIDACIÓN (ELECTROGUAJIRA)  
**Demandado:** ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA ESP (ELECTRICARIBE)  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Asunto:** INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – RENUNCIA TÁCITA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA – CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD

*Síntesis del caso: las ESP que fungen como extremos de la controversia suscribieron un contrato de transferencia de activos en el año 1998; ambas partes (mediante demanda principal y de reconversión) demandan el incumplimiento de su contraparte y la consecuencial indemnización de perjuicios. La sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal en contra de Electricaribe SA ESP, empresa que actúa como apelante única.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Electrificadora del Caribe SA ESP (Electricaribe) en contra de la sentencia de 19 de septiembre de 2019 (adicionada el 18 de noviembre del mismo año), por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda de reconversión y resolvió lo siguiente en relación con la demanda principal:

**“PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de “inexistencia del demandante”, “ausencia de legitimación sustantiva - carencia de fundamento legal y contractual de las pretensiones”, “caducidad”, “falta de integración del litisconsorte necesario por no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, y “pleito pendiente entre las mismas partes y sobre los mismos hechos”, propuesta por la demandada Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. Electricaribe S.A. E.S.P, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte

motiva de ésta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que la *Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. Electricaribe S.A. E.S.P*, **INCUMPLIÓ** el Contrato de Transferencia de Activos C.T.A del cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998) suscrito con la *Electrificadora de La Guajira! S.A. E.S.P - Electroguajira S.A. E.S.P*, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** que la *Electrificadora de La Guajira S.A. E.S.P Electroguajira S.A. E.S.P* **NO ADEUDA** a la accionada *Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. - Electricaribe S.A. E.S.P*, prestación económica alguna por concepto del Contrato de Transferencia de Activos - C.T.A del cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), y accesorios de sustitución patronal y cesión de contratos de la misma fecha.

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores disposiciones, se **CONDENA** a la *Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. - Electricaribe S.A. E.S.P* a **RESTITUIR** a la *Electrificadora de La Guajira S.A. E.S.P - Electroguajira S.A. E.S.P* en Liquidación o a quien represente sus derechos, la suma de **doce mil novecientos cuarenta y nueve millones quinientos cuarenta y ocho mil trescientos treinta y tres pesos (\$12.949.548.337)**, más la respectiva liquidación de los **intereses remuneratorios**, por concepto del incumplimiento en el pago del 'pasivo a favor de **ELECTROGUAJIRA**' que conforma una parte del precio acordado en la Cláusula 3.2 del Contrato de Transferencia de Activos.

**QUINTO: CONDENAR EN ABSTRACTO** a la *Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. - Electricaribe S.A. E.S.P* a **RESTITUIR** a la *Electrificadora de La Guajira S.A. E.S.P - Electroguajira S.A. E.S.P* en Liquidación o a quien represente sus derechos, los **INTERESES REMUNERATORIOS** del 'pasivo a favor de **ELECTROGUAJIRA**', de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Para tal efecto, la parte actora deberá solicitar la apertura de incidente de liquidación de condena, teniendo como parámetros los siguientes: i) Un capital de dos mil doscientos noventa millones novecientos sesenta y ocho mil setecientos ochenta y siete pesos (\$2.290.968.787); ii) Con un interés remuneratorio a una tasa efectiva anual del DTP adicionada en tres por ciento (3%) que se capitalizarán por mensualidades vencidas; iii) Teniendo como fecha de inicio el dieciséis (16) de agosto del dos mil uno (2001) y fecha de finalización el momento en que quede ejecutoriada la presente providencia. La parte interesada deberá acreditar y soportar las sumas pretendidas en relación con los intereses remuneratorios del 'pasivo a favor de **ELECTROGUAJIRA**'.

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO:** Sin condena en costas.

**OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente con las anotaciones de rigor." (fl. 138, cdno ppal, índice 11 SAMAI – mayúsculas fijas y negrillas originales).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 2004 (fl. 64 cdno. 1<sup>1</sup>), la empresa Electrificadora de la Guajira SA ESP en Liquidación (Electroguajira) promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la sociedad Electrificadora del Caribe SA ESP (Electricaribe)<sup>2</sup>, con el fin de obtener las siguientes súplicas:

#### *“Pretensiones Principales Declarativas*

*Primera. Que se declare que Electricaribe realizó descuentos del Pasivo a Favor de Electroguajira sin cumplir con las disposiciones pertinentes contenidas en el contrato de transferencia de activos, el acuerdo de cesión de contratos y el convenio de sustitución patronal.*

*Segunda. Que se declare que Electricaribe incumplió su obligación de pagar el Pasivo a Favor de Electroguajira y que en consecuencia debe a mí representada la suma que resulte probada en el presente proceso por dicho concepto.*

*Tercera. Que se declare que Electricaribe incumplió la cláusula 8 del Convenio de Sustitución Patronal, y que en consecuencia realizó un descuento indebido del Pasivo a Favor por concepto del Mayor Valor.*

*Cuarta. Que se declare que Electroguajira no es deudora de Electricaribe por concepto del Mayor Valor.*

*Quinta. Que se declare que Electricaribe es deudora de Electroguajira por concepto del Mayor Valor.*

*Pretensiones Subsidiaria a las Pretensiones Declarativas 1 y 2 Principales Primera. Que se declare que Electricaribe incumplió el Contrato de Transferencia de Activos y el Convenio de Sustitución Patronal suscritos con Electroguajira.*

#### *Pretensiones de Condena.*

*Primera. Que se condene a Electricaribe a pagar a Electroguajira o quien haga sus veces, la suma de Tres Mil Ochocientos Un Millones Ochocientos Cincuenta y Dos Mil Veintiocho pesos (\$3.801.852.028,00) o la suma que resulte probada dentro del proceso, la cual debe ser*

---

<sup>1</sup> El expediente fue digitalizado y está incorporado en el índice 11 SAMAI.

<sup>2</sup> Se precisa que en los documentos del contrato objeto de la litis las partes convinieron hacer referencia a la Electrificadora del Caribe SA ESP como “Electrocaribe”, razón por la cual en algunos apartes de evidencias que se citarán se hace referencia a este último nombre, aunque la sigla registrada en el certificado de existencia y representación legal corresponde a “Electricaribe”.

Expediente: 03001-23-33-006-2004-02925-01 (66.003)  
Demandante principal: *Electrificadora de la Guajira SA ESP - Electroguajira SA*  
Controversias contractuales

*cancelada con sus correspondientes intereses en la medida en que se resuelvan los litigios para los cuales se hayan efectuado provisiones.*

*Segunda. Que como consecuencia de la declaración solicitada en la quinta pretensión, se condene a Electricaribe a pagar a Electroguajira o quien haga sus veces, la suma de Cuatrocientos Trece Millones Ochocientos Ochenta y Nueve Mil Ciento Diez pesos (\$413.889.110.00), con sus correspondientes intereses corrientes y/o moratorios, por concepto de la diferencia entre el primer cálculo actuarial efectuado en diciembre de 1997 e incluido en el Convenio de Sustitución Patronal y el cálculo actuarial realizado en diciembre de 2001 por la firma Estuplan Ltda.*

*Tercera. Que se condene a la demandada a pagar las costas del proceso. (fls. 2-3 cdno. 1).*

## **2. Fundamento fáctico**

La demanda se sustentó, en síntesis, en lo siguiente:

1) El Gobierno Nacional dispuso un plan de salvamento económico con el fin de permitir el saneamiento financiero e incorporación de capital privado a las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica en la costa atlántica, según las estrategias contenidas en los documentos Conpes 2923 de abril de 1997 y 3013 de julio de 1998; la Nación destinó recursos en favor de dichas empresas a cambio de participación accionaria estatal y dispuso la creación de unas nuevas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica a quienes se les transferirían los activos de las ya existentes.

2) El 6 de julio de 1998, mediante la escritura pública número 2274 se constituyó Electricaribe SA ESP; por su parte, a través de la escritura pública número 2637 de 4 de agosto del mismo año contentiva del contrato objeto de la controversia, Electroguajira SA ESP en Liquidación le transfirió a Electricaribe SA ESP los activos que le pertenecían, así como también sus pasivos comerciales y laborales; las obligaciones del contrato de transferencia quedaron sujetas a una condición suspensiva consistente en la presentación, al menos, de una propuesta para suscribir acciones por un monto determinado, (hito contractual que las partes acordaron denominar '*fecha efectiva*'); todos los referidos instrumentos fueron otorgados en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá. La "*fecha efectiva*" del contrato sería el primer día de la quincena de pago en la cual ocurriera la condición suspensiva, momento a partir del cual Electricaribe SA ESP asumiría la operación

y comercialización del servicio de energía en el Departamento de La Guajira y los pasivos de la empresa en Liquidación. La condición se cumplió el 15 de agosto de 1998.

3) En virtud del contrato de transferencia de activos (CTA), Electricaribe SA ESP debía pagar a Electroguajira SA ESP en Liquidación el precio de los activos transferidos por la suma de \$46.004.251.706, sin embargo, de esta suma descontaría el valor de los *'pasivos asumidos'* (las deudas de esta última empresa de las cuales se haría cargo la primera); el excedente a pagar sería de \$3.000.000.000 y se denominó *"pasivo a favor de Electroguajira"*; esta última suma también estaba sujeta a descuentos por parte del cesionario respecto de específicos y taxativos aspectos regulados en el contrato consistentes en (i) las obligaciones laborales pagadas por cuenta de Electroguajira SA ESP en Liquidación, (ii) los gastos relacionados con el contrato de transferencia de activos y las cesiones contractuales requeridas para su ejecución, (iii) las multas ambientales impuestas a Electroguajira SA ESP en Liquidación, (iv) el pago de reclamaciones judiciales y extrajudiciales efectuadas por los contratantes cedidos imputables a Electroguajira SA ESP en Liquidación, (v) el 80% del valor que Electricaribe debía pagar por concepto del derecho real de servidumbre en determinadas condiciones contractualmente pactadas y, (vi) la diferencia entre el valor asignado a los pasivos en su estimación financiera y el valor real de estos.

4) El plazo acordado por las partes para efectuar los mencionados descuentos fue de tres (3) años contados *"a partir de la fecha efectiva"*, vencidos los cuales Electricaribe SA ESP debía pagar el saldo en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación; mientras existiera saldo por concepto del pasivo asumido, la cesionaria debía informar mensualmente a la cedente (dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes) el estado de cuenta de los pasivos con sus respectivos soportes, con la información del periodo mensual inmediatamente anterior; el incumplimiento de esta obligación tenía como consecuencia la pérdida del derecho a reclamar los pagos del mes correspondiente; de igual manera, debía informar el agotamiento del *"pasivo a favor"* una vez ocurrido.

5) Electricaribe SA ESP incumplió el contrato porque desconoció las estipulaciones contractuales aplicables a los descuentos que podía realizar, lo

cual generó que, en lugar de existir pasivo en favor de Electroguajira SA ESP En Liquidación, esta resultó ser deudora, supuestamente y sin sustento contractual válido, de la suma de \$1.258.860.955 en favor de Electricaribe SA ESP; adicionalmente, la demandada principal efectuó provisiones sobre contingencias litigiosas por valor de \$9.667.200.000.

6) Electricaribe SA ESP desconoció las reglas del contrato en relación con los descuentos, conducta constitutiva de incumplimiento contractual, por lo siguiente:

a) Descuentos efectuados sin informar a Electroguajira SA ESP en Liquidación dentro de los cinco (5) días hábiles del mes siguiente, cuya consecuencia contractual era la pérdida del derecho a reclamar los pagos correspondientes:

i) Los descuentos realizados en agosto de 1998, consistentes en pago de gastos notariales (\$285.664.977), pago de nómina de pensionados (\$13.952.411) y pago de parafiscales (\$10.512.039) solo le fueron informados a Electroguajira SA ESP en Liquidación en octubre del mismo año, no fueron comunicados por correo certificado, sino que, simplemente se enviaron unas copias a Electroguajira SA ESP en Liquidación, sin los soportes correspondientes, por lo cual los rechazó mediante comunicación número 007 de 4 de diciembre de 1998. Pese a que según lo pactado en el contrato Electricaribe SA ESP perdió el derecho a realizar el descuento por el hecho de informarlo tardíamente, en forma arbitraria descontó \$310.129.427 del pasivo en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación.

ii) En el reporte de octubre de 1998, Electricaribe SA ESP incluyó un descuento por valor de \$2.290.968.787 correspondiente al pago de prestaciones sociales consolidadas a 15 de agosto de 1998, pero, no acreditó el pago efectivo de dichas sumas, por lo cual Electroguajira SA ESP en Liquidación glosó el reporte debido a que el pago solo se efectuó en diciembre de 1998 y no a todo el personal sino, únicamente, a quienes se acogieron al plan de retiro voluntario de la empresa, lo cual también fue informado extemporáneamente a Electroguajira SA ESP. En esas condiciones, Electricaribe SA ESP no podía descontar unilateralmente estos valores porque fueron discutidos por Electroguajira SA ESP en Liquidación.

iii) En el reporte del mes de marzo de 1999 Electricaribe descontó, en forma abusiva, la suma de \$4.830.000 por concepto de una beca otorgada al señor Rafael María David, concepto que no era descontable según lo expresamente previsto en el contrato; tampoco se aportó constancia del efectivo desembolso del dinero.

iv) El 8 de enero de 2003, Electricaribe SA ESP remitió el estado de cuenta de diciembre de 2002 en el cual indicó que, debido a un nuevo cálculo actuarial del valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones de los trabajadores de la empresa, existía un mayor valor a cargo de Electroguajira SA ESP en Liquidación equivalente a \$2.003.597.814 y realizó un descuento por \$295.923.814 por concepto de actualización del pasivo laboral causada con posterioridad al 16 de abril de 1998.

b) Descuento derivado del mayor valor del pasivo pensional

i) En los términos del contrato de transferencia, una vez Electroguajira SA ESP en Liquidación remitiera la información sobre las cotizaciones realizadas al sistema de seguridad social integral en favor de sus trabajadores, Electricaribe debía realizar un nuevo cálculo actuarial con el fin de establecer la reserva necesaria para garantizar el pasivo pensional, el cual debía sustentarse en los conceptos incluidos en el anexo 3 del contrato y, en lo posible, ser realizado por la misma persona que elaboró dicho anexo; en este solo podían tenerse en cuenta las cotizaciones efectivamente certificadas por el ISS y las acreditadas por Electroguajira SA ESP en Liquidación. El plazo para cumplir la obligación era el 14 de diciembre de 2001 (según documento modificadorio en el cual se acordó esta fecha) y en caso de no ponerse de acuerdo en el valor antes del 14 de enero de 2002, el punto sería resuelto por un tribunal arbitral.

ii) Electroguajira SA ESP en Liquidación objetó el cálculo actuarial presentado por Electricaribe por el hecho de incluir factores de cálculo que el convenio no permitía; el desacuerdo se mantuvo, pese a lo cual esta última fijó en forma unilateral, el *mayor valor* en la suma de \$2.003.597.814 y remitió a la primera una cuenta de cobro por el valor del saldo \$1.258.860.957 por agotamiento del *pasivo a favor*. El 10 de febrero de 2003, Electricaribe SA ESP corrigió la cuenta de cobro

y precisó que el *mayor valor* del cálculo actuarial era de \$1.420.461.198 y, por ende, que lo supuestamente adeudado por Electroguajira se reducía a \$675.724.341 (comunicación 076).

iii) Esta actuación constituyó incumplimiento del contrato porque, aunque Electricaribe podía efectuar un nuevo cálculo actuarial, no podía ni debía modificar las bases, la información entregada, la metodología ni el personal. El mecanismo contractual dispuesto para zanjar las diferencias respecto del valor del pasivo era el arbitraje y, por ende, ante la ausencia de acuerdo, debía acudir al juez debido a que Electroguajira SA ESP en Liquidación impugnó la cuenta.

c) Descuento del mayor valor de los intereses:

La suma de \$296.923.814 correspondiente al descuento por intereses derivados del registro del pasivo laboral no era procedente, esto es, la demandada dedujo los intereses que pagó sobre los \$2.290.968.787 descontados en octubre de 1998, por lo tanto, no podían descontarse arbitrariamente los intereses derivados de dichas sumas, toda vez que *“al no poderse hacer dicha deducción, mucho menos podía Electricaribe alegar que había pagado unos intereses que no le correspondían”* (fl. 38 T1).

d) Pérdida del derecho a reclamar por no informar el agotamiento del pasivo:

Electricaribe estaba obligada a informar a Electroguajira SA ESP en Liquidación el agotamiento del pasivo en favor dentro de los cinco (5) días siguientes a su ocurrencia y no hacerlo implicaba la pérdida del derecho a reclamar los pagos del último mes, según la cláusula 3.7 del contrato; en este caso, el pasivo se agotó el 1 de diciembre de 2002, sin embargo, ese hecho solo fue informado el 8 de enero de 2003, esto es, por fuera del término contractualmente previsto, lo cual tuvo por consecuencia la pérdida del derecho a reclamar el descuento.

#### **4. Contestación de la demanda**

1) En la oportunidad legal, Electricaribe SA ESP se opuso a las súplicas de la demanda (fls. 1 – 66 T6 índice 2 SAMAI) por estimar que el contrato de

transferencia de activos la habilitó para realizar descuentos de la suma denominada “*pasivo a favor*” de la cedente, cuyo pago final estaba sometido a la previa deducción del pasivo laboral y pensional y a la inexistencia de contingencias que debiera asumir Electricaribe, las que en caso de presentarse la habilitaban para retener dicho saldo. El pago del “*pasivo a favor*” de Electroguajira SA ESP en Liquidación estaba supeditado a la existencia de saldo, tres (3) años después de liquidadas las sumas que Electricaribe tenía derecho a deducir en los términos de la cláusula 3.6 del contrato, lo cual no requería aprobación de la contraparte.

2) Por otra parte, el contrato facultaba a Electricaribe para realizar un nuevo cálculo actuarial y, una vez determinadas las cotizaciones efectivamente realizadas, establecer el mayor valor del pasivo pensional correspondiente.

3) En cuanto a la información del agotamiento del pasivo a favor estimó que no era posible realizarla mientras no estuviera en firme el estado de cuenta del mes en el cual se realizaron los descuentos correspondientes y, por consiguiente, Electroguajira SA ESP en Liquidación fue enterado de dicha circunstancia en el plazo contractualmente previsto.

4) La suma que Electricaribe dedujo en diciembre de 2002 al contratista corresponde al valor del pasivo pensional causado entre el 1 de enero y el 15 de agosto de 1998 por razones imputables a Electroguajira SA ESP en Liquidación, lo cual calculó con bases idénticas a las previstas en el anexo 3; para el efecto contrató a la firma Watson Wyatt Colombia SA y el informe fue elaborado por el señor Jorge Enrique Uribe, empleado de la empresa quien elaboró el mencionado anexo.

5) Aunque el “*pasivo a favor*” correspondía inicialmente a \$3.000.000.000, Electricaribe realizó los descuentos acordados, como resultado de lo cual Electroguajira SA ESP en Liquidación salió a deberle \$675.724.341.

6) Formuló las siguientes excepciones (i) *caducidad de la acción* toda vez que, entre las fecha de los supuestos descuentos indebidos que sirven de sustento de hecho de las pretensiones y la de presentación de la demanda transcurrieron más

de dos (2) años; además, la fecha prevista para el pago del “*pasivo a favor*” de Electroguajira SA ESP en Liquidación fue el 14 de diciembre de 2001, fecha máxima a partir de la cual debe contabilizarse el plazo extintivo para demandar; (ii) *falta de integración del litisconsorcio necesario*, debido a que el debate judicial requiere la presencia de las ocho (8) antiguas electrificadoras de la Costa Atlántica; (iii) *pleito pendiente*, consistente en las demandas presentadas por Electricaribe y Electrocosta en contra de las antiguas empresas.

## 5. Demanda de reconversión

1) El 3 de junio de 2006 (fl. 3 cdno. T5), Electricaribe SA ESP promovió demanda de reconversión con el fin de obtener que se declare el incumplimiento de Electroguajira SA ESP en Liquidación, que los descuentos realizados tuvieron sustento contractual y que se condene a esta última en los siguientes términos:

### *“1. Pretensiones Declarativas:*

*1.1 Que se declare que Electroguajira incumplió sus obligaciones derivadas del Contrato de Transferencia de Activos y del Convenio de Sustitución patronal suscritos con Electricaribe.*

*1.2 Que se declare que Electricaribe ha cumplido todas sus obligaciones para con Electroguajira, derivadas 'piel Contrato de Transferencia de Activos y del Convenio de Sustitución Patronal suscritos entre las partes el 4 de agosto de 1998, y en consecuencia, que no existe obligación de pagar suma de dinero alguna que sea actualmente exigible a cargo de Electricaribe y a favor de Electroguajira.*

*1.3 Que se declare que las deducciones o descuentos realizados por Electricaribe contra el saldo de Electroguajira del denominado ‘pasivo a favor’, determinado en el contrato de transferencia de activos celebrado el 4 de agosto de 1998 entre las partes, por concepto de los cargos o pagos que por cuenta de esta ha realizado aquella, fueron válida y correctamente efectuadas y que Electroguajira está obligada a pagar a Electricaribe, las sumas que esta ha cargado o pagado por cuenta de aquella en exceso del monto establecido en el contrato de transferencia de activos como ‘pasivo a favor’.*

*1.4 Que se declare que Electricaribe está facultada para retener del saldo del pasivo a favor de Electroguajira (si hipotéticamente existiere algún saldo) las sumas necesarias para atender, por cuenta de Electroguajira, el pago de los litigios pendientes y de las reclamaciones que de conformidad con los términos del contrato de transferencia de activos se puedan descontar del pasivo a favor, o, para repetir contra Electroguajira para obtener el reembolso de los recursos pagados en exceso de dicho monto.*

### *2. Pretensiones de condena*

*2.1 Que se condene a Electroguajira a pagar a Electricaribe las sumas que resulten demostradas en el proceso a favor de esta por concepto de obligaciones que de los mencionados contratos de transferencia de activos, de sustitución patronal surgen a cargo de aquella y de la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de los mismos por parte de Electricaribe, por los conceptos y en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

*2.2. Que sobre los montos de las condenas anteriores, se obligue a Electroguajira a pagar a Electricaribe la corrección monetaria y los intereses moratorios, de acuerdo con la ley.*

*2.3. Que, de oponerse a las pretensiones de la demanda de reconvención, se condene a Electroguajira a pagar, en favor de Electricaribe, las costas y expensas – incluidas las agencias en derecho-.” (fls. 3-4 cdno. T5).*

2) Como sustento fáctico de la demanda expuso que Electricaribe SA ESP estaba contractualmente facultada para descontar del pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación determinados conceptos y que se ciñó a los términos del contrato.

3) La transferencia de activos entre las empresas implicó la suscripción de convenio de sustitución patronal (CSP) en el cual se acordó la forma en que se realizarían los descuentos por dicho concepto; el contrato tenía anexo un cálculo actuarial a 31 de diciembre de 1997 de las obligaciones pensionales de Electroguajira SA ESP en Liquidación, pero, estaba sujeto a revisión y posterior determinación del mayor valor por ser descontado a la cedente.

4) El contrato de transferencia de activos implicó la enajenación por parte de Electroguajira SA ESP en Liquidación en favor de Electricaribe SA ESP de los bienes estipulados en la cláusula 3.1 del contrato a cambio de un precio previsto en la cláusula 3.2; para pagar esos dineros, la segunda asumió ciertos pasivos, que incluían algunas obligaciones de carácter laboral, luego de lo cual quedó un pasivo o remanente en favor de la primera por \$3.000.000.000, del cual podían pagarse y descontarse determinadas obligaciones a su cargo; transcurridos tres (3) años desde la “*fecha efectiva*” se le entregaría a la cedente el saldo del “pasivo a favor”. En ejecución de esa delegación de pago, la cesionaria pagó, por cuenta de la cedente, determinadas obligaciones en exceso del valor del pasivo a favor, por lo cual no quedó ningún valor a entregarle y, por el contrario, el cruce de

cuentas resultó en favor de la demandante en reconvención, por lo cual pretende el pago de la diferencia según lo que pruebe en el proceso.

3) La demanda de reconvención fue admitida mediante auto de 1 de diciembre de 2010 (fl. 535 T5, índice 2 SAMAI).

## **5. La sentencia apelada**

El 19 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las súplicas de la demanda principal en la forma antes trascrita, decisión que sustentó de la siguiente manera:

1) La demanda principal fue oportuna porque *“la fecha en que se presentó el último reporte fue el 10 de febrero de 2003, de tal manera que al computar los dos años que señala el numeral 10 del artículo 136 del CCA, se tiene que Electroguajira SA ESP En Liquidación tenía hasta el 10 de febrero de 2005 para presentar la demanda; así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 8 de noviembre de 2004, refulge con claridad que la demanda se presentó en término”* (fl. 57 sentencia de primera instancia, cuaderno CE).

2) El régimen jurídico del contrato objeto de la litis es el derecho privado en aplicación de los artículos 31 de la Ley 142 de 1993 y 76 de la Ley 143 de 1994.

3) Electricaribe SA ESP incumplió el contrato de transferencia de activos (CTA) porque realizó descuentos del pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación que no fueron soportados o no eran imputables a esta última por concepto de retención en la fuente, beca de un empleado, intereses de créditos, descuentos de pasivo pensional no soportados y el valor de una supuesta provisión por la suma de \$10.261.200.000, carentes de soporte y mediante operaciones aritméticas que no concuerdan; descuentos que se mantuvieron pese a que fueron objetados por la demandante principal.

4) Luego de la anterior actuación, Electricaribe SA ESP concluyó, sin sustento válido, que el *“saldo a favor”* de Electroguajira SA ESP en Liquidación se agotó; sin embargo, no probó que hubiera realizado estos descuentos según las taxativas

reglas previstas en el clausulado del contrato; particularmente, la suma de \$2.290.968.787 por prestaciones sociales fue deducida sin que se hubiera acreditado la realización efectiva del pago a los acreedores, requisito previsto en el contrato. En ese contexto, la demandada principal obró en forma discrecional al momento de realizar los descuentos, sin atender las reglas contractualmente previstas para su aplicación, por lo cual incumplió el contrato; además, las glosas presentadas por Electroguajira SA ESP en Liquidación fueron resueltas sin sustento y en forma evasiva, no le entregó los certificados de ingresos y retenciones requeridos ni probó haber informado a la DIAN sobre las retenciones en la fuente realizadas. Los descuentos del “*pasivo a favor*” solo procedían dentro del plazo previsto, esto es, en los tres (3) años posteriores a la fecha efectiva, disposición contractual que también desconoció la demandada principal.

5) A título de restablecimiento del derecho ordenó pagar en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación el pasivo a favor vigente para el 15 de agosto de 1998 que ascendía a la suma de \$2.290.968.787, suma sobre la cual ordenó reconocer intereses moratorios en el equivalente a 1.5 veces el interés bancario corriente, toda vez que no se pactó una tasa distinta en el CTA, los cuales calculó en la suma de \$10.658.579.550. Adicionalmente, condenó en abstracto por el valor de los intereses remuneratorios (DTF + 3.5%) sobre las sumas debidas, los cuales dispuso determinar mediante un trámite incidental.

6) Finalmente, se abstuvo de condenar en costas por ausencia de conductas temerarias o dilatorias atribuibles a las partes y denegó las demás súplicas de la demanda principal.

## **6. La adición de la sentencia**

En el término de ejecutoria de la decisión apelada, Electricaribe SA ESP solicitó adición de la sentencia porque en esta se omitió resolver las pretensiones de la demanda de reconvención (fl. 140 cdno CE); el 18 de noviembre de 2019 el tribunal de primera instancia profirió la sentencia complementaria (fls. 143 y ss cdno. CE) en el sentido de adicionar el ordinal noveno de la sentencia “*NOVENO. NEGAR las pretensiones relacionadas con la demanda de reconvención*”; para

ello estimó que la argumentación de la sentencia resolvió los aspectos de dicha demanda y solo restaba incluir la decisión expresa en el acápite resolutivo.

## **7. El recurso de apelación**

El 13 de enero de 2020, la Electrificadora del Caribe - Electricaribe SA ESP apeló la sentencia de primera instancia (fls. 154 y ss cdno. CE) con sustento en la argumentación que se resume a continuación:

1) La jurisdicción de lo contencioso administrativo no podía conocer del asunto porque en el CTA se pactó una cláusula compromisoria (10.2 del contrato) y el convenio de sustitución patronal también dispone que los conflictos derivados de pasivo a favor serían dirimidos mediante arbitraje. Aunque entre las partes se promovió un arbitraje convocado por Electricaribe el cual resultó fallido por el no pago de los gastos del tribunal, lo cual dio lugar a la providencia de 13 de diciembre de 2003; dicho asunto no versó sobre las precisas reclamaciones de Electroguajira SA ESP en Liquidación, por lo cual no puede considerarse que se extinguieron los efectos de la cláusula compromisoria para todo tipo de asuntos. El Consejo de Estado en sentencia de 12 de agosto de 2013 unificó la jurisprudencia en el sentido de entender que la renuncia a la cláusula compromisoria debe ser expresa y que el juez debe declarar la falta de jurisdicción siempre que la encuentra probada, lo cual procede en el presente caso, por ende, consideró que se configura la causal de nulidad procesal de falta de jurisdicción.

2) Operó la caducidad de la acción porque transcurrieron más de dos (2) años entre los motivos de hecho y de derecho que dieron lugar a la demanda y la época en que fue efectivamente presentada, además, la fecha límite para el pago del saldo en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación fue el 16 de agosto de 2001, de modo que la caducidad se contabilizaba, a más tardar, a partir del día siguiente. No es de recibo la fecha del “último reporte” tomada por el juez de primera instancia porque la demanda no tiene relación con este.

3) Respecto del fondo del asunto, estimó que la sentencia fue *extra petita*, porque se pronunció sobre la totalidad de descuentos realizados por Electricaribe SA ESP

desde el inicio de la ejecución contractual y no se limitó, como correspondía, a los expresamente cuestionados en la demanda.

4) El tribunal desconoció las comunicaciones entre las partes relacionadas con la procedencia de los descuentos del pasivo pensional realizadas en noviembre de 2002 y, particularmente, dejó de valorar el oficio de 13 de diciembre de 2000 y la conducta de Electroguajira SA ESP en Liquidación, quien manifestó su conformidad con el saldo en favor y, luego, procedió a demandar, lo cual riñe con la buena fe.

5) En la sentencia de primera instancia se pasaron por alto las pruebas que acreditan que Electricaribe SA ESP informó a Electroguajira SA ESP en Liquidación los descuentos aplicados.

6) Electricaribe SA ESP no efectuó ningún descuento del *saldo a favor* por concepto de provisiones para atender contingencias litigiosas, sino que se limitó a dar aviso de las provisiones realizadas en los términos acordados en el CTA. En cualquier caso, la pretensión de Electroguajira SA ESP en Liquidación estuvo encaminada a que se pague el saldo a favor sin atacar los descuentos realizados por contingencias litigiosas, por lo tanto, el tribunal falló *ultra petita* por pronunciarse en relación con dichas sumas.

7) No era jurídicamente admisible acumular intereses remuneratorios y de mora durante los mismos períodos.

8) Las retenciones en la fuente practicadas por Electricaribe no fueron objeto del proceso y no había razón para considerar que debía probar que aquellas fueron efectuadas y puestas a disposición de la DIAN. Frente a este punto controvertió la supuesta orden de remisión de copias del expediente a distintas autoridades con el fin de que se investigue esa posible irregularidad.

9) La pretensión de la demanda de reconvencción relacionada con el pago del saldo en favor de Electricaribe SA ESP debe prosperar porque se agotó el monto en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación y quedaron sumas impagadas a la primera; además, no hubo pronunciamiento expreso en la sentencia en relación

con los efectos de la falta de contestación de la demanda de reconvención por parte de Electroguajira SA ESP en Liquidación.

Finalmente, se verifica que con el recurso se formuló una solicitud de pruebas en segunda instancia, la cual fue negada mediante auto de 31 de octubre de 2023 (índice 22 SAMAI), providencia que está ejecutoriada.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) jurisdicción competente para conocer el litigio, renuncia de la cláusula compromisoria y efectos en el caso concreto, (iii) oportunidad de la acción, (iv) descuentos no cuestionados por Electroguajira SA ESP y resueltos en la sentencia de primera instancia, (v) incumplimiento de Electricaribe SA ESP derivado del indebido ejercicio de la facultad contractualmente conferida para realizar descuentos del “saldo a favor”, (vi) efectos de la declaración de incumplimiento y, (vii) costas.

### 1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda principal se dirigió a obtener la declaración de incumplimiento del contrato de transferencia de activos suscrito entre las partes sobre la base de estimar que Electricaribe SA ESP realizó descuentos de las sumas a pagar Electroguajira SA ESP en Liquidación con desconocimiento de las reglas que las partes establecieron de mutuo acuerdo para tal efecto; por su parte, la demanda de reconvención, en línea con los argumentos de defensa presentados, se dirigió a demostrar que los descuentos fueron legales y que, una vez practicados, quedó un saldo en contra del demandante principal cuyo reconocimiento se solicita.

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal por encontrar probado que, en efecto, se realizaron descuentos por parte de Electricaribe SA ESP que excedían la facultad que para realizarlos otorgó Electroguajira SA ESP en Liquidación, por lo cual la primera debe responder por el *saldo a favor* de la segunda, previa deducción de los

descuentos irregulares, más los intereses remuneratorios y de mora. Por las mismas razones denegó las súplicas de la demanda de reconvención.

Electroguajira SA ESP en Liquidación apeló con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia, por estimar (i) que esta jurisdicción no podía conocer del caso por efecto de la cláusula compromisoria pactada, (ii) que operó la caducidad de la acción, (iii) que el fallo fue *ultra y extra petita* por el hecho de pronunciarse sobre descuentos y retenciones en la fuente que no hicieron parte de la controversia y desconocer el alcance de la pretensión relacionada con las provisiones para atender contingencias litigiosas, (iv) que se valoraron en forma indebida las comunicaciones entre las partes con las cuales Electroguajira SA ESP en Liquidación aceptó el saldo en contra y la extinción del *saldo a favor* y que, en consecuencia, (v) deben prosperar las pretensiones de la demanda de reconvención.

La Sala confirma la sentencia apelada, pero, por razones distintas; para el efecto se advierte que el *a quo* excedió lo pedido en la demanda por el hecho de no limitarse, como correspondía, a analizar los reparos concretos invocados en la demanda principal en relación con los descuentos realizados por Electricaribe SA ESP a la suma denominada “*saldo en favor de Electroguajira SA ESP En Liquidación*” y, por el hecho de haberse pronunciados sobre puntos no controvertidos como los descuentos por retención en la fuente y la provisión de contingencias litigiosas aspectos que no fueron materia del reclamo judicial; sin embargo, se confirma la decisión de declarar el incumplimiento contractual de la facultad de realizar descuentos porque se ejecutó en contravía de las estipulaciones contractuales y de las precisas facultades otorgadas por la contraparte; se mantendrá la condena por capital e intereses de mora impuestas en atención a los límites de la competencia del *ad quem* y se revocará el reconocimiento de intereses remuneratorios en abstracto contenido en el ordinal quinto del acápite resolutivo de la providencia por ser incompatible con el reconocimiento de intereses moratorios en períodos simultáneos. Por último, se confirma la determinación adversa a las pretensiones de la demanda de reconvención por ausencia de elementos probatorios que permitan determinar un saldo en contra de la demandada en reconvención.

## **2. Jurisdicción competente para conocer el litigio, renuncia de la cláusula compromisoria y efectos en el caso concreto**

1) No es un hecho discutido por las partes y, por el contrario, está demostrado que en la cláusula 10.2 del CTA se pactó una cláusula compromisoria según la cual, *“cualquier disputa o controversia que surja (...) en relación con este contrato (...) que no pueda ser resuelta amigablemente (...) dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud cursada por escrito por una de las partes a la otra, se someterá a decisión de un tribunal de arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de árbitros registrados en dicho centro.”*

2) En este proceso se allegó como prueba una copia del auto de 18 de diciembre de 2003 proferido por un tribunal de arbitramento que se identificó así: *“tribunal de arbitramento de Electrificadora del Caribe SA ESP VS Electrificadora del Atlántico, Electrificadora del Cesar y otros”* (fl. 48 cdno. T2\_1), en el cual se declararon extintas las funciones del tribunal porque, si bien la convocante pagó los gastos que le correspondían, no consignó los de la contraparte, quien se abstuvo de hacerlo; con sustento en esa prueba documental el tribunal de primera instancia de este asunto, en la sentencia objeto de apelación, consideró que *“cesaron los efectos de la cláusula compromisoria”* (fl. 40 sentencia cuaderno CE), razón con la cual sustentó su jurisdicción para resolver el caso.

3) Para la Sala, la referida providencia de 18 de diciembre de 2003 no determina con claridad cuál fue el caso sometido a arbitraje y frente al que operó la cesación de funciones del tribunal por el no pago de los gastos; por el contrario, no se hace referencia en el texto ni en el encabezado a la comparecencia de Electroguajira SA ESP en Liquidación a dicha instancia, por lo cual no es viable concluir, válidamente, que lo allí acontecido tuvo efectos respecto de la cláusula compromisoria suscrita entre las partes de este particular asunto jurisdiccional.

4) Sin perjuicio de lo anterior, en este específico caso las partes renunciaron a dicha estipulación porque, de manera libre y voluntaria, decidieron acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de ventilar sus diferencias, lo cual no solo exteriorizó en forma expresa Electroguajira SA ESP en Liquidación

cuando presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico sino también Electricaribe SA ESP, quien formuló, en el mismo proceso y ante la misma corporación, una demanda de reconvención sin acudir al mecanismo de solución de conflictos contractualmente previsto; adicionalmente, se tiene en cuenta que, una vez conoció de la demanda principal, la segunda de las referidas empresas recurrió en reposición el auto admisorio, pero, no objetó la jurisdicción ni solicitó dar aplicación a la cláusula compromisoria; luego solicitó la nulidad del proceso por causa distinta y, finalmente, contestó la demanda sin excepcionar la supuesta falta de jurisdicción.

5) La parte apelante invoca y reclama la aplicación de la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera, según la cual, estima, la renuncia a la cláusula compromisoria solo podía ser expresa y solemne. La Sala no accede a este pedimento por las siguientes razones:

a) La decisión jurisdiccional cuya aplicación se pretende y la regla de unificación allí creada no reguló un caso análogo al que ahora se decide; la *ratio decidendi* de la sentencia de 18 de abril de 2013 -que se pronunció en relación con un conflicto entre un particular y una entidad territorial (Departamento del Casanare) esto es, sobre un contrato regido por la Ley 80 de 1993- consistió en estimar que la solemnidad del escrito que se aplicó a la celebración del correspondiente contrato por virtud de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 del Estatuto General de Contratación Pública, también regía para la modificación de la estipulación arbitral contenida en este.

Sin embargo, dichas solemnidades no son aplicables al contrato objeto del litigio, suscrito en vigencia de la Ley 142 de 1994 que asigna un régimen privado a los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, esto es, las excluye de la aplicación de la Ley 80 de 1993, razón suficiente para estimar que el escrito no constituye requisito de existencia y/o validez del negocio jurídico; por ende, el acuerdo de voluntades tácito en relación con la renuncia a la cláusula compromisoria es perfectamente admisible y válido, por tratarse de un contrato simplemente consensual y no sujeto a la solemnidad de ser elevado a documento escrito, por lo cual, cualquier modificación bien podía hacerse en forma expresa o tácita.

b) Sin perjuicio de lo anterior, más allá de la conducta de la apelante de no haberse opuesto al trámite del proceso en la forma propuesta por Electroguajira SA ESP en Liquidación, se tiene en cuenta que aquella también exteriorizó por escrito su voluntad de someter la controversia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando, en ejercicio de su autonomía, promovió sus pretensiones de reconvención ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, esto es, más allá de no haber objetado la jurisdicción, la aceptó y planteó sus propias e independientes súplicas con el fin de que fuesen resueltas por el mismo juez contencioso administrativo.

c) De otro lado, la Sala estima inadmisibles otorgar una consecuencia procesal distinta a la conducta procesal de Electricaribe SA ESP, quien aceptó y solicitó la actuación de la jurisdicción estatal desde el inicio hasta la finalización de la primera instancia y, con el único propósito de controvertir la sentencia desfavorable a sus intereses, pretende ahora hacer efectiva la cláusula compromisoria; de este modo, aceptar el argumento de apelación reñiría con el principio de buena fe que debe regir las actuaciones de las partes del proceso y, por supuesto, validaría, indebida e injustificadamente, el quebranto del principio de lealtad procesal al cual están sometidas las partes de la controversia.

d) El principio de la jurisdicción perpetua también impide acoger el cargo de apelación que se analiza; de acuerdo con este, *“tanto la jurisdicción como la competencia se determinan de conformidad con la situación de hecho y las normas aplicables al tiempo de la demanda, de forma tal que su alteración resulta improcedente, salvo disposición legal que de manera expresa diga lo contrario”*<sup>3</sup>, por lo cual, una vez definida al momento de admitir las demandas de las partes, esta adquirió la característica de ser inmutable, de modo que no podía variar con ocasión de la posterior sentencia de unificación cuya aplicación se pretende.

e) En aplicación de lo expuesto, en algunos eventos en los cuales se aplicó la sentencia de unificación del año 2013 para efectos de remitir asuntos pendientes

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 2012, exp. 23.546, MP Mauricio Fajardo Gómez.

de decisión a la justicia arbitral, luego de admitidos y tramitados sin alegación respecto de la existencia de cláusula compromisoria, las decisiones correspondientes de esta jurisdicción fueron dejadas sin efectos en sede de procesos de acción de tutela con la siguiente argumentación<sup>4</sup>:

*“La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecuentemente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular.*

*La garantía que el principio perpetuatio jurisdictionis protege en el sub iudice recae en el respeto de la certeza que se tenía sobre la jurisdicción a la que correspondía resolver el conflicto derivado del contrato estatal, ante una determinada eventualidad concretada en la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, pues esta se sustentaba en un precedente jurisprudencial imperante al momento de presentación de la demanda.*

*Sin bien es cierto la nueva tesis de la Sección Tercera plantea también una subregla jurídica en materia de jurisdicción, también lo es que esta no tiene la entidad suficiente para modificar, como lo haría el contenido de una ley, el alcance de lo que constituye ‘jurisdicción’, luego no puede afectar aquello que el referido principio pretende proteger.*

*Significa lo anterior, que el abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de “cláusula compromisoria”, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita.*

*La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aún, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han pasado cerca de diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela.”.*

Al respecto, es especialmente relevante advertir que la controversia del expediente de la referencia tuvo inicio el 2 de diciembre de 2004, al pago que la sentencia de unificación sobre el tema antes comentado fue proferida mucho tiempo después, el 18 de abril de 2013.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de marzo de 2015, exp. 2015-00031 AC, MP Susana Buitrago Valencia.

f) Por las razones antes expuestas, la Sala estima que le asiste jurisdicción para conocer del caso y, por ende, procede a resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

### 3. Oportunidad de la acción

1) El artículo 136 numeral 10 del CCA es la norma aplicable a la contabilización de la caducidad de la acción, por ser la disposición normativa vigente al momento del inicio del cómputo correspondiente, la cual está redactada en los siguientes términos:

***“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.***

***En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:***

***a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;***

***b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;***

***c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;***

***d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...)*** (se destaca).

2) La entidad demandada principal aduce que debe aplicarse la regla general correspondiente a la contabilización de la caducidad a partir de los motivos de hecho que originaron la controversia, lo cual ocurrió, a su juicio, cuando se realizó cada descuento objeto de controversia. Contrario a ese entendimiento, en este preciso asunto opera la regla del literal b) antes transcrito, por corresponder a un

contrato que, por razón de su régimen privado y no haberse pactado, no requiere liquidación ni fue de ejecución instantánea sino sucesiva. En efecto, la regla de caducidad que se aplica está encaminada a que en contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, el plazo para accionar solo inicie cuando han terminado, momento en el que es posible llevar al conocimiento del juez la controversia en forma integral y no en forma parcial, lo que ocurriría de ser necesario demandar cuando surge cada desavenencia en la ejecución contractual; por lo tanto, para resolver sobre la caducidad, lo cual debe realizarse aún en forma oficiosa, se impone analizar la época de terminación del contrato, a lo cual se procede a continuación.

a) El contrato objeto de transferencia de activos materia de la controversia fue suscrito el 4 de agosto de 1998 y tuvo por objeto la transferencia de Electroguajira SA ESP en Liquidación a Electricaribe SA ESP los derechos reales que ejercía sobre los inmuebles y servidumbres de la compañía y demás bienes accesorios, anexos y/o mejoras, así como también los derechos en los contratos de compraventa suscritos por la primera, a cambio de un precio que se acordó en la suma de \$46.004.251.706.

b) La ejecución del contrato estaba sujeta a condición suspensiva en los términos del artículo 6.1 del contrato (fl. 29 T3), la cual consistía en que se presentara al menos una propuesta para suscribir acciones en la cual el valor de los activos transferidos alcanzara el valor mínimo establecido para el conjunto de bienes; la condición era fallida si no se cumplía antes del 31 de diciembre de 1998. La estipulación fue redactada en la siguiente forma:

*“CLÁUSULA 6.1 CONDICIÓN SUSPENSIVA. El nacimiento y la exigibilidad de las obligaciones y derechos de las partes contenidas en el presente contrato, están sujetas al cumplimiento de la condición suspensiva consistente en que se presente por lo menos una propuesta para suscribir acciones en la cual el valor de los activos transferidos no sea inferior al valor mínimo establecido para el conjunto de los activos de distribución que serán transferidos a ELECTROCARIBE. La verificación de la condición suspensiva será comunicada a las partes por el comité de apoyo para que puedan proceder de conformidad con lo establecido en la cláusula 6.2. La condición suspensiva se reputará fallida si no se cumple antes del 31 de diciembre de 1998. Parágrafo. Los derechos y obligaciones de las partes nacerán a la vida jurídica y serán exigibles solo a partir de la fecha de acaecimiento de la condición suspensiva.”* (fl. 29 contrato T3, índice 2 SAMAI).

c) De esta manera, se pactó que el nacimiento del negocio y la exigibilidad de los derechos y deberes allí estipulados quedó sujeto a dicha verificación, en el evento de ser fallida la condición, Electricaribe SA ESP debía devolver los bienes recibidos; también se acordó que las partes harían constar en escritura pública la “*fecha efectiva*” consistente en aquella en la cual se cumplió la condición.

d) Las partes hicieron constar mediante la escritura pública número 2914 de 27 de agosto de 1998 de la Notaría 45 del Círculo de Bogotá que el acaecimiento de la condición suspensiva ocurrió antes de la firma del contrato, por lo cual la condición suspensiva se tiene por no escrita y las obligaciones pactadas son puras y simples (fl. 29 T2 índice 2 SAMAI). En tal virtud, la fecha efectiva del contrato es la misma de su suscripción, esto es, el 4 de agosto de 1998.

e) El contrato se cumpliría en los siguientes términos:

i) La transferencia de los bienes no se sujetó a plazo y los bienes fueron recibidos en la fecha de celebración del contrato.

ii) El pago de la contraprestación, esto es, la asunción del pasivo, se sujetó a las siguientes reglas:

- La asunción de pasivos laborales se perfeccionaría mediante la suscripción del convenio de sustitución patronal (CSP).

- La asunción de pasivos financieros a más tardar dentro de los noventa (90) días calendario posteriores a la adjudicación. Electricaribe debía acreditar el cumplimiento de esta obligación.

- El pago de otros pasivos asumidos a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes a la adjudicación de los pasivos asumidos por la cifra total de \$12.605.246.483.

- El pasivo a favor de Electricaribe, esto es, la suma de \$3.000.000.000 con la siguiente precisión: dentro de los noventa (90) días siguientes a la adjudicación de cada pasivo; vencidos tres (3) años posteriores a la fecha efectiva, Electricaribe debía pagar el saldo del pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación y efectuaría una provisión razonable, a juicio del revisor fiscal, para atender los contingentes litigiosos que no hubieren sido resueltas al momento de realizar el pago. Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de definición de cada litigio, Electricaribe debía pagar cualquier saldo a favor existente.

f) Mediante el documento otrosí número 1 (sin fecha) las partes regularon el plazo para el cumplimiento de las obligaciones del contrato por razón de las demoras en la verificación del nuevo cálculo actuarial del pasivo pensional y determinaron lo siguiente:

*“PRIMERO. La ELECTRIFICADORA dispondrá de un plazo máximo hasta el 14 de diciembre de 2001 para revisar el nuevo cálculo actuarial total. Dentro de este plazo la ELECTRIFICADORA deberá indicar si acepta el nuevo cálculo actuarial o si lo objeta total o parcialmente, expresando las razones de su objeción. Si la ELECTRIFICADORA no se pronuncia sobre el nuevo cálculo actuarial total, se entenderá que este ha sido aceptado. Respecto de los valores aceptados o no objetados, procederá lo dispuesto en la cláusula 9 del convenio de sustitución patronal.*

**SEGUNDO. Las partes dispondrán hasta el 14 de enero de 2002 para llevar a un acuerdo sobre los valores objetados. Vencido dicho plazo y respecto de los aspectos en los que no haya llegado a acuerdo, se acudirá a la cláusula 22 del convenio.**

*TERCERO. Se amplía hasta el 14 de diciembre de 2001, el plazo establecido en la cláusula 3.6 del contrato de transferencia de activos, para el pago del saldo del pasivo a favor de la ELECTRIFICADORA.” (fl. 245 T1 índice 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas del original y negrillas adicionales).*

g) De lo expuesto se colige que el plazo contractual para acordar el valor del cálculo actuarial sería el 14 de enero de 2002; sin embargo, el CTA no culminaba con el pago del saldo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación ni con el acuerdo sobre el valor del cálculo actuarial de las obligaciones pensionales; como se verifica, existía un componente adicional correspondiente a la provisión de pasivos contingentes, el pago de estos y el reembolso del saldo a la referida empresa, las cuales no se fijaron en un período temporal determinado, sino que, dependían de la materialización o no de cada contingencia, las cuales, una vez

definidas, otorgaban un plazo de treinta (30) días para realizar una actividad correspondiente al contrato.

h) Las pruebas aportadas por las partes revelan que, cuando menos para el 8 de enero de 2003, fecha en la que se surtió la última comunicación aportada por las partes, se discutía el ajuste de la provisión de litigios, en los siguientes términos: *“De otra parte, y en torno a las provisiones por litigios y reclamaciones pendientes efectuadas a fecha agosto 15 de 2001, estamos reportando su ajuste, de acuerdo con la evolución de los litigios y reclamaciones, con arreglo a la cláusula 3.6 del Contrato de Transferencia de Activos. Para tales efectos, adjuntamos comunicación de nuestros Revisores Fiscales, emitido con fundamento en las novedades reportadas, en virtud de la función que les fuera asignada dentro del Contrato de Transferencia de Activos, junto con el cuadro resumen de las provisiones actualizadas, las cuales, sufren una disminución.”.* seguidamente se aprecia la comunicación de Electricaribe SA ESP de 26 de marzo de 2003 (fl. 175 cdno. T1), en la cual informa a su contraparte sobre los cargos efectuados al pasivo en su favor entre 1998 y 2002. Por consiguiente, es claro que al menos para las mencionadas fechas aún se ejecutaba el contrato.

i) No se aportaron otras pruebas que permitan verificar con certeza el momento a partir del cual terminó de ejecutarse cabalmente el CTA por lo cual no hay prueba de que las demandas sean extemporáneas; con todo, se trajo al proceso una copia del contrato de fiducia mercantil suscrito entre Electroguajira SA ES en Liquidación y Fiduprevisora SA el 3 de enero de 2005 (fl. 1 y ss cdno. T2), para la administración de un patrimonio autónomo tendiente a atender las contingencias litigiosas de la primera, fecha a partir de la cual podría colegirse que concluyó la actividad contractual de provisión y pago del pasivo contingente por parte de Electricaribe; aún si se tiene en cuenta dicha fecha, la demanda principal (2 de diciembre de 2004 - fl. 64 cdno. 1) y la de reconvenición (3 de junio de 2006 - fl. 3 cdno. T5), fueron oportunamente presentadas, por lo cual se estima bien denegada la excepción de caducidad y no prospera el cargo de apelación en tal sentido.

#### 4. Descuentos no cuestionados por Electroguajira SA ESP y resueltos en la sentencia de primera instancia

1) La Sala considera que los reparos de apelación relacionados con el análisis en la sentencia de primera instancia de algunos descuentos que no fueron objeto de la demanda son fundados; la demanda principal se sustentó en un unas concretas reclamaciones relacionadas con unas sumas que, a juicio de la parte actora, no podían descontarse válidamente por Electricaribe SA ESP del pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación, pero, en la sentencia de primera instancia se analizaron aspectos que no fueron puestos en consideración del tribunal; para ilustrar lo anterior, es del caso recordar que los cargos de incumplimiento de la demanda se contraen a los siguientes aspectos:

<b>Cargo de incumplimiento</b>	<b>Concepto</b>
Realizar descuentos y no informarlos a Electroguajira en los cinco (5) primeros días del mes siguiente	
Descuento por mayor valor del pasivo pensional	Ante el desacuerdo en la determinación de esta suma, las partes debían acudir a arbitramento y no podía Electricaribe fijarla unilateralmente. -Electricaribe no podía modificar las bases del anexo 3 para estimar el cálculo actuarial.
Descuento por valor de intereses	No había lugar a intereses sobre el mayor valor del cálculo actuarial, porque no estaba definido y sí quedaban sumas en favor de Electroguajira.
Incumplimiento de la obligación de informar el agotamiento del pasivo	Electricaribe perdió el derecho a reclamar descuentos por encima del valor de pasivo a favor de Electroguajira porque no informó oportunamente sobre el agotamiento de la cifra correspondiente.

2) En ese orden de comprensión de la demanda principal, la sentencia abordó temas ajenos a los reparos concretos de incumplimiento, puntualmente los relacionados con las retenciones en la fuente practicadas por Electricaribe SA ESP, intereses de créditos y estimación de contingencias litigiosas.

3) Frente a las contingencias derivadas de litigios en curso es importante precisar que, si bien en la demanda principal se hizo mención a la suma descontada por tal concepto por Electricguajira SA ESP, no se alegó en forma expresa algún incumplimiento derivado de esta ni tampoco se esgrimieron pretensiones que permitan o habiliten revisar dicho aspecto de la relación contractual, por lo cual también queda excluido de la litis.

4) La prosperidad de este reparo de apelación impone analizar el caso con exclusión de los puntos que no fueron objeto de controversia y, por el contrario, obliga a referirse, expresamente, a los argumentos de la alzada y a los incumplimientos que en esta se discuten, a lo cual se procede.

**5. Incumplimiento de Electricaribe SA ESP derivado del indebido ejercicio de la facultad contractualmente conferida para realizar descuentos del “saldo a favor”**

1) El análisis integral del clausulado del CTA permite verificar que Electroguajira SA ESP en Liquidación le concedió a su contraparte contractual la potestad de realizar descuentos de los dineros a pagar como contraprestación por la transferencia de activos algunos de los cuales no están en debate; los descuentos que la demandante principal estima efectuados en contravía del acuerdo entre las partes están relacionados con la suma denominada “saldo a favor” de esta, que ascendía a \$3.000.0000.000, sobre los cuales procedían algunos precisos y preestablecidos descuentos en forma condicional.

2) Para la Sala, las concesiones de facultades unilaterales de una parte del negocio en favor de la otra son, en principio, válidas y encuentran sustento en la autonomía de la voluntad, siempre que no contravengan el orden público; no obstante, su ejercicio está sujeto al integral respeto de las condiciones y restricciones en las cuales se otorgan y, su desconocimiento se enmarca en un típico incumplimiento contractual.

3) En este caso está demostrado que Electricaribe SA ESP desconoció las condiciones para realizar los descuentos que la parte actora controvierte, por lo tanto, debe confirmarse la declaración de incumplimiento del contrato dispuesta

en su contra por el tribunal de primera instancia, en atención a las razones que se exponen a continuación:

### **5.1 Descuento 1. Cuenta del mes de agosto de 1998, informada en forma extemporánea**

1) Para resolver esta reclamación se impone tener en cuenta la cláusula 3.7 del contrato contentiva de aquello que las partes convinieron y regularon frente al deber de información de los descuentos por realizar, de la siguiente manera:

***“CLÁUSULA 3.7. DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN DE ELECTROCARIBE. Mientras exista un saldo por concepto de Pasivo a Favor de ELECTROGUAJIRA, ELECTROCARIBE queda obligada a suministrar a ELECTROGUAJIRA, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes, un estado de cuenta del pasivo a favor de ELECTROGUAJIRA que incluya los movimientos efectuados durante el mes inmediatamente anterior. Junto con ese reporte, se presentará una descripción detallada de las utilizaciones efectuadas y soportes contables respectivos.***

***Dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel que se agote el pasivo a favor de ELECTROGUAJIRA, ELECTROCARIBE deberá informar de ello por escrito a ELECTROGUAJIRA. Después de sucedido este hecho y si aún permanecieren pendientes litigios o reclamaciones que correspondan a ELECTROGUAJIRA, ELECTROCARIBE haya pagado (sic), si a esto último llegare a ser condenada o autorizada por ELECTROGUAJIRA, ELECTROCARIBE creará una cuenta en su contabilidad a cargo de ELECTROGUAJIRA en la cual registrará el valor de dichos pagos. ELECTROCARIBE presentará reportes mensuales a ELECTROGUAJIRA de dicha cuenta, los cuales deberán acompañarse de un informe en el que se especifique el concepto, el monto y la fecha de cada uno de los pagos realizados y se adjunten los comprobantes de pago y las certificaciones del revisor fiscal de ELECTROCARIBE sobre el monto registrado en su contabilidad por estos conceptos. ELECTROGUARJIRA deberá reembolsar a ELECTROCARIBE el valor señalado en la cuenta de cobro dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de presentación envío (sic) de la misma por parte de ELECTROCARIBE.***

***El incumplimiento del deber de información aquí previsto tendrá como consecuencia la pérdida del derecho a reclamar los pagos correspondientes al último mes.***

***La falta de objeción por parte de ELECTROGUAJIRA de los estados de las cuentas y sus movimientos en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de presentación del respectivo soporte, implica que los mismos han sido aceptado en su totalidad por ELECTROGUAJIRA.”*** (se resalta – fl. 24 T3 índice 2 SAMAI – negrillas de la Sala).

2) En efecto, de un lado, la ausencia de información dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a Electroguajira SA ESP en Liquidación frente los descuentos del saldo a su favor, realizados en el mes inmediatamente anterior, acarrea la pérdida de los pagos de dicho mes y, de otro, dicha compañía tenía 60 días para objetar las cuentas, vencidos los cuales se entendían aceptadas.

3) Electricaribe SA ESP reconoció en la contestación de la demanda que los descuentos del pasivo a favor realizados entre agosto de 1998 y octubre de 1998 fueron reportados a Electroguajira hasta el mes de octubre, cuando se produjo el cobro de la totalidad de los ocurrido en ese lapso por ser la fecha de la primera cuenta de cobro entregada y debido a que se envió cuenta en el mes de septiembre (fl. 22 T6), con todo, sostuvo que la demandante principal nunca se opuso a este procedimiento ni a que dichas partidas fueran cargadas.

4) Se probó que, en efecto, el estado de cuenta a octubre de 1998 (fl. 78 cdno. T1) fue recibido el 9 de noviembre de 1998 por Electroguajira SA ESP en Liquidación, según la constancia manuscrita estampada en el documento; en dicho reporte se incluyeron descuentos de pagos realizados en agosto de 1998 sobre los que versa la reclamación de incumplimiento que se decide, así:

- Pago de gastos notariales	\$285.664.977
- Nómina pensionados (1 al 15 de agosto de 1998)	\$13.952.411
- Parafiscales (1 al 15 de agosto de 1998)	\$10.512.039

5) Electroguajira SA ESP en Liquidación aduce que objetó esos descuentos mediante la comunicación número 007 de 4 de diciembre de 1998; Electricaribe SA ESP sostiene que no hubo objeción. En la comunicación a la cual se refiere la demandante principal (fls. 181 y ss cdno. T-1) se consignó lo siguiente:

*“Pasivo a favor de la electrificadora*

*Con relación al movimiento del pasivo a favor de la Electrificadora, el correspondiente al mes de septiembre de 1998 no ha sido remitido oficialmente por Electricaribe, con los anexos correspondientes, aunque contamos con unas copias poco legibles, en ese mes se presenta un movimiento por un valor de \$15.098.953, el cual fue hecho por Electroguajira y no por Electricaribe según se ha comprobado con las*

*respectivas tesorerías. En consecuencia, deberán ser ajustados los informes posteriores del saldo del pasivo a favor de Electroguajira, ya que partió de un saldo que no es real.” (fl. 182 cdno T-1).*

6) En respuesta, Electricaribe aceptó la glosa e indicó: *“el valor de \$15.089.953 le será abonado al pasivo a favor de Electroguajira en este mes de diciembre debido al hecho que aducen en dicha comunicación”* (fl. 185, T-1).

7) Como se desprende de las pruebas analizadas, Electroguajira SA ESP en Liquidación no objetó los conceptos materia de reclamación sino uno distinto que le fue reconocido y reintegrado por Electricaribe SA ESP; no se presentaron otras pruebas que indiquen que dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de la cuenta de 9 de noviembre de 2008 se hubiera objetado por los conceptos objeto de reclamación judicial; en tal virtud, en aplicación de la estipulación 3.7 del CTA, ello conlleva aceptación de Electroguajira SA ESP en Liquidación frente a dichas sumas. La supuesta falta de legibilidad de algunos de los soportes no constituye objeción atendible porque no se especificó cuáles eran los valores no soportados ni se insistió en el reclamo luego de que Electricaribe aceptó la glosa por \$15.089.953, la única que se estima fue debidamente presentada frente al pasivo a favor objeto de descuentos en octubre de 1998.

8) En efecto, la Sala interpreta de la cláusula contractual que se aplica que, aun cuando existía el deber a cargo de Electricaribe SA ESP de informar de los descuentos dentro de los cinco (5) días del período mensual siguiente y este se incumplió frente a los específicos aspectos objeto de reclamación, la cuenta fue presentada en noviembre de 1998 y no fue objetada por la inclusión extemporánea de descuentos, por consiguiente, en aplicación de lo preceptuado en el inciso final de la cláusula, Electroguajira SA ESP en Liquidación aceptó las cuentas, circunstancia por la cual no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal relacionadas con ese aspecto de la controversia objeto de estudio.

9) Como conclusión de este punto, la pretensión de la demanda de reconvención relacionada con el derecho que le asistía a Electricaribe SA ESP para realizar dichos descuentos prospera y, en consecuencia, el saldo a favor de Electroguajira

SA ESP en Liquidación era de \$2.620.580.439 para septiembre de 1998, habida consideración de que no discuten los demás descuentos.

## **5.2 Descuento 2. Sumas no pagadas efectivamente a los beneficiarios y violación del deber de información**

1) Electroguajira estima que la suma de \$2.290.968.787 descontada del pasivo a favor en agosto de 1998 por aportes al sistema de seguridad social de los empleados no procedía, porque Electricaribe SA ESP no probó haber erogado directamente esas sumas en favor de los beneficiarios y alega que el reporte solo se realizó en el mes de diciembre de 1998, esto es, en forma extemporánea.

2) En la cláusula 3.6 del CTA se pactaron la forma y condiciones en las cuales Electricaribe SA ESP podía descontar dinero del pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación; en su aparte pertinente, el pacto es del siguiente alcance:

***“CLÁUSULA 3.6 MECANISMO DE PAGO DEL PASIVO A FAVOR DE ELECTROGUAJIRA. ELECTROCARIBE podrá, sin perjuicio de que pueda utilizar otros mecanismos de cobro, descontar del pasivo a favor de ELECTROGUAJIRA las sumas que se determinen en los casos que se indican a continuación:***

***(i) Los cargos y pagos que ELECTROCARIBE deba efectuar y en efecto haya efectuado en desarrollo del convenio de sustitución patronal siempre que (a) según el convenio de sustitución patronal correspondan a ELECTROGUAJIRA y (b) ELECTROCARIBE haya cumplido con los requisitos establecidos en el convenio de sustitución patronal para efectuar los pagos o cargos correspondientes. (...)***

***Sobre la parte insoluta del pasivo a favor de ELECTROGUAJIRA, ELECTROCARIBE reconocerá intereses remuneratorios a una tasa efectiva anual del DTF adicionada en tres por ciento (3%) que se capitalizarán por mensualidades vencidas***

***Transcurrido un plazo de tres (3) años contado a partir de la fecha efectiva, ELECTROCARIBE deberá pagar a ELECTROGUAJIRA la diferencia entre (i) el saldo del pasivo a favor de ELECTROGUAJIRA junto con los intereses correspondientes menos (ii) un monto igual al valor de las provisiones que, de acuerdo con la opinión del revisor fiscal de ELECTROCARIBE sean las razonables para que ELECTROCARIBE pueda atender, por cuenta de ELECTROGUAJIRA el pago de los litigios pendientes (...)***. (fl. 21 t-3 – resalta la Sala).

3) Por su parte, como lo alegó Electricaribe SA ESP, en el convenio de sustitución patronal – CSP, que constituye el anexo 23 del CTA, al cual remite la cláusula 3.6,

se determinó que Electroguajira asume la totalidad de obligaciones laborales causadas hasta la “*fecha efectiva*” (fl. 209, T3).

4) Por su parte, las estipulaciones 6 y 9 del CSP son del siguiente alcance:

**“CLAÚSULA 6. PAGO POR CUENTA DE ELECTROGUAJIRA. Se entenderá que Electrocaribe ha pagado por cuenta de Electroguajira cuando: efectivamente hubiere pagado una obligación que, según la cláusula 4 del presente convenio, le corresponda total o parcialmente a Electroguajira y/o exista el mayor valor.**

**CLAÚSULA 9 DEL PASIVO A FAVOR DE ELECTROGUAJIRA. Electroguajira autoriza irrevocablemente a Electrocaribe para que los pagos por cuenta de Electroguajira sean imputadas con cargo al pasivo a favor de Electroguajira hasta concurrencia del mismo. Parágrafo. En el evento en que el pasivo a favor de Electroguajira no sea suficiente para cubrir la totalidad de los pagos por cuenta de Electroguajira, Electrocaribe podrá repetir contra Electroguajira en los términos de la cláusula 3.8 del contrato de transferencia de activos que se celebró entre las partes en la misma fecha de este convenio.”** (fl. 209 T3).

5) Del contenido de dicho acuerdo, la Sala concluye que (i) en virtud del CSP Electroguajira asumió las obligaciones laborales causadas hasta la fecha efectiva, (ii) que Electrocaribe podía pagar por cuenta de aquella, (iii) que podía imputar los pagos efectivamente realizados al pasivo a favor. El texto del contrato refuerza el entendimiento relacionado con el hecho consistente en que aquello que podía descontar Electrocaribe SA ESP, válidamente, eran los pagos efectivamente realizados, pues a esto se limitó la autorización contractual otorgada por la contraparte.

6) Verificado el expediente se encuentra que el descuento en mención fue efectuado en la cuenta fechada del 11 de noviembre de 1998 y con sello de recibido del 17 de noviembre del mismo año a las 5.00 pm (fl. 76 cdno. T1), en la cual se precisa que el descuento de la suma de \$2.290.968.787 se realizó con corte a septiembre 30 de 1998.

7) También está probado que el 18 de enero de 1999, esto es, dentro de los sesenta (60) días siguientes a día siguiente a la radicación de la cuenta y, por ende, en forma oportuna, Electroguajira SA ESP en Liquidación objetó el cargo de

\$2.290.968.787 realizado en la cuenta radicada correspondiente a descuentos de octubre de 1998, en los siguientes términos (fls. 127 – 128 cdno. T1):

*“Me permito devolver a ustedes el estado de cuenta del pasivo a favor de Electroguajira, correspondiente al mes de octubre de 1998, donde se hizo un cargo por prestaciones sociales consolidadas por valor de \$2.290.968.787 contraviniendo lo establecido (...) para que pueda hacerse el pago contra el pasivo a favor de Electroguajira, tiene que haberse efectuado el pago al trabajador, lo que no ocurrió en la fecha en la cual nos están haciendo el cargo o descuento del pasivo a favor, sino en fecha posterior y no a la totalidad del personal de la empresa sino a quienes se acogieron al plan de retiro voluntario o pensión anticipada.*

*En consecuencia, actuando dentro del término establecido en el contrato de transferencia de activos, escritura pública No. 02637 del 04 de agosto de 1.998, cláusula 3.7, solicito a ustedes excluir la partida que por prestaciones sociales se está descontando del pasivo a favor de Electroguajira y recalcular los intereses generados tomando como base el pasivo a octubre 31/98.*

*De otra parte, debo comentarle que Electricaribe no está cumpliendo con la obligación de enviar el estado de cuenta del pasivo a favor de Electroguajira dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes.”.*

7) Electricaribe SA ESP no niega que descontó sumas no pagadas y, por el contrario, sostiene que estimó aquellos valores que le correspondía erogar a Electroguajira en relación con el ordinal 4.1 del CSP pero, que era imposible conocer la fecha cierta de pago porque incluía emolumentos como las cesantías y vacaciones que tienen períodos de pago especiales, argumento que no es atendible en esta sede judicial porque con esta metodología, que reconoce haber implementado Electricaribe SA ESP, se desconoció el procedimiento contractualmente fijado por las partes, según el cual, los descuentos solo procedían una vez efectuados los pagos. Nótese cómo, según las reglas del contrato, existía un plazo de tres (3) años para descontar, con cargo al saldo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación dichas acreencias, por ende, tales descuentos debieron realizarse una vez materializados los pagos, como lo acordaron las partes, y no desde la época de la supuesta causación.

8) En tal virtud, está probado que Electricaribe SA ESP incumplió las reglas del contrato en relación con el descuento de \$2.290.968.787 realizado el 15 de agosto de 1998, según aparece reflejado en el estado de cuenta con corte a octubre de 1998, sobre el saldo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación; además, la

circunstancia consistente en no informar oportunamente de los descuentos acarrearba dicha consecuencia económica para la parte incumplida, según lo expresa e inequívocamente estipulado por las partes en el contrato.

9) Respecto de este punto, la presentación extemporánea de la cuenta tuvo lugar el 17 de noviembre de 1998 según la constancia manuscrita de recibido (fl. 77 T-1) mientras que el descuento se realizó el 15 de agosto de 1998, tal como consta en el estado de cuenta con corte al 31 de octubre de dicho año, por lo cual, está probado que Electricaribe SA ESP incumplió el contrato en relación con los descuentos realizados por este concepto.

10) Prospera entonces la reclamación de la demanda principal, porque Electricaribe SA ESP perdió el derecho a reclamar esta suma por el hecho de haberla incluido extemporáneamente en las cuentas, según las reglas del contrato, pese a que había realizado la deducción correspondiente. En tal sentido, se mantiene el mismo saldo a favor de Electroguajira SA ESP para septiembre de 1998, esto es, \$2.620.560.439.

### **5.3 Descuento 3. Irregular descuento del valor de una beca**

1) Para la demandante principal, el descuento realizado en el mes de marzo de 1999 por valor de \$4.830.000 destinado a cubrir una beca no era procedente.

2) En efecto, examinado el numeral 3.6 del CTA y el CSP no se advierte que dicho beneficio estuviera incluido en los conceptos que era posible descontar del “*saldo a favor*”.

3) Sin embargo, Electroguajira SA ESP en Liquidación no probó haber objetado la suma en el plazo contractualmente previsto, por tal razón, se entiende aceptado el descuento, por lo cual no es fuente de responsabilidad contractual por incumplimiento de la contraparte. La objeción respecto de dicho pago se registró el 12 de mayo de 2003 (fl. 104 cdno. T\_1), en forma abiertamente extemporánea, cuando ya había operado la aceptación tácita de la cuenta. En consecuencia, es claro que no podía prosperar la demanda principal respecto de la objeción de dicha suma.

#### **5.4 Descuento 4. Incumplimiento del CTA, del otrosí número 1 y del CSP por desconocimiento del procedimiento de fijación del saldo en favor en relación con el mayor valor del cálculo actuarial**

1) Como parte del negocio, las partes determinaron en forma preliminar el valor del cálculo actuarial destinado a cubrir las obligaciones pensionales de Electroguajira SA ESP en Liquidación (anexo 3 del CSP); según la cláusula 3.6 (i) antes transcrita, Electricaribe SA ESP estaba facultada para descontar del pasivo a favor de la primera los cargos y pagos derivados de la ejecución del CSP.

2) En la estipulación número 8 del convenio de sustitución patronal se previó la necesidad de calcular el mayor valor del cálculo actuarial del pasivo pensional una vez determinadas las semanas efectivamente cotizadas por Electroguajira SA ESP en Liquidación y aquellas omitidas según certificación del ISS, esto es, se pactó un procedimiento para determinar el exceso del pasivo asumido por este concepto en tanto podía ser variable; conocida la información por las partes, Electricaribe SA ESP podía efectuar un nuevo cálculo, aspecto que regularon de la siguiente forma:

#### **“CLÁUSULA 8: DEL MAYOR VALOR**

***Para el cálculo del Mayor Valor se seguirá el siguiente procedimiento:***

*(i) Electrocaribe, dentro de un término de sesenta (60) días comunes contados a partir de la Fecha Efectiva, deberá solicitar al I.S.S, que certifique el número de semanas que Electroguajira haya cotizado por los Trabajadores y los Pensionados a los cuales el I.S.S. no les haya reconocido la pensión.*

*(ii) Si la certificación del I.S.S. muestra que Electroguajira no efectuó, con respecto a los Trabajadores o a los Pensionados, las cotizaciones a las que legalmente estaba obligada, entonces Electrocaribe podrá enviar a Electroguajira (a) la correspondiente certificación del I.S.S. y (b) una comunicación que incluya la determinación de las cotizaciones que en su concepto Electroguajira estaba obligada a efectuar y que, según la certificación del I.S.S., no efectuó,*

*(iii) Electroguajira dispondrá de un plazo de sesenta (60) días comunes contados a partir del recibo de la comunicación de Electrocaribe de que trata el ordinal (ii) anterior para pronunciarse sobre ella y dentro de ese periodo podrá acreditar el pago de semanas que el I.S.S. no haya incluido en la certificación, adjuntando copias auténticas de los formularios de autoliquidación, o recibos de pago o consignación*

*correspondientes a cotizaciones que el I.S.S. no haya acreditado en la certificación, de tal manera que Electrocaribe pueda presentar ante el I.S.S. un reclamo solicitando que se acrediten dichas cotizaciones.*

*(iv) Se entenderá que Electroguajira ha aceptado las partes del certificado del I.S.S. que no haya objetado dentro de los sesenta (60) días comunes de que trata el ordinal (iii) anterior, al igual que aquellas partes que haya objetado pero sin suministrar prueba que soporte su objeción en la forma antes descrita.*

*Transcurrido el plazo otorgado a Electroguajira para responder la comunicación de Electrocaribe, ésta procederá a efectuar, en lo posible con la misma persona que elaboró el Anexo No. 3, un nuevo cálculo actuarial de la reserva para pensiones de jubilación de los Trabajadores y de los Pensionados. Dicho cálculo deberá ser realizado contemplando que Electroguajira sólo efectuó (a) las cotizaciones que haya certificado el I.S.S. más (b) aquellas que, en aplicación de lo dispuesto en el ordinal (ii) anterior, Electroguajira haya acreditado que realizó y, en todos los demás aspectos, sin excepción, el nuevo cálculo (bases, información de entrada, metodología, etc.) debe ser idéntico al incluido en el Anexo No. 3.*

*Se entiende, para los efectos de este Convenio, que la diferencia entre ese nuevo cálculo y el incluido en el Anexo No. 3 es el Mayor Valor.*

*Tanto el nuevo cálculo como el Mayor Valor deberán ser enviados mediante comunicación escrita, a Electroguajira en los cinco (5) días comunes a aquel en que se hayan terminado. **Electroguajira dispondrá de sesenta (60) días comunes contados de la fecha de recibo de los mismos para objetarlos, en cuyo caso se acudirá a la cláusula 22 del Convenio.***” (fl. 214 cdno. T3 – se destaca).

3) Por su parte, la estipulación 22 del CST correspondió a una cláusula compromisoria en virtud de la cual las partes determinaron que los conflictos derivados de la ejecución del CSP se someterían a un tribunal de arbitraje designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, dependiendo de la cuantía en disputa, el cual debía fallar en derecho (fl. 217 cdno T3).

4) Se recuerda que según las estipulaciones del CTA, los descuentos del mayor valor solo procedían dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha efectiva, esto es, al 4 de agosto de 1998, por ende, la facultad unilateral estaba limitada temporalmente hasta el 5 de agosto de 2001.

5) Las partes suscribieron el documento otrosí número 1 en el cual reconocieron que Electricaribe cumplió con la presentación oportuna del cálculo del mayor valor (fl. 240 cdno. T1), por lo cual no hay duda respecto la oportunidad de la

presentación de dicho cálculo ni esta fue cuestionada por las partes en el curso del proceso<sup>5</sup>; en el mismo acuerdo se concedió plazo a Electroguajira SA ESP en Liquidación para objetar el mayor valor hasta el 14 de diciembre de 2001, se pactó que las partes intentarían acordar un valor hasta el 14 de enero de 2001 y que *“vencido dicho plazo y respecto de los aspectos que no se haya llegado a acuerdo, se acudirá a la cláusula 22 del convenio”* (fl. 243 cdno. T\_1), es decir, se sometería a decisión de un tribunal arbitral.

5) Está probado que Electricaribe SA ESP presentó el cálculo del mayor valor, inicialmente por la suma de \$2.003.597.814 y que el 11 de diciembre de 2001 Electroguajira SA ESP en Liquidación objetó el mayor valor estimado por Electroguajira (fl. 1 y ss T1\_2) con sustento en un informe contratado con la firma Estuplan Ltda, según el cual, verificadas las cotizaciones reales realizadas, el valor del cálculo actuarial disminuyó en lugar de aumentar y pasó de \$8.215.177.355 estimados en el anexo 3 del CSP, al valor de \$7.801.288.245, por lo cual consideró que no había lugar a reconocer un mayor valor (fls. 245 y ss cdno. T\_1 y 1 y ss cdno. T\_2).

6) Pese a la ausencia de acuerdo sobre el mayor valor del cálculo actuarial pensional, el 3 de enero de 2003 Electricaribe SA ESP remitió una cuenta de cobro a Electriguajira por la suma de \$1.258.860.957 por estimar que se agotó el pasivo en favor de esta última y se excedió en dicho monto el cual debería ser pagado (fl. 97 cdno. T\_2); Electroguajira SA ESP en Liquidación objetó la cuenta por estimar que ante la falta de acuerdo debía acudir a un tribunal arbitral para determinar el mayor valor y su cuantía; hasta tanto, estimó, existía un remanente en su favor.

---

<sup>5</sup> En el documento otrosí se hizo constar: *“5. Que en la cláusula 8 del mayor valor del convenio de sustitución patronal se estableció el procedimiento mediante el cual se definiría el mayor valor, entendiendo por tal la diferencia entre el cálculo actuarial incluido en el Anexo NO. 3 del convenio de sustitución patronal y el nuevo cálculo efectuado de conformidad con lo indicado en el mencionado procedimiento. 6. Que de conformidad con lo estipulado en la cláusula 9 del Convenio de Sustitución Patronal, en concordancia con lo dispuesto en las cláusulas 6 y 4 del mismo convenio y en la cláusula 3.6 del contrato de transferencia de activos, el noventa por ciento (90%) del mayor valor podrá ser descontado del pasivo a favor de la ELECTRIFICADORA. 7. Que ELECTRICARIBE ha dado cumplimiento al procedimiento establecido en dicha cláusula y ha remitido a la ELECTRIFICADORA en dos paquetes, certificación del ISS sobre las cotizaciones efectuadas por la ELECTRIFICADORA y el nuevo cálculo actuarial resultante, de conformidad con lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo de la citada cláusula 8.”* (fls. 242 – 243 cdno. T1 – mayúsculas fijas del original).

7) El 10 de febrero de 2003, Electricaribe SA ESP informó a la demandante principal que detectó “*algunos errores de transcripción de las cifras resultantes de los cálculos actuariales*”, por lo cual el mayor valor del pasivo por descontar pasó de \$2.003.597.814 a \$1.420.461.198 según precisión del cálculo elaborado por la firma *Watson Wyatt Worldwide* (fl. 100 cdno. T\_2).

8) De lo expuesto se colige que Electricaribe SA ESP incumplió el procedimiento contractual para la fijación del mayor valor del cálculo actuarial; téngase en cuenta que, si bien estaba facultado inicialmente para estimarlo, la objeción y falta de acuerdo imponían acudir al mecanismo de solución de la controversia acordado; contrario a ello, ante la imposibilidad de establecer conjuntamente la suma, procedió a fijarla de manera unilateral y sin acudir al mecanismo de solución de la controversia preestablecido para ese específico punto; por tal razón, la pretensión de incumplimiento contractual de la demanda principal estaba llamada a prosperar por este concepto, tal como lo declaró el tribunal de primer grado, aunque por las razones aquí indicadas, lo cual impide la prosperidad del recurso de Electricaribe SA ESP y de la demanda de reconvención sobre este específico aspecto.

9) La Sala insiste en que el ejercicio arbitrario de las unilateralidades concedidas a la contraparte en ejercicio de la autonomía de la voluntad constituye incumplimiento del contrato; en este caso, la facultad de Electricaribe SA ESP se agotó con la determinación inicial de la cifra, pero, una vez objetada por la contraparte, según las precisas estipulaciones del CTA y del CSP, el diferendo imponía resolución judicial y, por consiguiente, estaba sustraído de las facultades asignadas al demandado principal, razón adicional para confirmar la declaración relacionada con su incumplimiento contractual.

### **5.5 Descuento 5. Mayor valor de los intereses**

En la demanda principal se cuestionó el descuento de \$296.923.814 al valor de los intereses remuneratorios pactados sobre el pasivo a favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación, producto de la deducción de \$2.290.968.787; sobre este aspecto, como se encontró probado que Electricaribe SA ESP descontó indebidamente esta suma de dinero y perdió el derecho a ella por el hecho de

haber violado el deber de información, tampoco había lugar a detraer el valor de los intereses, aspecto en el que también prospera la demanda principal.

### 5.6 No información sobre el agotamiento del pasivo

En la demanda principal se cuestionó el hecho consistente en que Electricaribe SA ESP no informó, en los términos del contrato, el agotamiento del pasivo en favor de la contraparte y, por ende, que el pasivo se agotó el 1 de diciembre de 2002, sin embargo, tal hecho solo fue informado el 8 de enero de 2003, esto es, por fuera del término contractualmente previsto, lo cual debe tener por consecuencia la pérdida del derecho a reclamar la sumas en exceso; este aspecto no fue abordado por el tribunal y la demandante principal no apeló, por lo cual no hay lugar analizarlo en esta instancia. A continuación, se sintetiza lo decidido sobre cada uno de los descuentos:

Identificación	Concepto	Valores	Razón de la decisión	Decisión
<b>Descuento 1</b>	Cuenta del mes de agosto de 1998	\$285.664.977 \$13.952.411 \$10.512.039	Se informó extemporáneamente a Electroguajira SA ESP.	Descuento irregular, se falla en favor de Electroguajira SA ESP
<b>Descuento 2</b>	Descuento prestaciones sociales aportes parafiscales	\$\$2.290.968.787	Sumas no pagadas efectivamente a los beneficiarios y violación del deber de información.	Descuento irregular. Se falla en favor de Electroguajira SA ESP.
<b>Descuento 3</b>	Pago de beca	\$4.830.000	No fue objetado por Electroguajira SA ESP	Descuento aceptado por Electroguajira SA ESP.
<b>Descuento 4</b>	Mayor valor del cálculo actuarial de aportes a pensiones	\$1.258.860.957	Se desconoció el procedimiento contractual para realizar el descuento en caso de desacuerdo.	Descuento irregular. Se falla en favor de Electroguajira SA ESP
<b>Descuento 5</b>	Mayor valor de los intereses	\$296.923.814	Electricaribe perdió el capital por violación del deber de información y tampoco hay lugar a los intereses	No había lugar al descuento y se falla en favor de Electroguajira SA ESP.

## 6. Efectos de la declaración de incumplimiento

1) Como efecto del incumplimiento de Electricaribe SA ESP que aquí se declara, se tiene que no había lugar a los descuentos destinados al pago de prestaciones sociales por la suma de \$2.290.968.787, por el hecho de haber desconocido el derecho de información, con lo cual perdió el derecho, por razón de lo pactado en el contrato, para descontar estos valores, lo cual equivale a precisar que para septiembre de 1998 existía saldo a favor de Electroguajira SA ESP por \$2.620.560.439, según las cuentas que las partes no objetaron.

2) Como consecuencia de lo anterior, tampoco había lugar a deducir los \$296.923.814 por concepto de intereses sobre el pasivo a favor que se causaban sobre estas sumas.

3) Asimismo, tampoco había sustento contractual válido para descontar la suma de \$2.003.597.814 por mayor valor del cálculo actuarial del pasivo pensional porque se violó el procedimiento contractual previsto que imponía la intervención de un tribunal de arbitramento.

4) No obstante, se tiene en cuenta que el tribunal de primera instancia, pese a haberse pronunciado por fuera y más allá de lo pedido en la demanda en relación con los conceptos objeto de descuento, reconoció a Electroguajira SA ESP en Liquidación un capital a favor por la suma de \$2.290.968.787 como indemnización por los descuentos indebidamente aplicados, por lo cual se confirma ese valor en acatamiento de la prohibición de *non reformatio in pejus* debido a que no fue objeto de inconformidad por parte de dicha sociedad, quien no apeló con el fin de que fuese incrementada.

5) Ahora bien, la parte apelante no controvertió la metodología, reconocimiento ni la forma de cálculo de los intereses de mora; por su parte, la demandante principal tampoco recurrió dicha estimación ni pretende su extensión más allá del 1 de junio de 2019 hasta cuando fueron calculados por el tribunal; la apelación se centró en que, además del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas debidas, el tribunal ordenó liquidar intereses remuneratorios por los mismos

períodos, reparo que prospera. En efecto, en la sentencia apelada se liquidaron intereses moratorios desde el 16 de octubre de 2001 a una tasa equivalente a 1.5 veces el interés bancario corriente y el reconocimiento de intereses remuneratorios a una tasa equivalente al DTF+3%, desde el 16 de agosto de 2001 hasta la ejecutoria de la sentencia.

6) En ese contexto, le asiste razón a la apelante en estimar que el valor del interés de mora reconocido no es acumulable con el interés del plazo, debido a que el primero corresponde a la tasa máxima permitida por la ley y el reconocimiento de sumas adicionales excedería dicho tope, prohibición contenida en el artículo 884 del Código de Comercio; adicionalmente, es incompatible el interés que remunera el plazo otorgado durante este, con el que se causas durante la mora, que tiene como finalidad indemnizar las consecuencias del incumplimiento, de modo que no puede al mismo tiempo estarse dentro del término pagar y, a la vez, en mora de hacerlo. Como consecuencia lógica de lo anterior, se revoca el reconocimiento de intereses remuneratorios dispuesto en abstracto en el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y, parcialmente, en el ordinal cuarto *ibidem* que se refiere al reconocimiento de intereses remuneratorios; en su lugar, se niega la pretensión por ser incompatible con el interés moratorio que fue reconocido y no controvertido por las partes, el cual se mantiene en la cifra dispuesta por el tribunal y se dispone su actualización con el IPC con el fin de mantener su poder adquisitivo, con la precisión de que se trata del mismo valor reconocido por el tribunal de la primera instancia, debidamente indexado, y no de una reforma del fallo en contra del apelante, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:  $VA = VH \times \text{índice final (último conocido al momento de la sentencia de segunda instancia)} / \text{índice inicial (del mes en que se profirió la decisión de primera instancia)}$ .

$$VA = \$12.949.548.337 \quad * \quad \frac{150,30 \text{ índice final junio de 2025}}{103,26 \text{ índice inicial sept. 2019}}$$

$$VA = \$18.848.703.419$$

7) De otra parte, el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia objeto del recurso de alzada se confirma porque la demandante en reconvención no acreditó la existencia de sumas a cargo de Electroguajira SA ESP; el litigio versó sobre

unos específicos y concretos de las cuentas entre las partes pero, no existen elementos de juicio que permitan determinar dineros a cargo de la demandante principal, esto es, con las pruebas aportadas es imposible analizar las demás obligaciones contractuales y el cruce de cuentas entre las partes relacionado con la totalidad de deberes y obligaciones derivados de la ejecución del CTA y del CSP, lo cual también escapa al concreto marco de las reclamaciones formuladas por los extremos de la litis.

8) Finalmente, en cuanto a la supuesta orden de remisión de copias del expediente con el fin de que se investiguen las conductas relacionadas con el no reporte de retenciones a la DIAN, se verifica que no se plasmó en el acápite resolutivo del fallo una decisión en tal sentido, por ende, por sustracción de materia, se trata de un asunto ajeno a la competencia del *ad quem*; si bien en la parte motiva de la sentencia se hizo referencia a la eventual posibilidad de proceder de dicha forma, no se impartió una orden concreta en tal sentido que pueda y deba ser objeto de pronunciamiento<sup>6</sup>. En cualquier caso, el tribunal de primera instancia en su condición de autoridad judicial, independiente y autónoma, está en libertad de poner en conocimiento de las autoridades los hechos que estime pertinentes, lo cual constituye un deber de todo servidor público, aspecto que no es objeto de control en este preciso caso por el superior funcional.

## 7. Costas

No se condenará en costas porque no se evidencia actuación de las partes que imponga proceder de tal forma, según lo dispone el artículo 171 del Decreto-ley 01 de 1984 aplicable al caso; por la misma razón se confirma la decisión de primera instancia sobre este punto.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

<sup>6</sup> El aparte pertinente de la parte motiva es el siguiente: *“la Sala estima pertinente remitir copia de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN para lo de su competencia.”*

Expediente: 03001-23-33-006-2004-02925-01 (66.003)  
Demandante principal: *Electrificadora de la Guajira SA ESP - Electroguajira SA*  
Controversias contractuales

### FALLA:

1°) **Confírmase**, por las razones expuestas en el presente fallo, la sentencia de 19 de septiembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, complementada el 18 de noviembre del mismo año, con excepción del ordinal quinto de la parte resolutive y del aparte del ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia que reconoce intereses remuneratorios, los cuales se revocan.

2°) **Actualízase** la condena patrimonial impuesta a cargo de Electricaribe SA ESP y en favor de Electroguajira SA ESP en Liquidación o quien sea titular del valor la contingencia litigiosa, a la suma de DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$18.848.703.419).

3°) **Abstiénesse** de imponer condena en costas.

4°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado Ponente**  
*(Firmado electrónicamente)*

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
**Magistrado**  
**Presidente de la Subsección B**  
*(firmado electrónicamente)*

*Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*