

Tesouro de **Laudos Arbitrales**



 GOBIERNO DE COLOMBIA

ENRIQUE GIL BOTERO

Ministro de Justicia y del Derecho

MARCELA ZULUAGA VÉLEZ

Viceministra de Promoción de la Justicia

OSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA

Director Jurídico

JOHANA VEGA ARENAS

Directora de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

YADIRA CASTILLO

Asesora externa

Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

Con apoyo de:

LUCEIDA GUTIÉRREZ

Funcionaria del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Bogotá, 2018

**TESAURO SOBRE LAUDOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO
DMASC-MINISTERIO DE JUSTICIA**

Contenido

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	3
TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO	3
DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DEL CONTRATO	5
NULIDAD DEL ACTA DE PAGO	10
INEXISTENCIA DE REQUISITOS PREVIOS PARA CONVOCAR A UN TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	11
RENUNCIA TÁCITA AL PACTO ARBITRAL- YA NO ES PERMITIDA	13
CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ARBITRAL	15
CONTRATOS ESTATALES	20
IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN CONTRATO	20
EL CONTRATO ESTATAL Y LAS POSIBILIDADES DE SU MODIFICACIÓN	22
INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES	23
RATIFICACIÓN EN CONTRATO ESTATAL	26
CLÁUSULAS EXCEPCIONALES	28
CLÁUSULAS IMPOSITIVAS DE MULTAS	29
CLÁUSULA DE REVERSIÓN	33
TERMINACIÓN DEL CONTRATO	35
TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS	36
CONTRATO DE CONCESIÓN	36
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	39
CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	43
DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE CONCESIÓN (OBRA PÚBLICA)	50
CONTRATO DE INTERVENTORIA DE UNA OBRA	60
CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO	61
CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIA	63
CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL	64
CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN E&E O E&P	65
LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	68
ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO	70
PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL	72
ALCANCE GENERAL DEL PRINCIPIO	72
TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	85

TEORÍA HECHO DEL PRINCIPE	90
PERJUICIOS POR MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA	93
REVISIÓN Y AJUSTES DE PRECIOS	98
RÉGIMEN DE RIESGOS	101
RIESGOS DE CONSTRUCCIÓN, IMPREVISIÓN, FUERZA MAYOR	102
DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS	104
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL	109
LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES	113
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	129
EL DAÑO	150
NULIDAD DEL CONTRATO	152
EFFECTOS DE LA NULIDAD	152
NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO POR DOLO	155
CONFIANZA LEGÍTIMA	157
BUENA FE CONTRACTUAL	159
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO	162
FUERZA MAYOR	163
ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA	166
PAGO HECHO POR TERCEROS	172
ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL	173
COMISION DE ÉXITO	177
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES	178
LA CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PROPIO DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	183
INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL COMO HERRAMIENTA DEL SISTEMA ANDINO DE JUSTICIA	185

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

CONVOCANTE: DOLMEN S.A. E.S.P.

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JUAN ACOSTA-ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ALEKSEY HERRERA ROBLES, ALBERTO MONTAÑA PLATA, JUAN CARLOS

EXPOSITO VÉLEZ

Laudo: abril 21 de 2015

De acuerdo con lo anterior, como bien lo observa la parte Convocada, la habilitación que las partes dieron al Tribunal se limita a *“las discrepancias que se puedan suscitar en la ejecución del contrato”*, de tal suerte que la competencia del Tribunal se limita a las controversias señaladas expresamente en cláusula compromisoria trascrita atrás. En ese orden de ideas, para resolver la excepción planteada por la parte Convocada, debe determinarse si las pretensiones de la demanda se encajan dentro del objeto de la habilitación hecha por las partes.

Al respecto, debe recordarse que el origen fáctico esencial de la controversia puesta a consideración de este Tribunal es la nulidad judicialmente declarada de los actos previos a la celebración del contrato, sino de los efectos que sobre la ejecución del mismo tienen los hechos ocurridos en la fase precontractual. Es decir, que para el Tribunal es claro que la controversia no se refiere a esa fase previa, sino que simplemente tiene como parte de sus fundamentos, hechos ocurridos con anterioridad a la celebración del contrato.

Es así como, si se analizan con detenimiento las pretensiones de la demanda, es claro que en ellas no se busca dar trámite a una controversia precontractual, sino que su objeto es la definición de los efectos económicos producidos por la terminación anticipada del vínculo negocial. Precisa el Tribunal que la simple existencia de unos hechos ocurridos antes de la celebración del contrato no hace, por sí misma, que se trate de una controversia precontractual, pues si ello fuera cierto, por ejemplo, las controversias derivadas de hechos propios de la planeación contractual tampoco podrían ser consideradas como controversias contractuales, lo cual carece de todo fundamento, pues lo cierto es que en todos esos casos, a pesar de existir hechos acaecidos antes del perfeccionamiento del contrato, ellos tienen proyección hacia la fase contractual y, por lo tanto, las controversias no se limitan a la discusión de los derechos precontractuales, sino a la solución de problemas contractuales, dentro de los cuales claramente caben los efectos económicos de un acto administrativo de terminación unilateral.

De otra parte, en relación con lo expresado en la excepción, como ya se indicó, el objetivo de las pretensiones de la demanda se concreta en la discusión judicial de la responsabilidad por la terminación del contrato, así como de los efectos económicos del acto administrativo de terminación unilateral del contrato que deben tenerse en cuenta en su liquidación judicial.

...

En consecuencia, concluye el Tribunal que al asumir competencia para resolver las pretensiones mencionadas, no se está considerando competente para juzgar la legalidad de acto administrativo alguno. Se insiste, las pretensiones no buscan el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos mencionados en ellas, sino la declaración de responsabilidad por la terminación del contrato, que es asunto para el cual este Tribunal se declaró competente y que se ratifica en este Laudo arbitral.

...

Con posterioridad, las citadas sentencias han sido ratificadas en diversas oportunidades por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Interesa especialmente un muy reciente pronunciamiento jurisprudencial en el cual se precisó lo siguiente:

“En estos términos, se concluye que los poderes exorbitantes de la contratación estatal, también denominados excepcionales, no se reducen a los que contempla el art. 14 de la ley 80 de 1993, sino que incluye los demás actos administrativos que implican el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas que tiene la entidad sobre el contratista –posición amplia-, tesis que expresó la Sala en la sentencia de 2009, que aquí se ratifica para esclarecer su alcance. Por tanto, en relación con la posibilidad de que los tribunales de arbitramento juzguen los actos administrativos, no procede cuando son un producto del ejercicio de las potestades exorbitantes o excepcionales del art.14. En cambio tratándose de los poderes excepcionales o exorbitantes de imposición de multas, cláusula penal, declaración de un siniestro, liquidación unilateral, entre otros que la ley asigna al Estado contratante, y que constituyen una excepción a la igualdad que existe en el derecho privado, los tribunales de arbitramento tienen competencia”.¹³

En ese contexto jurisprudencial, como los actos administrativos involucrados dentro de la presente controversia (Resoluciones 00100 de 15 de septiembre de 2011 y 00114 de 20 de octubre de 2011) fueron expedidos en ejercicio de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 45 de la ley 80 de 1993, no en ejercicio de la potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la misma Ley 80 de 1993, no cabe duda

¹ 13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, Expediente 25.745.

que toda controversia relacionada con esos actos administrativos es susceptible de ser conocida por un Tribunal de Arbitramento.

DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DEL CONTRATO

CONVOCANTE: DOLMEN S.A. E.S.P

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JUAN ACOSTA-ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ALEKSEY HERRERA ROBLES, ALBERTO MONTAÑA PLATA, JUAN CARLOS

EXPOSITO VÉLEZ

Laudo: abril 21 de 2015

Frente a esa posibilidad de que se declare la nulidad de oficio del contrato estatal, aparece la inquietud de si un tribunal de arbitramento podría proceder a llevar a cabo esa declaratoria de nulidad absoluta. Al respecto, con base en el reconocimiento expreso de la autonomía del pacto arbitral respecto del contrato al cual se encuentra vinculado, se ha concluido que el juez arbitral sí puede declarar la nulidad absoluta del contrato que se somete a su conocimiento, como bien lo prevé el artículo 5° de la Ley 1563 de 2012 que expresamente refiere en cuanto a la autonomía de la cláusula compromisoria que *"La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido"*.

En ese sentido, la jurisprudencia administrativa ha reconocido de manera reiterada la competencia del juez arbitral para proceder a declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal sometido a su conocimiento, sin que ello implique vulneración del principio de congruencia. Ha señalado en ese sentido:

"En síntesis, aún sin petición expresa de parte el juez arbitral no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley, se haya invocado como fuente de derechos u obligaciones de las partes e intervengan en él las partes o sus causahabientes. Y esa actuación no viola el principio de congruencia, al cual hace relación la causal 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, porque la ley le ordena en esos precisos y taxativos eventos decidir de oficio acerca de la validez o invalidez del contrato y, por ende, el juez arbitral "está cumpliendo con el respectivo precepto, expreso o implícito, o sea proveer sobre cuestiones incluidas en la relación procesal por disposición del legislador, de modo que las partes desde el principio saben el objeto del debate." Dicho de otro modo, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, no se está en inconsonancia " en los casos que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de

oficio sobre ciertos extremos de la controversia pues tal hipótesis, aunque el demandante o demandado no los que hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluidos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, saben las partes, desde el momento en que aquella se constituyó, que tales cuestiones son objeto de debate”. ² 21[Negrillas fuera del texto]

...

En suma, doctrina y jurisprudencia se encuentran de acuerdo en que los tribunales de arbitramento no solo tienen la posibilidad, sino que tienen el deber de proceder a declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos estatales sometidos a su conocimiento, esto es, que gozan de plena competencia para proceder a adoptar esa decisión.

...

De otra parte, el Tribunal considera pertinente destacar que la decisión de terminación unilateral del contrato de concesión adoptada por el Municipio Juan de Acosta tampoco le impide proceder a hacer la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del citado contrato.

En efecto, como bien lo han entendido las jurisprudencias constitucional y administrativa, la potestad administrativa de terminación unilateral del contrato cuando se configura una causal de nulidad absoluta prevista en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, tiene unas características, un régimen jurídico y unas consecuencias diferentes a la declaración judicial de nulidad del contrato, lo cual implica que se trata de dos figuras independientes que pueden coexistir. En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.

[...]

Esas diferencias permiten advertir también que mientras la terminación unilateral del contrato estatal, incluso con fundamento en alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, únicamente resulta procedente o viable en

² 21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31. 354

*cuanto el respectivo contrato se encuentre vigente, por la sencilla pero potísima razón de que no es posible dar por terminado un contrato que previamente ya ha finalizado; por el contrario, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal perfectamente puede adoptarse- e incluso solicitarse-, con posterioridad a la terminación del mismo".*³*(Negrillas y subrayas fuera de texto).*

CONVOCANTE: MARCO ANTONIO MARÍN RAMÍREZ

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JAMUNDÍ

ÁRBITROS: FRANCISCO CHAVES CAJIAO, FABIO DÍAZ MESA, CARLOS ARTURO COBO GARCÍA

Laudo: junio 11 de 2014

Ahora bien en el inciso primero del artículo primero de la Ley 1563 de 2012 (Julio 12), “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, al hacer referencia a *definición, modalidades y principios*, indica que “*El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*” normatividad de la cual se podría deducir que en el asunto que nos compete, **este Tribunal carecería de la competencia para pronunciarse sobre la validez o no del contrato de Prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011 por tratarse de un asunto no transigible.**

Pues bien, el anterior interrgante fue resuelto por la sección Tercera del Consejo de Estado (auto de 14 de agosto de 2.003. Expediente 24-344 Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez) que indicó:

*“ Podría pensarse, en principio, que uno de los asuntos sobre los cuales carecen de competencia los tribunales de arbitramento para pronunciarse, por tratarse de un asunto no transigible, es la validez y existencia de los contratos; sin embargo, no debe perderse de vista que, como se dijo, el constituyente de 1991 prescribió que **“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determina la ley”** (negrilla de la sala).*

*Así las cosas, es necesario analizar la regulación que, sobre la materia específica, existe **competencia de los tribunales de arbitramento frente a los contratos estatales.***

....

³ 25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.3244.

La autonomía de la cláusula arbitral (En(sic) este caso, la convenida en el contrato de Prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011) habilita a los árbitros para pronunciarse, sin limitaciones, sobre la existencia y validez del referido contrato de prestación de servicios, porque sin duda, si el legislador hubiese querido excluir de este tratamiento las pretensiones y discrepancias sobre nulidades provenientes de objeto y causa ilícitos, así lo habría señalado puntualmente, dada la envergadura de esta exclusión, con la cual se desconocería en buena parte la mencionada autonomía y se afectaría la estabilidad y efectividad de los pactos arbitrales. En ese orden de ideas podemos concluir que, **cuando las partes pactan en la cláusula arbitral que todas las discrepancias derivadas de la relación serán sometidas a arbitramento, no cabe duda de que la competencia de los árbitros que atienden dicho litigio se extiende a las provenientes de la eventual nulidad del negocio jurídico materia del conflicto.**

Algo similar ocurrido (sic) en el proceso entre **Fiduciaria Caldas S.A. y Seguros Atlas S.A.** adelantando en el centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el cual concluyó con el laudo proferido el 8 de noviembre de 1995, en el cual se declaró la nulidad (de oficio) por el objeto ilícito de una cláusula del contrato de seguro que vinculaba las dos partes, al resolver el recurso de anulación propuesto contra el referido laudo arbitral, en el cual se planteó que el fallo impugnado era *extra petita* en razón de la declaratoria oficiosa (sic) de la nulidad, el Tribunal Superior de Bogotá manifestó que *“esa declaratoria de nulidad, así no se hubiera pedido en el petitum, no constituía cuestión ajena a la litis, de donde se establece que el cargo endilgado carece de todo fundamento”*. (Negrilla fuera del texto original).

Es por todo lo anterior que este Tribunal llega a la conclusión de que los árbitros no pierden competencia, por el hecho de que se debatan ante ellos materias en que tiene interés el orden público. En ese supuesto, lo que deben hacer es aplicar rectamente las normas llamadas a gobernar el litigio, es decir, las pertinentes decisiones de orden público. Se resalta que no se encuentra providencia de la justicia estatal que hubiere anulado un laudo arbitral por haberse ocupado de temas que involucran el análisis de potenciales nulidades absolutas, ni por haberlas declarado.

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL SA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSE ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

22. Frente al anterior punto, el Tribunal considera que sólo habría lugar a la prejudicialidad si el Tribunal no tuviera competencia para declarar la nulidad del contrato

de concesión, pues en ese caso, el resultado de las acciones populares incidiría directamente y condicionaría el sentido del fallo. No obstante, como lo reconoce el señor agente del Ministerio Público y en ello están de acuerdo las partes, el presente Tribunal sí tiene competencia para estudiar la nulidad del contrato, como lo pasa a explicar.

En primer lugar, resalta el Tribunal que, como lo señalan GIL ECHEVERRY⁴10 y SUESCÚNMELO⁵11, la discusión sobre si la justicia arbitral puede pronunciarse sobre la validez o invalidez del contrato materia del litigio se encuentra definida por la ley, en el sentido de que los tribunales de arbitramento son competentes para conocer de esta clase de controversias. Este argumento positivo se sustenta específicamente en dos normas: los artículos 20 del Decreto 2651 de 1991 y 116 de la Ley 446 de 1998, y bajo la idea de que la Constitución Política dispuso que la competencia de los árbitros sería fijada por la propia ley.

En primer lugar, el artículo 20 del Decreto 2651 de 1991 (adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998 y declarado exequible mediante sentencia C-592 de 1992) dispone que en el laudo se dará aplicación al inciso tercero del artículo 306 del CPC. La norma del estatuto procesal civil a la que se hace remisión dispone que *“cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”*.

Para el Tribunal, la aplicación de la norma transcrita al laudo arbitral resulta otorgando a los tribunales de arbitramento las mismas facultades que tiene el juez ordinario en relación con las nulidades del contrato materia del litigio, permitiéndoles, en consecuencia, ser competentes para declarar nulidades absolutas y relativas, las primeras aun de oficio.

En segundo lugar, el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 que adicionó el artículo 2A al Decreto 2279 de 1989, dispone que *“la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”*. De la lectura de esta norma se infiere sin

⁴ 10 JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 2ª ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2002, p.528.

⁵ 11 JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estatutos de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2003, pp.170 y ss. Este autor hace una lista y comenta once laudos arbitrales en los cuales, los tribunales de arbitramento consideraron que eran competentes para declarar la nulidad absoluto por objeto o causa ilícita de estipulaciones contractuales, tanto en contratos privados como en contratos administrativos y estatales.

asomo de duda que el legislador quiso que el tribunal de arbitramento sea el juez competente para conocer de toda controversia relativa a la existencia y validez del contrato que contenga cláusula compromisoria, independientemente de la validez de ésta, quedando incluidas dentro de este género de controversias, aquellas relativas a nulidad absoluta y relativa de las estipulaciones contractuales, ya que el legislador habla simplemente de invalidez sin entrar a distinguir entre nulidades absolutas o relativas, por lo cual debe entenderse que la facultad se aplica a toda clase de nulidades (...).

NULIDAD DEL ACTA DE PAGO

CONVOCANTE: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P-EMAB S.A.E.S.P

**CONVOCADO: ASOCIACIÓN AGROECOLÓGICA DE CAÑAVERALES Y CONDOR SA
COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN**

**ÁRBITROS: LUZ MARINA BERMUDEZ, SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, FRANZ
HEDERICH GARCÍA**

Laudo de 13 de abril de 2016

...

La Sala ha considerado que la aludida causal cuarta [incompetencia del Tribunal de Arbitramento] comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad de los actos administrativos, en el entendido de que esta materia no es transigible. Así en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000, explicó:

*“(...)no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transición, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administradores y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra parte, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley.”*⁶ 8(Subraya por fuera del texto original)

⁶ 8 Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró, en la providencia precitada que la justicia arbitral carece de facultad legal para juzgar la legalidad de los actos administrativos *“en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por el ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción.(...)”*

Por tanto, estima el Tribunal que carece de competencia para abordar el estudio de la pretensión de nulidad del Acta de Pago Parcial No. 1 suscrita el 14 de agosto de 2012 entre el Interventor del Contrato y el Representante legal de la Convocada Asociación Agroecológica Los Cañaverales, por no ser un tema transigible y por tanto este Tribunal está vedado para ejercer control jurídico y de legalidad sobre este acto administrativo, competencia que está reservada al Juez Contencioso Administrativo.

INEXISTENCIA DE REQUISITOS PREVIOS PARA CONVOCAR A UN TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

PARTE CONVOCADA: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN.

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: octubre 14 de 2014

Al respecto, este Tribunal manifiesta que si bien la cláusula trigésima quinta del contrato VAL-01-05 estipula que las partes pueden acudir al arbitramento *“agotados los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, sin llegarse a acuerdos”*, y que la cláusula trigésima cuarta consagra en relación con la solución directa de controversias que *“Las partes de común acuerdo buscarán la solución en forma ágil, rápida y directa de sus diferencias y discrepancias acudiendo a los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley 80 de 1993 y la ley 446 de 1998, a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción”*, dichos acuerdos entre las partes no pueden ser contrarios a la normatividad vigente para los contratos estatales, cuya naturaleza es ser de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

En efecto, debe ponerse de presente que en la actualidad el Decreto 1716 de 2009, con el cual se reglamenta todo lo relativo a la conciliación en materia contencioso administrativa y se otorgan facultades a los comités de conciliación de las entidades estatales para pronunciarse sobre la procedencia de la utilización de cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias, establece de manera expresa en el parágrafo 5º del artículo 2º que *“El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998”*, con lo cual se evidencia que sin lugar a dudas no existe ningún requisito previo que deba agotarse para la procedibilidad de una convocatoria arbitral diferente al hecho de haberse pactado una cláusula compromisoria – como la que se encuentra en la cláusula trigésima quinta transcrita-, pues si el mecanismo que se constituye en (sic) obligatorio en la mayoría de los casos para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no reviste tal calidad en lo arbitral, mucho menos podrá predicarse tal mandato de otras alternativas como el arreglo directo, la transacción o la amigable composición.(...)”.

CONVOCANTE: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.

CONVOCADO: MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO

**ÁRBITROS: ARNOLDO MENDOZA TORRES, MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS ,
ALEKSEY HERRERA ROBLES**

Laudo: mayo 21 de 2015

...

- (iii) Por otra parte, el Decreto 1716 de 2009, en el Parágrafo 5º del artículo 2º establece: *“El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la ley 446 de 1998.”* No obstante lo anterior, la suspensión de los términos de caducidad o prescripción a que se refiere el artículo 21 de la ley 640 de 2001 se encuentra referida de manera general a la conciliación establecida en la ley como requisito de procedibilidad. Al respecto, en el caso en que el demandante adelantó el trámite de conciliación en un asunto de carácter tributario, no susceptible de conciliación como lo establece el parágrafo 1º del artículo 2º del citado Decreto, el Consejo de Estado indicó: *“... Concluye la Sala que, en este caso, a pesar de que la conciliación prejudicial no es requisito para la*

procedibilidad de la acción, la solicitud de conciliación presentada por el señor (xxx) suspende el término de caducidad de la acción...”⁷11

RENUNCIA TÁCITA AL PACTO ARBITRAL- YA NO ES PERMITIDA

**ACTOR: UNIÓN TEMPORAL DE SERVICIO INTEGRADO DE TRANSITO Y TRANSPORTE
CANDELARIA**

**DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA
C.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

Acción de Tutela: marzo 5 de 2015

Sin embargo, en ese mismo año [2013] se profiere el auto de unificación de la Sección Tercera Consejo de Estado en el que se sustentó la declaratoria de nulidad del proceso de controversias contractuales promovido por la ahora tutelante. Evidentemente la tesis fue modificada en el sentido de exigirse a las partes manifestar de forma “*expresa y solemne*” su voluntad de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, con lo que se habilitaría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las diferencias suscitadas en el contrato estatal. Se consideró en dicho auto lo siguiente:

“Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebraran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y , mas aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C.de P.C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la

⁷ 11Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 6 de noviembre de 2013. Expediente 20224

jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.”

Para la Sala, las consideraciones que la Sección Tercera plasmó en el citado proveído, más allá de variar una tesis, en realidad modificaron una regla, que aun cuando fuese de índole jurisprudencial, tenía una fuerza vinculante tal que había creado no solamente en los operadores jurídicos sino en los destinatarios de la ley, la convicción de que al pacto compromisorio se renunciaba tácitamente por la actitud pasiva de la parte demandada respecto de la proposición de la excepción respectiva, situación que determinaba en ésta jurisdicción la competencia para resolver el asunto.

Desde los albores de la jurisprudencia constitucional en el nuevo marco superior, se ha considerado que la actividad judicial no cumple solamente el papel de un mero criterio auxiliar de interpretación, sino que desempeña un rol consciente de creación de subreglas jurídicas, que hace que tenga una connotación especial en el sistema de fuentes formales del derecho, sin que necesariamente, según la dogmática, pueda equipararse a las normas proferidas por el legislador en sentido formal”⁸19.

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 *perpetuario jurisdictionis* protege en el sub iudice recae en el respecto 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 ésta 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 ésta no tiene la entidad suficiente

⁸ 19 Al respecto ver sentencias C-083 de 1995 (Carlos Gaviria Díaz), T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-260 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C 037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-175 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), SU-640 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU.047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz – Alejandro Martínez Caballero), C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

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*⁹20.

...

Por todas estas razones, encuentra la Sala que en el específico caso que se somete a consideración constitucional, se precisa dejar sin efectos las decisiones de 23 de julio y 18 de septiembre de 2014 y en consecuencia se ordenará al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decida de fondo el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de controversias contractuales promovido por la ahora tutelante.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ARBITRAL

CONVOCANTE: HIDRUS S.A Y H.M INGENIERIA S.A.S

**CONVOCADO: FONDO DE REESTRUCTURACIÓN, OBRAS E INVERSIONES HÍDRICAS
DISTRITAL FORO HÍDRICO**

ÁRBITRO: ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: junio 14 de 2016

La ley 1437 de 2011 en su artículo 164 establece la oportunidad para presentar la demanda en materia contencioso administrativa, términos que aplican a los procesos arbitrales. Al respecto, la norma señala: "*La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opera la caducidad: (...) j) En las relativas a contratos el termino para demandar 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 termino de dos 2 años se contara así: (...) v) En los que requieran de liquidación y esta nos e (sic) logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto,*

⁹ 20 Llama la atención que la nueva ley de arbitramento, esto es la Ley 1563 de 2012 también acepta la renuncia tácita al pacto compromisorio, tal como lo acogía la tesis jurisprudencial que se mantuvo hasta el 2013, en relación con la ley anterior.

del termino de los cuatro 4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo orden (sic) o del acuerdo que lo disponga."

...

Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 2015, este Tribunal considera que no está caducada la acción.

CONCOVANTE: GRUPO EMPRESARIAL METROCARIBE S.A.

CONVOCADO: TRANSMETRO S.A.S

ÁRBITROS: ANTONIO PABÓN SANTANDER, ANNE MARIE MURRELE ROJAS, RICARDO HOYOS DUQUE

Laudo: junio 30 de 2015

Establecido como ha quedado que el Tribunal goza de plena competencia para pronunciarse sobre el fondo de las discusiones sometidas a su consideración, se procede a estudiar la excepción de caducidad ¹⁰3 propuesta por la convocada toda vez que por ser un medio de defensa puramente procesal, su prosperidad relevaría a los árbitros del análisis de las pretensiones y demás excepciones propuestas por las partes.

Como fundamento de ese medio de defensa, la demandada sostiene que de conformidad con lo previsto por el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la caducidad se cuenta a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la acción. En ese sentido, considera que en el presente caso las circunstancias fácticas que fundamentan la demanda se presentaron desde el inicio mismo de la operación (10 de julio de 2010), por lo cual el término de caducidad respecto de la acción ejercida en relación con los reconocimientos de pagos, ya se encuentra vencido.

El literal j) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé de manera general en sus literales iii, iv, y v, un principio consistente en que en aquellos contratos en los cuales se requiere la liquidación, el término de caducidad de dos años comienza a contarse desde el momento en que ésta se efectuó o debiera efectuarse. Resulta innecesario en este punto entrar a detallar los diferentes escenarios que en torno a la liquidación pueden presentarse pero lo que resulta relevante es la existencia del principio antes mencionado.

Las cláusulas 134 y 135 del contrato de concesión que da origen a este proceso, contemplan para las partes el deber de liquidar el contrato al momento de su

¹⁰ 3 Folio 1481 del Tomo III

terminación, circunstancia que lo ubica automáticamente en el ámbito reglado por el literal j) del mencionado artículo 164, argumento suficiente para concluir que la caducidad alegada en la contestación de la demanda no está llamada a prosperar.

CONVOCANTE: FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.

CONVOCADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.

ÁRBITROS: ERNESTO RENGIFO GARCÍA, CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO

Laudo: diciembre 11 de 2017

En este aspecto, considera importante el Tribunal mencionar que no considera aceptable la tesis doctrinal según la cual el proceso arbitral no se encuentra cobijado por la caducidad contemplada en la normatividad civil ni en la normatividad administrativa, que ha sido planteada así:

“La caducidad de la acción arbitral. Siendo el proceso arbitral un proceso autónomo e independiente de los procesos tramitados ante la justicia ordinaria, llámese juez civil, comercial, de familia o de lo contencioso administrativo, es natural que las caducidades respectivas y relacionadas con estas acciones ordinarias no cobijan ni se trasladan al juicio arbitral (...).

La ley o estatuto arbitral no estableció ningún término de caducidad de la acción arbitral, por lo cual, como principio general, se aplica el término extintivo de 20 años previsto en el artículo 1º. de la Ley 50 de 1936 y el artículo 2536 del CC (...).

En este orden de ideas, la caducidad de las acciones administrativas establecidas expresamente en el artículo 44 de la ley 446 de 1998 no se comunican al juicio arbitral, porque no se trata de acciones ante lo contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho (caducidad de cuatro meses), de reparación directa (caducidad dos años) o una acción administrativa contractual (caducidad de dos años). No; se trata de un proceso arbitral-administrativo que se rige por la regla general de los 20 años”¹¹⁹⁵.

No comparte el Tribunal la tesis expuesta, pues considera que, como lo ha señalado otro Tribunal de Arbitraje: “(...) todo lo relacionado con la caducidad, tiene carácter general y se aplica al tipo de acción que se pretenda intentar, con prescindencia de cuál sea el juez competente. Dicho en otras palabras, tales ordenamientos de procedimiento se ocupan de

¹¹ 95 GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, “Nuevo Régimen de Arbitramento – Manual Práctico”, Cámara de Comercio de Bogotá, (Bogotá D.C. -2004).

regular la forma de acceder a la jurisdicción y en ellos, la caducidad regula el tipo de acción de manera general y no una caducidad según el juez que resulte competente”¹² 96.

De acuerdo con lo expuesto, tratándose de Tribunales de Arbitraje deberá aplicarse la normatividad de caducidad que corresponda de acuerdo con la controversia de que se trate. Dado que en este caso, tal como se dijo, nos encontramos ante una controversia derivada de un contrato al que debe darse integralmente el tratamiento de contrato estatal, reitera el Tribunal que el régimen aplicable en materia de la caducidad es el establecido en la normatividad administrativa (artículo 164 de la Ley 1437 de 2011).

Así las cosas, a continuación, pasa a analizarse en concreto cuál es la normatividad, en materia de caducidad, que debe ser evaluada en el presente caso. Para estos efectos, lo primero que se debe dilucidar es si el fenómeno de la caducidad debe ser considerado como un fenómeno de naturaleza sustancial o de naturaleza procesal.

...

Como se dijo, la caducidad de la acción contractual debe ser analizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que establece que tratándose de contratos de ejecución sucesiva en los que se requiera liquidación ¹³107 y la misma sea realizada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente a la firma del acta.

El contrato objeto de estudio es un contrato de ejecución sucesiva, que requiere liquidación y la misma se efectuó por las partes de común acuerdo. No obstante, como se dijo, si bien el Contrato No. 1122-16-08 se liquidó en el año 2013 no se probó dentro del proceso la fecha exacta de la suscripción por las partes del acta de liquidación.

En estas condiciones y so pena de desconocer el régimen de caducidad, para computar el término de este se deben tener en cuenta los términos de liquidación del contrato pactados en el mismo. Como lo afirman el agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte convocada, no es posible tener como referencia para contar el término de caducidad una fecha de liquidación bilateral posterior a la que surge de los términos establecidos en el contrato y en la ley, pues ello comportaría eventualmente una variación convencional del régimen de cómputo de la caducidad lo que, en criterio del Tribunal, y dado el carácter de orden público de la caducidad, no podría quedar al arbitrio de la voluntad de las partes. En este aspecto, comparte este Tribunal la jurisprudencia del Consejo de Estado que, al respecto, se ha pronunciado señalando:

¹² 96 Tribunal de Arbitraje de Droservicio Ltda. Y Grupo Médico de Occidente E.A.T. contra Canajal S.A. EPS En Liquidación, adelantado ante la Cámara de Bogotá, decisión del 15 de octubre de 2008.

¹³ 107 De acuerdo con la jurisprudencia la Liquidación es requerida tanto cuando la ley lo establece, como cuando las partes lo acuerdan en el contrato. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344

*“Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y **en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el termino prefijado en la ley.***

Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediamente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendría en el término de caducidad una liquidación posterior. Sostener lo contrario sería tanto como argumentar que el término de caducidad puede quedar al arbitrio de alguna de las partes.

En efecto, de no ser como se viene afirmando se llegaría a la extraña e ilegal situación de existir un término de caducidad superior al previsto en la ley en virtud de la decisión de alguna de las partes (...)

Y es que la posición que aquí se critica impondría la obligada pero errada e ilegal conclusión consistente en que el término de caducidad ya no sería de dos años contados a partir del momento en que vencieron los términos legales para liquidar el contrato (...), todo por decisión de quien o quienes liquidaron el contrato por fuera de los términos legalmente previstos para ello”¹⁴108 (Resalta y subraya el Tribunal)

Descendiendo al caso concreto observa el Tribunal que, dado que el Contrato 1122-016-08 terminó el 30 de abril de 2012 y que tal día era el último día de ejecución, el término de liquidación bilateral se debe empezar a contar a partir del día siguiente, esto es, el 1 de mayo de 2012, como lo señala en su concepto el señor agente del Ministerio Público. Así las cosas, es posible entender que los seis (6) meses pactados por las partes para la liquidación del Contrato vencían el 1 de noviembre del mismo año.

Una vez vencido el término de liquidación bilateral, el contrato establecía la posibilidad de liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes, y dado que según lo ya dicho las partes tenían para realizar la liquidación de común acuerdo hasta el 1 de

¹⁴ 108 Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Auto de 8 de junio de 2016, Expediente No. 54067.

noviembre de 2012, esos dos (2) meses se comienzan a contar a partir del día siguiente, esto es, el 2 de noviembre de 2012, y, por ende, la liquidación unilateral podría realizarse hasta el 2 de enero de 2013.

Ahora bien, en criterio del Tribunal, el término de caducidad empezó a correr desde el día siguiente al 2 de enero de 2013, esto es, el 3 de enero de 2013, de suerte que la entidad demandante contaba con dos años para acudir a la jurisdicción y tal plazo venció el 3 de enero de 2015. Así las cosas y puesto que la demanda se presentó el 24 de noviembre de 2015, se debe concluir que ella fue presentada una vez ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción contractual ¹⁵109.

CONTRATOS ESTATALES

IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN CONTRATO

CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Al respecto, debe decirse que la jurisprudencia no ha sido extraña a la evaluación de la real naturaleza del contrato objeto de litigio. La Corte Suprema de Justicia ha expuesto esta preocupación, manifestando que *“La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre”*¹⁶135, que *“los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les*

¹⁵ 109 No comparte el Tribunal la aplicación de términos de vacancia judicial propuesta por el Ministerio Público, pues como se ha señalado en diferentes tribunales, los mismos no resultan aplicables a la justicia arbitral, respecto de lo cual se trae a colación la siguiente cita jurisprudencial: *“Como se advierte de la primera de las disposiciones citadas, la conocida “vacancia judicial” por vacaciones anuales, que comprende entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero siguiente, inclusive, y los días de “semana santa”, solo cubre a la jurisdicción ordinaria y, en concreto, a los funcionarios y empleados de las ramas y despachos mencionados, así como a los respectivos agentes del ministerio público. Pero esa previsión no cubre a los tribunales de arbitramento porque no son “despachos judiciales” ni están mencionados en la disposición legal. Tampoco cubre a los árbitros mismos porque no son funcionarios ni empleados de la rama judicial, sino particulares facultados para administrar justicia, calidad que no justificaría una consideración de “vacaciones” por esa labor transitoria y excepcional, cuyo descanso no está vinculado al asunto particular a su cargo”*. Tribunal de Arbitraje de Droservicio Ltda y otro contra Cajanal S.A. EPS En Liquidación, Laudo del 15 de octubre de 2008.

¹⁶ 135 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, pag. 128.

corresponde”,¹⁷ 136 y que “En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que ha dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas”¹⁸ 137.

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCARIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS.

Laudo: mayo 2 de 2016

En consecuencia, a pesar de que las partes cuenten con autonomía de la voluntad para determinar el contenido del contrato que deseen celebrar, las mismas no cuentan con el poder dispositivo para asignar una denominación subjetiva del negocio celebrado, pues la misma y el consiguiente régimen jurídico, dependen estrictamente del análisis del contenido de lo pactado a la luz de los elementos esenciales de cada tipología contractual que se encuentran consagrados en la ley.

En este sentido, el artículo 32 de la misma Ley 80 de 1993 permite que los sujetos contratantes puedan celebrar los contratos que se deriven del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, como se advirtió, dicha libertad de tipificación contractual no puede ser caprichosa, sino que debe corresponder a los elementos esenciales de cada tipología contractual que se encuentran previstos en la ley (...).

Al respecto, debe ponerse de presente que la jurisprudencia ha expresado que "la calificación que los contratantes den a un contrato motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre"¹⁹ 620 en este sentido le corresponde al juez determinar la auténtica naturaleza del negocio jurídico pactado. De manera más reciente, la misma corporación expresó:

Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur), ya que, como se

¹⁷ 136 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pag. 574.

¹⁸ 137 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. No 2415, pag. 254.

¹⁹ 620 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G J., tomo XXXVII. p. 128.

*comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica.*²⁰ 621

...

Si se lee en detalle la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como la de la Corte Suprema de Justicia, es fácil concluir que las partes no tienen la facultad de cambiar la naturaleza jurídica de un contrato por la simple asignación de una denominación concreta. Entonces, por ejemplo, las partes no pueden transformar un contrato de agencia en uno de distribución mercantil simplemente llamándolo de esa manera y, a la vez, no pueden convertir un contrato de obra pública en uno de concesión de obra pública por el simple hecho de la calificación caprichosa que se le otorgue al mismo.

El Tribunal de Arbitramento, según lo ha señalado la jurisprudencia administrativa, tiene el deber de hacer la calificación del contrato y, en caso de encontrar una discordancia entre lo pactado y el nombre asignado, debe proceder a hacer la correcta calificación, como lo ha señalado el Consejo de Estado: "La discordancia entre la denominación que las partes dan al contrato y la tipificación que resulta del análisis judicial debe ser resuelto a favor de éste último, en tanto que se fundamente jurídicamente "²¹ 624

EL CONTRATO ESTATAL Y LAS POSIBILIDADES DE SU MODIFICACIÓN

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCARIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

De lo anterior resulta claro que es un deber de las partes del contrato estatal, adoptar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión del cual no podrán sustraerse, so pena de desconocer las finalidades del contrato público. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios pactados, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes.

²⁰ 621 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. sentencia de 19 de diciembre de 2011. expediente 11001-3103-005-2000-01474-01

²¹ 624 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2012. Expediente 38.124

Ahora bien, en tratándose de adiciones, el legislador impone la necesidad de su formalización, a los efectos de su reconocimiento y ubicación en la materia y límites que la ley impone sobre el ejercicio de esta facultad. De esta manera las obras adicionales o complementarias, deberán necesariamente, en principio ser objeto de adiciones contractuales celebradas con pleno cumplimiento de las formalidades y rituales previstos en la ley y el contrato a este efecto.

De lo anterior resulta evidente para el Tribunal que la entidad contratante goza de la facultad legal para introducir variaciones en el contrato -de modo unilateral si no contare con el aval de su contratista-, en aras de garantizar el cumplimiento del propósito perseguido con la contratación. Lo que resulta inadmisibles para el Tribunal y considera digno de reproche, es que la administración pública contratante, amparada en argumentos de riesgo contractual, evada su obligación de pago de las obras ejecutadas por el contratista en cumplimiento de la instrucción impartida por su contratante.

En el caso concreto que ocupa la atención del Tribunal, se encuentran acreditados en el trámite los antecedentes que dieron lugar, ya iniciada la ejecución del contrato, a la "inclusión de un tercer operador", como elemento definitorio de la adopción de medidas en el contrato que resultaron en la modificación de los diseños a cargo del concesionario y en el desarrollo de obras y actividades no previstas inicialmente.

...

Por ello, pacíficamente, la doctrina, la ley y la jurisprudencia, conciben el contrato público, como un contrato esencialmente mutante, nota tipificante del convenio estatal, a cuya aplicación no podrá oponerse el contratista. Este es, en últimas el fundamento superior del poder del Estado para modificar unilateralmente los contratos estatales ante la amenaza de la parálisis del servicio público

...

Por esta razón, el costo en que incurrió el contratista por la modificación de los diseños del proyecto con el fin de incluir un tercer operador como premisa cierta de los mismos, por instrucción de la entidad, será objeto de reconocimiento en este Laudo, sobre la base de la verificación probatoria de los montos que lo integran.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

CONVOCANTE: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.P

CONVOCADO: MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ARNOLDO MENDOZA TORRES, MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS, ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: mayo 21 de 2015

El contrato estatal como acto jurídico, es expresión de la voluntad de quien lo acuerda de tal forma que establecer el sentido y alcance de las obligaciones contraídas tiene que ser objeto de interpretación. Al respecto, el Estatuto de Contratación Estatal estableció en su artículo 28, las reglas de interpretación al señalar: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en el de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*

Adicionalmente, encontramos en el Estatuto una serie de principios, en su mayoría prescriptivos, pero que mantienen su doble función no solo como mecanismos para atender las lagunas que surjan del ordenamiento, sino también como criterio para orientar la interpretación. Así, podemos encontrar los principios de transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual, selección objetiva y autonomía de la voluntad. A lo anterior hay que adicionar los criterios generales de interpretación contractual previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil dentro de los cuales se encuentra la prevalencia de la intención, las limitaciones del contrato a su materia, el criterio pragmático que prefiere el sentido que produce efectos, la interpretación por la naturaleza de las cosas, la interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica y la interpretación a favor del deudor.

CONVOCANTE: SISTEMA OPERATIVOS MÓVILES SA-SOMOS K S.A.

CONVOCADO: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A

ÁRBITROS: JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, DAVID LUNA BISBAL, ADRIANA POLANIA POLANIA

Laudo: septiembre 15 de 2016

44. Para el Tribunal, no queda ninguna duda que de conformidad con los preceptos anteriores, la obligación de reposición de vehículos por cuenta de los concesionarios que operan las troncales de TransMilenio, según la normatividad vigente al momento de la celebración del contrato de concesión 017 de 2003, y especialmente en virtud al régimen aplicable al momento en que surgieron las diferencias entre las partes (Decreto 309 de 2009), con respecto a los articulados K-159 a K-161, se regía por lo consignando en el mencionado contrato de concesión 017.

...

46. Según el texto anterior, las cláusulas del contrato 017, y los demás documentos que hacen parte de él, **deberán interpretarse integralmente, sin que se infiera que el contrato prevalece frente al contenido de sus anexos.** Por lo tanto se tendrán en cuenta todos los documentos precontractuales, especialmente la oferta y el pliego de condiciones. Es decir, **el referido artículo 3º no contiene una Cláusula de “preeminencia” del contrato, sino de integración o “complementación” contractual con la oferta y el pliego de condiciones, para efectos de la interpretación.** Esta apreciación cobra fuerza al interpretar la parte final del artículo 3º, que por su importancia, se reitera:

“Harán parte del presente contrato y de su PROFORMAS, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la oferta presentada por el CONCESIONARIO”.

...

48. Sin embargo, la contradicción entre el contenido de la cláusula 3º y la cláusula 177.8, del contrato de concesión, debe superarse teniendo en cuenta que **el artículo 3º se refiere, exclusivamente, a la interpretación del contrato** y corresponde a una cláusula de tipo especial y por el contrario el artículo 177.8, corresponde a un pacto de carácter general. Por lo tanto, será la cláusula 3º la que se debe considerar en este asunto, debido a que el problema sustancial de la litis consiste, precisamente, en la interpretación del contrato, según la regla establecida en el artículo 5º numeral 1º de la ley 57 de 1987, y que consagra el principio de que la previsión especial prefiere a la general, precepto aplicable a la hermenéutica contractual. Esta es por demás, la consecuencia natural de aplicar la regla de la interpretación sistemática del contrato:

“... las diversas estipulaciones de un negocio jurídico no pueden considerarse como expresiones aisladas o insulares para efectos de determinar la intención común de los contratantes, pues el contrato todo es un conjunto de disposiciones que tiene como propósito la realización de la finalidad práctica querida por ellos y es claro que tal finalidad o propósito no se realiza con una sola disposición convencional”. (Corte suprema de Justicia, Sala de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2008).

“Para la Sala es claro que una interpretación que pretende encontrar la común intención de los contratantes debe apreciar con detenimiento, de manera sistemática y coherente, todas las palabras que conforman una cláusula y todas las cláusulas que conforma un contrato para obtener el significado jurídicamente relevante, de acuerdo con lo prescrito por el criterio correspondiente, comprendido en el inciso 1 del artículo 1622 del Código Civil – “[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 30 de 2011, Rad. 11001-03-26-000-2010-00024-00(38619)).

RATIFICACIÓN EN CONTRATO ESTATAL

CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Laudo: junio 9 de 2014

42. La figura de la ratificación ha sido definida por el Profesor Fernando Hinestrosa como *“...la aprobación por parte del dominus de la actuación que el falsus procurador realizó a su nombre o, sin más, su conformidad con ella. A cuyo propósito es útil tener presente que “la ratificación constituye un elemento externo al negocio de gestión que de suyo es ya perfecto en su estructura, y simplemente lo integra en el ámbito funcional a manera de una autorización posterior.” Es un negocio de integración, esto es, que se adosa al ya celebrado y que se encuentra en pendencia, y cuya eficacia plena se consolida retroactivamente. El interesado lo toma para sí, lo hace propio. (...)”*²² 306

43. En cuanto a los efectos retroactivos de la ratificación, el profesor HINESTROSA sostiene que *“[l]a ratificación opera ex tunc, es decir, produce efecto retroactivo; sus consecuencias se remiten a la fecha de la celebración del acto ratificado. Ese efecto retroactivo inherente a la ratificación es lo que explica la equiparación de ésta a la procura inicial y que para algunos doctrinantes, en especial del common law, la ratificación se tenga como una de las formas de otorgar poder de representación. La ratificación produce efectos inmediatos (y retroactivos) sobre su autor (dominus) y sobre sus causahabientes futuros, (...). Los produce, sí, respecto del tercero contratante y sus causahabientes, esto en razón de que la ratificación es potestativa del dominus, sin que el tercero, y por ende sus derechohabientes, puedan oponerse a ella o enervar sus efectos. En todo caso, respecto del tercero contratante, la ratificación produce efectos solo en cuanto llega a su conocimiento”*²³ 307.

45. Ahora bien, frente a la aplicación de la figura de la ratificación en materia de contratación estatal, el Tribunal parte del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 –norma

²² 306- (304) FERNANDO HINESTROSA. *La representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 406

²³ 307 *Ibidem*, p. 409

aplicable en el caso concreto en tanto que existe presencia de una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como lo es el Distrito de Cartagena—, el cual dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en esta ley”*. En virtud de lo dispuesto por la anterior norma, el Tribunal observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública nada establece en relación con la figura de la ratificación —ni para autorizarla, ni para prohibirla, ni para dotarla de un régimen especial—, por lo cual deberá entenderse aplicable a la contratación estatal lo dispuesto en el artículo 844 del Código de Comercio.

Pero, además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado reiteradamente la aplicación de la figura de la ratificación en la celebración de contratos con entidades estatales, incluso como mecanismo para subsanar la inexistencia de autorización para presentar la propuesta dentro de un proceso de licitación pública. (...)

47. Ahora bien, frente a los requisitos sustanciales de la ratificación, como se desprende del artículo 844 del Código de Comercio, se requiere: (i) que no lesione derechos de terceros; (ii) que cumpla las mismas formalidades que debe tener el negocio jurídico ratificado, y (iii) que sea hecha por la persona con capacidad de comprometer obligacionalmente al representado. En el caso concreto, para el Tribunal es evidente que no se lesionan los derechos de terceros, pues lo cierto es que HALCROW, tanto negocial como procesalmente, ha admitido la existencia de la representación que ACUACAR ha hecho del Distrito, de tal manera que la ratificación no haría nada diferente a dar seguridad jurídica a una posición que ha aceptado la otra parte del proceso y la destinataria de los actos de los representantes en el caso bajo análisis.

48. En este sentido, recuerda el Tribunal que de conformidad con el artículo 1622 del Código Civil, uno de los criterios más importantes para la interpretación de los contratos se concreta en el comportamiento contractual de las partes, esto es, en la manera en que las partes han entendido y aplicado lo pactado en el contrato. En consecuencia, si tanto ACUACAR como HALCROW han entendido sistemáticamente en la ejecución del contrato que efectivamente existe una relación de representación entre ACUACAR y el Distrito de Cartagena, el Tribunal debe entender que efectivamente existió ese mandato, mucho más con la ratificación suscrita por la entonces Alcaldesa del Distrito de Cartagena, a la cual hizo referencia el Tribunal anteriormente.

49. Por otra parte, este Tribunal estima que en el caso presente se ha configurado un mandato representativo, generado por el comportamiento de ACUACAR desde la celebración del contrato de consultoría CONSUL-02-BM-2008 y en actos posteriores, en concordancia con manifestaciones complementarias de ratificación expresadas por el

Distrito y, finalmente, con la conducta asumida por la parte convocada en este trámite arbitral, tal como se señala a continuación:

...

53. En cuanto al cumplimiento de las formalidades legales del negocio jurídico ratificado, el Tribunal destaca que, como lo expresa la doctrina citada, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 1754 del Código Civil la ratificación puede originarse tanto en una declaración como en conducta concluyente, dadas las especialidades de la contratación estatal, se requieren de ciertas formalidades. En efecto, a la luz de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, es necesario que el acto de apoderamiento en materia de contratación estatal se encuentre por escrito y no puede ser simplemente una declaración de voluntad o una conducta concluyente. En el caso concreto, no cabe la menor duda de la existencia del documento (...).

54. Finalmente, en cuanto a la competencia de quienes suscriben los documentos de representación para comprometer negocialmente al Distrito, el Tribunal hace notar que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la competencia para celebrar contratos en nombre del Distrito le corresponde al Alcalde o a su delegado, en los términos de los artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 21 de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, no cabe la menor duda de que el documento de ratificación de fecha 5 de diciembre de 2011, suscrito por la entonces alcaldesa Judith Pinedo, efectivamente habría sido signado por la autoridad administrativa con competencia para comprometer negocialmente al Distrito.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

CONVOCANTE: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P-EMAB S.A.E.S.P

CONVOCADO: ASOCIACIÓN AGROECOLÓGICA DE CAÑAVERALES Y CONDOR SA

COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN

ÁRBITROS: LUZ MARINA BERMUDEZ, SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, FRANZ

HEDERICH GARCÍA

Laudo: abril 13 de 2016

En la sentencia C-1436 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos citados en precedencia y, luego de resaltar los límites temporal y material del arbitramento – referido esto último a las materias susceptibles de transacción - concluyó que:

(...)

En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos; como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por

particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en *los particulares*, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente, los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tiene como sustento real, la prevalencia de interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.”(Negrillas de la Sala).

De lo anterior, puede concluirse fácilmente que aunque en materia de contratación pública está permitido la suscripción de pactos arbitrales (cláusula compromisoria y compromiso), dicha posibilidad no implica que a través de este medio de solución de conflictos la administración pueda renunciar o disponer de las facultades que el ordenamiento le otorga para hacer prevalecer el interés general y las finalidades del Estado, ni habilitar a los árbitros para que decidan acerca de la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de dichas facultades.

CLÁUSULAS IMPOSITIVAS DE MULTAS

CONVOCANTE: REDITOS EMPRESARIALES S.A

CONVOCADO: BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA

**ÁRBITROS: JUAN FERNANDO BETANCUR GONZÁLEZ, BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN,
FERNANDO OSSA ARBELÁEZ**

Laudo: abril 3 de 2017

...

De lo anteriormente transcrito se concluye palmariamente que en los contratos administrativos son válidas y se deben pactar cláusulas impositivas de multas, las que el Estado puede imponer y hacer efectivas teniendo igualmente la facultad para declarar el incumplimiento contractual.

Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, se regresa a la potestad exorbitante de la administración pública para establecer en los contratos estatales y exclusivamente a su favor multas, de declarar el incumplimiento contractual por parte del contratista, y de imponer y hacer efectivas dichas multas, volviendo a la situación jurídica anterior a la ley 80 de 1993. Como se advierte, siempre ha estado vigente la jurisprudencia del referido Tribunal en el sentido de que en todo proceso sancionatorio se debe respetar el debido proceso, garantizado el derecho de defensa, permitiendo la contradicción, derechos que en el caso de imposición de multas surgen desde el momento en que la Administración inicia el procedimiento sancionatorio, lo que significa, de acuerdo con lo que ha dicho el propio Consejo de Estado, que cuando se va a imponer una multa, la administración tiene que proceder a comunicarle al contratista en qué consiste su incumplimiento, darle un plazo para que haga una de tres cosas: que proceda a cumplir, o sea a subsanar las causales de incumplimiento; que proceda a demostrar que no está incumpliendo y por último que en caso de incumplimiento que demuestre que no le es imputable a él.

...

Por último, no comparte este Tribunal Arbitral el argumento esgrimido por **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, consistente en que no existe ley que le otorgue competencia a **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** para declarar el incumplimiento del contrato y para imponer la sanción económica tal como lo hizo, toda vez que por disposición expresa del artículo 13 del estatuto general de contratación de la administración pública, los contratos estatales se regirán por las disposiciones civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en esa ley, y revisado el código civil, se halla que el artículo 1602 establece que el contrato es ley para las partes; en ese orden de ideas, si se tiene en cuenta que esas competencias están expresamente establecidas en la cláusula décimo cuarta del contrato de concesión No. 037 de mayo de 2006 que tuvo por objeto “**La explotación de juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Antioquia**”, y que dicho contrato goza de plena validez en virtud de que no fue demandado. Se concluye, entonces, que sí existe la ley que le otorgue competencia a la demandada para actuar como lo hizo al imponer la multa, anotando de paso que dicha ley se encuentra mencionada en la referida cláusula.

CONVOCANTE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONAUTICA CIVIL-UAEAC
CONVOCADA: SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL S.A OPAIN

ÁRBITROS: JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES,
GUILLERMO FERNANDEZ DE SOTO

Laudo: octubre 4 de 2012

Como ya se expresó, si se revisa el texto del Contrato en diversos casos se encuentra que la multa se causa por cada Día Calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación. Por consiguiente, a la luz de esta regla la causación de la multa opera por la sola mora en el cumplimiento de la obligación.

...

Como se puede apreciar, de acuerdo con esta cláusula contractual en caso de incumplimiento de especificaciones, el Interventor o la Aerocivil lo comunican al Concesionario para que corrija los incumplimientos, sin embargo en tal caso se causan las multas. De esta manera, el propio contrato prevé la causación de multas sin perjuicio del cumplimiento dentro del plazo que se otorgue para el efecto.

En efecto, la parte convocada ha insistido en el carácter de apremio de las multas pactadas para concluir que si la parte ya ha cumplido no es posible hacerlas efectivas.

A este respecto se observa lo siguiente:

De conformidad con el Diccionario de la Lengua “Apremiar” es “Dar prisa, compeler a alguien a que haga prontamente algo”; así mismo significa “Compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo”.

En este contexto en el Laudo proferido el 28 de septiembre de 2010 en el proceso arbitral adelantado entre las mismas partes se expresó: “La estipulación de la cláusula penal como apremio se hace con el fin de generar presión sobre la voluntad del deudor, con el fin de inducirlo a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella”²⁴15. Esta procede sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.”

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado (sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 17936)

“Por regla general, las multas tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando

²⁴ 15 OSPINA FERNANDEZ. *Régimen General de las Obligaciones*. ED. Temis. Séptima edición 2001. P. 143.

quiera que se observe que no se encuentra oportuno en el desarrollo las obligaciones a su cargo y, por ende, esté en mora o retardo, conforme a los plazos convenidos. No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual”.

...

Desde este punto de vista es claro que como quiera que en el presente caso no se trata de aplicar sanciones previstas en la ley, sino sanciones estipuladas en el Contrato no es aplicable la excepción contemplada en el segundo numeral del artículo 38 de la ley 153 de 1887 a la que hace referencia el apoderado de la parte convocada.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que el cumplimiento tardío de la obligación no permite concluir que no hay lugar a reconocer, en los casos que correspondan, las multas que se hayan causado en virtud del Contrato, de la misma manera que el hecho de que se pague tardíamente una obligación dineraria no excluye el pago de los intereses de mora.

Por consiguiente no procede la excepción que el demandante denominó de improcedencia de imponer la multa una vez cumplida la obligación, así como tampoco procede la excepción de improcedencia de la multa solicitada en la pretensión Primera, literal j, en razón de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

...

De conformidad con el artículo 1595 del Código Civil el deudor no incurre en la pena “sino cuando se ha constituido (sic) en mora, si la obligación es positiva”. Por consiguiente, para que se cause la multa se requiere que se de alguno de los supuestos previstos en el artículo 1608 del Código Civil, esto es que no se haya cumplido la obligación dentro del término estipulado; o que la cosa no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; o finalmente que el deudor haya sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

A lo anterior debe agregarse que de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, es decir que en caso de incumplimiento causado por fuerza mayor no se pueden producir los efectos propios de la mora. En este sentido la doctrina señala que en caso de incumplimiento por fuerza mayor no se causa la cláusula penal ²⁵17.

²⁵ 17 Arturo Alessandri R., Antonio Vodanovic H, Manual Somarriva. Tratado de las Obligaciones. U. Editorial Jurídica de Chile, 2004, Guillermo Ospina Fernandez. Ob. cit.

CLÁUSULA DE REVERSIÓN

CONVOCANTE: LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P - LIME

CONVOCADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP Y
DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ D.C

ÁRBITROS: JUAN CAMILO RESTREPO, CLARA MARÍA GONZÁLEZ, JUAN CARLOS EXPÓSITO

Laudo: mayo 11 de 2015

213. Para el Tribunal, cuando se trata de contratos de concesión para la explotación de bienes públicos, la reversión procede automáticamente independientemente de si fue o no ha sido estipulada expresamente dicha cláusula; por el contrario, cuando se trata de otras modalidades de concesión, tanto la reversión como el alcance de la misma, debe ser pactado expresamente, por la voluntad de las partes en el correspondiente contrato. Este punto resulta de inmensa importancia en el caso que estamos analizando. En efecto, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 80 de 1993:

*“ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. **En los contratos d explotación o concesión de bienes estatales** se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.*(La subraya y la negrilla fuera del texto original)

...

219. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado, en relación con los contratos de concesión de hidrocarburos, esto es, de una concesión de explotación de bienes públicos, y no de contratos de concesión en general, como lo ha entendido la UAESP en este proceso, ha dicho lo siguiente:

“Dada la naturaleza especial de este contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el contrato. Es decir no era necesario que el Gobierno Nacional y la Shell Condor o la Antex Oil firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado colombiano; y, no era necesario porque es de la esencia del contrato de

concesión la reversión de los bienes destinado a la explotación del campo concesionario”²⁶188.

...

222. De acuerdo con las anteriores referencias jurisprudenciales, observa el Tribunal que si bien es cierto que el Consejo de Estado ha afirmado que la cláusula de reversión es una cláusula de la esencia de los contratos de concesión, lo cual implica que debe entenderse incluida en el texto del contrato haya o no sido pactada expresamente, también lo es que dicha afirmación siempre se ha hecho en el contexto de un contrato de concesión para la explotación de bienes públicos o en el cual el Estado ponga a disposición del concesionario un bien de esa naturaleza. En ese sentido, no está de acuerdo el Tribunal con la posición expuesta por la UAESP y por el Distrito Capital en el sentido de que la jurisprudencia administrativa sostiene que la cláusula de reversión es una cláusula de esencia de toda concesión, pues en realidad el Consejo de Estado ha hecho dicha afirmación únicamente respecto de concesiones para la explotación de bienes públicos.

...

226. De acuerdo con la exposición de motivos, la jurisprudencia analizada y según el texto expreso del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, siempre que el Estado concedente aporta un bien para la gestión de la concesión –trátase de reservas mineras, de hidrocarburos, de espectro electromagnético, de playas, de terrenos, en fin de cualquier bien público–, la reversión debe estipularse en el texto contractual y, en defecto de dicha estipulación, ella se entiende ínsita en dicha regulación contractual.

227. Para que ello ocurra así, siempre debe tratarse de contratos de concesión de explotación de bienes públicos de los que trata el artículo 19 de la Ley 80 del 2003, pues lo cierto es que en los demás contratos de concesión –es decir, en aquellos que no versan sobre la explotación de bienes públicos que se ponen a disposición del concesionario al inicio del contrato el funcionamiento de la cláusula de reversión requiere estipulación expresa en tal sentido–, por no estar de por medio el aporte de un bien público previo o como elemento funcional del contrato de concesión la reversión es posible, pero siempre y cuando haya sido estipulada, es decir, no opera de pleno derecho como para los contratos de explotación de bienes públicos.

...

230. En ese orden de ideas, de acuerdo con la conclusión expuesta en el punto anterior, en las concesiones de servicio público la figura de la reversión no opera de manera automática, sino que requiere de un pacto expreso en ese sentido. En ese orden de ideas, las reglas para determinar sobre qué bienes afectos a la prestación del servicio opera la reversión no se desprenden de la ley, sino de lo pactado por las partes.

²⁶ 188 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de junio de 1994, Expediente 5.729.

...

237. De acuerdo con el texto expreso de la anterior cláusula, las partes, en ejercicio de su autonomía dispositiva, incluyeron la obligación de reversión a cargo de LIME, concretamente respecto de los siguientes bienes: (i) los bienes entregados por el Distrito Capital, y (ii) el software y las bases de datos utilizados para la prestación del servicio.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

CONVOCANTE: ESTACIONES METROLÍNEA LTDA

CONVOCADO: METROLÍNEA SA -SOCIEDAD PÚBLICA POR ACCIONES

**ÁRBITROS: HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, HERNANDO HERRERA MERCADO,
WILLIAM NAMEN VARGAS**

Lauda: febrero 18 de 2016

...

El *mutuo consenso* de las partes es suficiente e idóneo para terminar un contrato siempre que no se excluya o prohíba en la ley y podrá adoptarse por los sujetos en consideración a sus intereses, concernir al reconocimiento de las causas acordadas *ex ante*, basarse en éstas o en factores diversos. En efecto, las partes podrán disciplinar determinadas causas cuya presencia ulterior y comprobación fáctica u objetiva comporta por sí misma la terminación del contrato o la difiere a la determinación, reconocimiento y aceptación mutua, ora a una decisión judicial. Acontecida la causa, las partes pueden disentir respecto de su ocurrencia o efectos o coincidir y concluir el vínculo. En esta hipótesis, el contrato termina por el consenso mutuo en virtud de la cusa acordada. *Verbi gratia*, la *suspensión* del contrato durante cierto tiempo por una causa no susceptible de superación, definitiva de su frustración o que aún permitiendo su continuidad en el marco de circunstancias, precisa el decaimiento o pérdida de interés de una o ambas partes. En tal caso, la terminación se produce en función del reconocimiento por las partes de la causa pactada, y en todo caso, por su mutuo acuerdo.

...

Desde esta perspectiva el contenido del texto del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, sus *"consideraciones y antecedentes"*, y los documentos que la sustentan, no puede examinarse, aplicarse ni interpretarse en forma aislada, sino en su conjunto, sistemático e integral para explicar y sustentar el mutuo acuerdo de las partes respecto de las causas de la terminación, esto es, la solicitud unilateral formulada por la concesionaria al amparo de la causal sexta de la cláusula 63 al haber transcurrido más de dos meses de

suspensión por efecto de la medida cautelar del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, *“hecho imprevisto y no imputable a las partes, [que] tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales”, que “afectaría el 45% de la obra proyectada”,* y la aceptación de esa solicitud por la concedente al considerarla viable.

El Acta del 12 de octubre de 2012, en consecuencia, plasma el mutuo acuerdo de las partes sobre la solicitud del concesionario para terminar anticipadamente el contrato al tenor del numeral sexto de su cláusula 63 en virtud de su suspensión prolongada por la subsistencia de la medida cautelar del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, y sus efectos que impedían ejecutar las actividades en una proporción significativa, acto de autoridad competente que ciertamente constituye una hipótesis de fuerza mayor reconocida como *“hecho imprevisto y no imputable a las partes”* con *“grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales”*.

Más ello no significa que el contrato termine por *“un hecho imprevisto y ajeno a las partes”*, sino por el mutuo acuerdo respecto de la suspensión prolongada por un término mayor al previsto en el citado numeral seis de la cláusula 63.

Nótese que, al tenor de lo pactado en la cláusula 65 del Contrato, al presentarse alguna de las causales contempladas en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la expresada cláusula 63, la parte que tenga intención de dar por terminado el contrato de manera anticipada debe manifestarla a la otra parte, quien tendrá un término de treinta días hábiles para expresar su aceptación, y de aceptar, ambas partes suscriben un documento de terminación del contrato, y consagran sus términos o condiciones.

TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS

CONTRATO DE CONCESIÓN

CONVOCANTE: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.

CONVOCADO: MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ARNOLDO MENDOZA TORRES, MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS, ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: mayo 21 de 2015

La Corte Constitucional en sentencia C-250 de 1996 reconoció a este contrato las siguientes características:

- a. Implica una convención entre una entidad estatal – concedente- y otra persona – concesionario;
- b. Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público;

- c. Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público;
- d. En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.
- e. El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Para los fines anteriores, la remuneración puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en una participación en la explotación del respectivo bien.
- f. En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común. Como son las de terminación, modificación e interpretación unilateral, sometimiento a les (sic) nacionales y caducidad;
- g. Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el contrato.

CONVOCANTE: CONCESIONARA VIAL DE LOS ANDES S.A COVIANDES S.A

CONVOCADO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

ÁRBITROS: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, ENRIQUE GIL BOTERO

Laudo: noviembre 17 de 2016

Con base en la norma transcrita, la jurisprudencia ha sostenido que el contrato de concesión se distingue por las siguientes particularidades:

“a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;

“b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.

“c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público;

“d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

“Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).”

“e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

“Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

“f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

“g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse íncitas (sic) en el mismo contrato.”²⁷21

...

CONCOVANTE: GRUPO EMPRESARIAL METROCARIBE S.A.

CONVOCADO: TRANSMETRO S.A.S

ÁRBITROS: ANTONIO PABÓN SANTANDER, ANNE MARIE MURRE ROJAS, RICARDO HOYOS DUQUE

Laudo: junio 30 de 2015

Para el caso que nos ocupa, es pertinente destacar de la definición legal, el hecho de que este tipo de contrato supone (i) la asunción de riesgo por parte del concesionario, (ii) el control de la entidad concedente sobre la ejecución y (III) admite cualquier modalidad de contraprestación por el servicio concesionado.

...

Sostiene la jurisprudencia en relación con *“la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo”* que ello significa *“que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor*

²⁷ 21 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales.”²⁸⁷

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Como se observa, entonces, para el Tribunal es claro que la Ley 80 de 1993 estableció unos elementos específicos que se deducen del numeral 1 del artículo 32 para identificar los contratos de obra pública:

— Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. En realidad esta no es una característica específica del contrato de obra pública, sino de todos los contratos estatales en los términos de la Ley 80 de 1993, puesto que dicha Ley se refiere en específico a las denominadas entidades estatales en los términos del artículo 2.

— Objeto: la actividad material debe recaer sobre un bien de propiedad del Estado. El concepto de obra pública ha tenido muchas definiciones, pero una precisa frente a la materia a tratar lo trae la doctrina así *“operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos”*^{29 143}.

— Forma de ejecución: La actividad material que debe adelantarse sobre el bien inmueble puede ser de construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre el bien.

En el marco del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la ejecución del contrato de obra puede ser cualquiera que las partes acuerden, a diferencia de lo establecido en el

^{28 7} Sentencia del 18 de marzo de 2010, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-91 (14390) Actor: SOCIEDAD COMPAÑÍA DE INVERSIONES Y PROYECTOS COINVERPRO LTDA. Demandado: JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DE BOGOTÁ D.C

^{29 143} TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. "Las obras públicas", Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, num. 100-102, enero-diciembre, 1983, p. 2448.

Decreto Ley 222 de 1983, que indicaba de manera expresa las formas bajo las cuales se podía contratar una obra pública.

(...)

En esa medida, los contratos de obra pública pueden ejecutarse tanto por los sistemas expuestos, como por cualquiera que las partes acuerden fruto de la autonomía de la voluntad.

— Contraprestación: El particular debe percibir un pago por la ejecución de la actividad, que puede definirse de la manera que considere la Entidad estatal.

Analizados los elementos que se desprenden del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Tribunal pasa a continuación a revisar las características del contrato de obra pública:

— Nominado: La razón de ser de esta categorización, se encuentra en que *“este nombre se lo asigne la ley y muy principalmente al hecho de que ésta lo reglamente o no”*³⁰ 145. El carácter nominado de los contratos es, entonces, lo que se conoce jurídicamente como un *nomen iuris*, en el sentido de que es la ley la que define su nombre y régimen jurídico.

Podemos observar que el contrato de obra pública se encuentra así definido en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los términos transcrito con anterioridad. Allí mismo y, en general, en toda la mencionada Ley y las que la han modificado o adicionado se define un reglamento específico de este tipo de contratos.

— Típico: Para la doctrina los contratos *“típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos, lo que carecen de ella”*³¹ 146.

Sobre el contrato de obra pública, ya hemos mencionado que cuenta con una regulación legal en la Ley 80 de 1993, la cual hemos expuesto con anterioridad sobre la forma de ejecución del contrato y sus elementos esenciales, que se complementan con lo señalado en la Ley 80 de 1993. En esa medida, sí es un contrato típico.

— Tracto sucesivo: Los contratos son de ejecución sucesiva siempre que las prestaciones se den de manera continua entre ellas.

³⁰ ¹⁴⁵ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. De los contratos, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, s.f., p. 37.

³¹ ¹⁴⁶ LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN. Instituciones de Derecho Civil, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 406.

Los contratos de obra pública implican por regla general la ejecución de tracto sucesivo, tomando en consideración que la ejecución de la actividad material sobre el bien inmueble es prolongada y permanente el tiempo.

— Bilateral sinalagmático:
(...)

En el contrato de obra pública existen prestaciones por ambas partes, pues se presenta por un lado la ejecución de una actividad material sobre un bien inmueble, y por otro la entrega de un pago. Así mismo, las obligaciones son correlativas, puesto que la ejecución de la actividad material sobre el bien inmueble se ve como contraprestación al pago que se pretende ejecutar.

— Oneroso:
(...)

Teniendo en cuenta esta noción, podemos encuadrar a los contratos de obra en aquellos que representan una utilidad para ambos sujetos negociales, los onerosos, toda vez que la entidad estatal percibirá un beneficio al contar en su patrimonio con un bien inmueble con una modificación (bien sea de construcción, mantenimiento o destrucción) y el particular recibirá a su vez un beneficio determinado, en principio, por el pago que reciba en su patrimonio.

— Conmutativo: el artículo 1498 del Código Civil *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”*.

Por regla general, el contrato de obra pública es conmutativo, debido a que el particular se obliga a la ejecución de una actividad material que debe cumplir, ya que se trata de una obligación de resultado, y frente a dicha actividad material la entidad estatal debe definir un pago al particular.

Hasta este punto, se ha visto la obra pública como un contrato autónomo desde la perspectiva dogmática, lo que lleva a revisar la concesión de obra pública como contrato también autónomo en la Ley 80 de 1993.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

CONVOCANTE: CONCESIONARA VIAL DE LOS ANDES S.A COVIANDES S.A

CONVOCADO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

ÁRBITROS: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, ENRIQUE GIL BOTERO

Laudo: noviembre 17 de 2016

Ahora bien, es menester precisar que la anterior caracterización es genérica, pues describe los rasgos comunes a las diversas modalidades del contrato estatal de concesión, las cuales han sido tradicionalmente clasificadas de acuerdo con su objeto, así: i) la concesión de servicios públicos; ii) la concesión de obra pública, y; iii) los acuerdos para la administración y explotación de un bien de carácter público.

Especial importancia para el presente caso ofrece el segundo de los tipos de concesiones referidos, por cuanto es este el que *“tiene por objeto, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la ley 80: (i) la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, (ii) y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión. Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes “obras accesorias” y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación (a) de obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; (c) de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.*

(...)

“Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.

*“El contrato también se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra**, mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato. En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.*

“En este orden de ideas, esta modalidad de contrato, además de atraer a la creación de infraestructura pública, la inversión, el conocimiento privado y los incentivos para la introducción de innovaciones que generen reducciones de costos, permite diluir en el tiempo el esfuerzo fiscal necesario para la realización de las obras.”³²22

Siguiendo los anteriores lineamientos, es claro que el contrato de concesión No. 444 de 1994 se ubica en la categoría de los contratos de concesión de obra pública, puesto que su objeto, como se ha expuesto ampliamente, está referido, precisamente, al desarrollo de infraestructura vial y, más concretamente, a la elaboración de los estudios, diseños, rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento para el mejoramiento de la carretera Bogotá – Villavicencio. De igual manera, como se dejara (sic) sentado con anticipación, parte importante de los riesgos, especialmente aquellos referidos al proceso constructivo, son asumidos en su mayoría por el Concesionario. Finalmente, de acuerdo con la citada Cláusula Cuarta, la remuneración del contratista proviene de los peajes que pagan los usuarios que transitan por los tramos viales cubiertos por el contrato de concesión.

...

5.3. Análisis general de las generaciones de concesiones viales.

³² 22 Corte Constitucional Sentencia C-300 DE 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Como se señaló anteriormente, en el marco específico de los contratos estatales de concesión en materia de infraestructura, “de acuerdo con criterios tales como la época de su otorgamiento, el alcance del objeto sobre el cual recaen y, especialmente, la forma de distribuir y manejar los riesgos que se presentan en la ejecución de este tipo de negocios”³³27, estos se han clasificado por la jurisprudencia y la doctrina como de primera, segunda, tercera y, más recientemente, de cuarta generación. Se explicarán a continuación, en forma sucinta, las modalidades que mayor interés tienen para el asunto objeto de esta controversia.

5.3.1. Los contratos de concesión vial de primera generación.

Los contratos de concesión vial de primera generación, también llamadas concesiones con ingreso garantizado, corresponden a los esquemas negociales inicialmente utilizados para reglamentar esta forma contractual que permite la colaboración de los particulares en la gestión estatal, adelantados en el marco del Documento CONPES 2597 de 1992 y de la Ley 80 de 1993.

Señala el Consejo de Estado que “[e]n los CONTRATOS DE CONCESION DE PRIMERA GENERACION se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien. No obstante que el alcance, comprensión y el objeto no difieren de los contratos de segunda y tercera generación, lo cierto es que **en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas.**

*Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. **En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de***

³³ 27 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de agosto de 2013. C.P William Zambrano Cetina.

tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas.³⁴28 (Negrilla fuera de texto).

5.3.2. Los contratos de concesión vial de segunda generación.

La segunda generación de los contratos de concesión vial surgió entre 1995 y 1997, con la expedición del Documento CONPES 2775 de 1995. En estos años se evidenció el negativo impacto fiscal que se había generado como consecuencia de las garantías de ingresos mínimos otorgadas en los contratos de primera generación, razón por la cual bajo este nuevo esquema se *“introdujo el concepto de ingreso esperado, en el cual no se garantiza un tráfico ni un ingreso mínimo, sino que el concesionario hace una estimación de la inversión y se otorga el plazo necesario para que se dé el retorno de la misma, y en ese momento la infraestructura regresa a manos del Estado.”*³⁵29

El citado documento Conpes, en lo relativo a la asignación de riesgos, estableció:

- a. Riesgos de construcción: *“[c]omo principio general, los riesgos de construcción, operación y mantenimiento deben ser transferidos al inversionista privado. Lo anterior implica que dicho inversionista debe tener en operación el proyecto en la fecha pactada y a un precio fijo, y supone una mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías.”*³⁶30
- b. Riesgos comerciales: *“[c]omo regla general, el riesgo comercial debe ser transferido igualmente al inversionista privado, dejando, además, bajo su responsabilidad, la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dicho riesgo.”*³⁷31
- c. Riesgos de fuerza mayor: *“[l]os riesgos de fuerza mayor son aquéllos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada (...).”*³⁸32
- d. Riesgos regulatorios: *“(…) el Estado hará explícito en los términos de contratación las garantías otorgadas para cambios regulatorios, administrativos y legales que*

³⁴ 28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

³⁵ 29 Araujo, Juan Pablo & Sierra, Ana Cristina. *Concesiones de Cuarta Generación – Impacto sobre los seguros de cumplimiento*. Fasecolda. P. 178. (2013).

³⁶ 30 Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 2775, *Participación del Sector Privado en infraestructura Física*, Bogotá: 26 de abril de 1995. Página 12

³⁷ 31 *Ibidem*.

³⁸ 32 *Ibidem*. Página 15

*afecten significativamente el retorno a la inversión. En aquellos casos permitidos por la ley, se eliminarán estas garantías si se consideran innecesarias. Igualmente, en el caso de pactar tarifas, peajes o cargos, se debe especificar en detalle los mecanismos de ajuste a los mismos.”*³⁹³³

e. Riesgos ambientales: la responsabilidad ambiental se traslada al inversionista, incluyendo las sanciones por incumplimiento de los planes de manejo ambiental.

f. Otros riesgos: el inversionista debe asumir riesgos como costos financieros, tributarios, cambiarios y de convertibilidad.

...

5.3.3. Los contratos de concesión vial de tercera generación.

La tercera generación de concesiones inició en 1998 con el Plan Nacional de Desarrollo expedido por el Gobierno de aquella época y con el Documento CONPES 3045 de 1999, que buscaba desarrollar los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002. La política de concesiones viales allí planteada buscaba enmarcar los proyectos en corredores de carga que integraran grandes centros de consumo con los más importantes centros de producción, y estos, a su vez, con los corredores fluviales o los puertos.

En el año 2001, el CONPES emitió los documentos 3107 y 3133, sobre el manejo del riesgo contractual del Estado para los procesos de participación privada en infraestructura, de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 16 del Decreto 423 de 2001, que desarrolló la Ley 448 de 1998. El artículo 16 de la referida norma prescribe:

“ARTÍCULO 16.- Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado. El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.”

Con fundamento en los citados principios que rigen el diseño de la política de riesgo contractual del Estado, el Documento CONPES 3107 de 2001 estableció los lineamientos generales de dicha política en los siguientes términos:

“Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar

³⁹ 33 *Ibíd*em

cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

“El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

“(…)

“Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo.

“Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados.”⁴⁰³⁶

...

La asignación de riesgos en las concesiones de tercera generación no presenta grandes diferencias respecto de la formulada para las concesiones de segunda generación, como lo pone de presente el Consejo de Estado en Auto de 9 de diciembre de 2004, previamente citado:

“La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado(…). ”⁴¹³⁷

⁴⁰ 36 Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 3107, Política de Manejo de Riesgo contractual del Estado para Procesos de Participación Privada e Infraestructura, Bogotá: 3 de abril de 2011.

⁴¹ 37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Como se colige de esta última transcripción, uno de los rasgos fundamentales de este tipo de concesiones, que es compartido con las de segunda generación, es la inexistencia de un ingreso garantizado por parte del Estado al concesionario. En su lugar, en este tipo de concesiones viales, la remuneración del contratista está dada por el concepto de ingreso esperado, que está sujeto a las condiciones variables en las que se percibe el ingreso. Lo anterior implica que el plazo en las concesiones viales de tercera generación es indeterminado, y puede ser menor o mayor al estimado en el contrato, dependiendo del momento en que se obtenga el ingreso esperado, lo que se encuentra atado, principalmente, a las variaciones en el tráfico de la vía entregada en concesión.

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Como se observa, entre los elementos que se extractan del contrato de concesión de obra pública a partir de lo establecido en la normatividad y en la jurisprudencia se encuentran:

— Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. Al igual que en el contrato de obra pública, esta no es una característica específica del contrato de obra pública, sino de todos los contratos estatales en los términos de la Ley 80 de 1993, puesto que dicha Ley se refiere en específico a las denominadas entidades estatales en los términos del artículo 2.

— Objeto: otorgar la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra. En este caso se trata de la entrega a la persona natural o jurídica denominada concesionario, la posibilidad de ejecutar actividades materiales sobre un bien público, además exigirle a éste todas las actividades necesarias para el correcto funcionamiento.

— Cláusula del riesgo y ventura: el objeto antes descrito debe ejecutarse por cuenta y riesgo del concesionario. Este era un aspecto realmente trascendental en la celebración de contratos de concesión, sin embargo, en Colombia no se ha tratado propiamente desde la perspectiva del traslado por completo de los riesgos al concesionario, sino que ha

variado de acuerdo con el tipo de concesión que se trata⁴²149, y en la actualidad ha conllevado a señalarse que los riesgos deben asumirse por quien esté en mejor condición de soportarlos⁴³ 150, asunto que ya venía ventilándose por la justicia arbitral⁴⁴151.

(...)

— Forma de financiación: cualquiera que las partes acuerden. Vemos que la Ley 80 de 1993 no estableció de forma fija de remuneración del concesionario, incluso permitiendo que su pago no sea por medio del cobro a los terceros usuarios de la infraestructura, sino cualquiera que la autonomía de la voluntad permita.

DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE CONCESIÓN (OBRA PÚBLICA)

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

La justicia arbitral ha identificado como elemento trascendental en la distinción del contrato de obra pública y el contrato de concesión de obra pública el hecho de que el último es concebido como un verdadero negocio financiero, tomando en cuenta que el interés del concesionario resulta ser el rendimiento financiero que se genere en la

⁴² ¹⁴⁹ Sobre este aspecto se puede consultar las diferentes “generaciones” de concesiones que se han otorgado en Colombia, a partir de una mayor o menor ayuda de quien es concedente. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2004, Exp. 27.921.

⁴³ ¹⁵⁰ Conpes 3107 de 2001, reiterado en el Conpes 3714 de 2011.

⁴⁴ ¹⁵¹ *“El Decreto 222 de 1983, anterior Estatuto de la Contratación Administrativa, reguló de forma distinta el contrato de concesión, en tanto que se estableció específicamente como contrato de concesión de obra pública y no de la manera general como lo regula actualmente la Ley 80 de 1993. No obstante, en cuanto al riesgo del concesionario se determinó de la misma manera que en la legislación actual. En el Título VIII del decreto en mención, se regularon los contratos, entre ellos el contrato de obra pública, y como una modalidad de éste, el contrato de obra pública por el sistema de concesión. Este contrato se definió en el artículo 102, haciendo referencia, como anteriormente se dijo, al riesgo del concesionario.*

En este orden de ideas, de lo que se trata cuando se analiza el contrato, es que el mismo trae una asignación de riesgos, orientada sobre la base del conocimiento profesional calificado de un área específica, de tal manera que todo aquello que como efecto negativo suceda en esa área lo soporta aquel al que se le adjudicó, por la consideración que el profesional tenía la mejor condición para preverlo y contrarrestar sus efectos”. Tribunal de Arbitramento Aerocali S.A. contra Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Laudo arbitral de 5 de octubre de 2005.

operación, a diferencia de lo que se da en el contrato de obra pública, donde se concibe que el interés del particular es solo el precio establecido contractualmente:

Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad —sistema concesional—, como un típico negocio financiero: el particular destina a la construcción de una obra pública recursos propios o gestados por él bajo su propia cuenta y responsabilidad, y el Estado se obliga al pago de los mismos mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley para el repago de la inversión privada y sus rendimientos, de conformidad con las estipulaciones que a tal efecto se pacten por las partes en el contrato. La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del “precio” pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación económica o equivalente económico del contrato para el concesionario. Son entonces claras las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la obra misma, sin que a tal fin se haya afectado el presupuesto del Estado; y el del contratista concesionario en los rendimientos del capital invertido (...).⁴⁵ 155

Ahora bien, vemos también que el elemento del rendimiento financiero en la ejecución del contrato de concesión de obra pública viene aparejado además de la concepción de que en el contrato de concesión de obra pública se traslada al particular la puesta en funcionamiento y explotación de la infraestructura que se encuentra operando el concesionario.

...

Así pues, más allá de la forma de financiación del contrato, siempre debe existir en un contrato de concesión concebido en los términos de la Ley 80 de 1993 una puesta en funcionamiento de la infraestructura y su consecuente explotación, esto es, un verdadero traslado de la infraestructura desarrollada al particular para que la opere y agregue los servicios conexos necesarios para que ésta cumpla su cometido de la mejor manera posible.

...

Visto el valor del contrato y su forma de pago, el Tribunal considera que no se encuentran allí luces para hablar de una explotación de la infraestructura “otorgada en concesión”. En efecto, si se da una lectura en detalle de las cláusulas transcritas se advierte que por las

⁴⁵ 155 Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. contra Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-. Laudo arbitral de 24 de agosto de 2001.

actividades analizadas previamente la remuneración a recibir se da a partir del recaudo por la contribución por valorización que no es precisamente una forma explotación de la infraestructura, sino una forma de impuesto sobre los posibles beneficiarios de la misma.

Siendo ello así, no se observa en este aparte del contenido contractual una expresión específica que se refiera a la explotación de la infraestructura por parte del contratista, garantizándose así un provecho directo por el uso de la misma.

Así las cosas, una de las características que diferencian el contrato de concesión de obra pública frente a un contrato de obra pública es la explotación y puesta en funcionamiento aspecto que no es advertido por el Tribunal en el presente caso. No se advierte, entonces, que existan actividades propias de aprovechamiento de la infraestructura y de la explotación del mismo por parte del contratista que permitan afirmar la existencia de un contrato de concesión de obra pública en el presente caso.

Advierte así el Tribunal que como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto en el presente caso nos encontramos en un típico contrato de obra pública, tal como pasamos a revisar a continuación, de acuerdo con las características mencionadas anteriormente:

— Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. El contrato fue celebrado por el municipio de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización, lo que permite entender que se trata de una de las entidades estatales establecidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

— Objeto: la actividad material debe recaer sobre un bien de propiedad del Estado. La infraestructura vial, esto es, la Transversal de Barú, es vía afectada al servicio público, razón por la cual puede derivarse de ella la propiedad estatal, tal como lo exige el artículo 674 del Código Civil.

— Contraprestación:

(...)

En el presente caso se observa que existe una actividad material sobre el bien inmueble a intervenir, pues en el objeto del contrato se notó que sobre dicha vía debían realizarse actividades de construcción y mejoramiento, que se concretaban en *“Construcción de la vía (31 kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kms aproximadamente)”*.

— Contraprestación: El particular debe percibir un pago por la ejecución de la actividad, que puede definirse de la manera que considere la Entidad estatal, la cual, en el caso concreto, consiste en el recaudo de valorización que realice el municipio. En este punto debe recordarse que una de las variantes del contrato de obra pública del Decreto Ley 222 de 1983 al de la Ley 80 de 1993 es que existe una libertad sometida a la autonomía de la

voluntad de las partes para pactar la forma de remuneración del contrato y que, vale decir de paso, no es ésta entonces una forma de distinción frente al contrato de concesión de obra pública.

Es así como, para el Tribunal resulta claro que las partes en su real querer pactaron entre las obligaciones del contratista la de revisar unos estudios y diseños, ejecutar unas actividades materiales sobre un bien inmueble y como contraprestación entregar el recaudo por valorización, que son verdaderas características de un contrato de obra pública definido en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCRIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

A criterio de este Tribunal, el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública son negocios jurídicos distintos respecto a sus elementos esenciales y desarrollo, pues como lo afirma un sector de la doctrina, "por medio de la suscripción de un contrato de obra solo se busca a un particular capaz de realizar un trabajo material, mientras que en la concesión de obra se requiere a un individuo apto para gestionar la financiación de la obra, la realización y explotación de la misma."⁴⁶₆₂₅

Según palabras del Consejo de estado, en las concesiones de obra pública, *"el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también fa de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción"*⁴⁷₆₃₃ (sic)El concesionario no se debe limitar, pues, a llevar a cabo la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble, sino que debe también tener la obligación de la operación y explotación de la obra pública.

Sobre este mismo punto, en otra ocasión, la jurisprudencia administrativa señaló que, dentro de las características del contrato de concesión, tanto de obra como de servicio, se encuentra que "ii) en ambos casos comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio; iii) el concesionario asume los riesgos derivados de la actividad, lo cual implica que debe conseguir los recursos técnicos y financieros para prestar el servicio, ejecutar o explotar la obra o el bien y los invierte,

⁴⁶ ⁶²⁵ RAFAEL GÓMEZ Y FERRER MORANT. "El contrato de concesión de obra pública" en Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas, 2ª ed. Madrid, Thompson Civitas. 2004, pp. 636 y SS.

⁴⁷ ⁶³³ Consejo de Estado, Sala de Jo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 11.542.

además, por su cuenta y riesgo⁴⁸ 634. Es así como, *"el elemento diferencial de este contrato no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento"* ⁴⁹635.

En el mismo sentido, se encuentra un laudo arbitral, que al referirse a las características del contrato de concesión, expresó que dentro del objeto de dicho contrato se encuentran: *"todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o del servicio respectivo"*, de tal suerte que es responsabilidad del concesionario, *"la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, etc., deben cumplirse por su cuenta y riesgo, cuestión que ha permitido entender que a dicho concesionario le corresponde financiar y/o conseguir los recursos necesarios para la ejecución del proyecto correspondiente"* ⁵⁰ 636.

...

De lo hasta aquí expuesto, para el Tribunal, son elementos definitorios y característicos del contrato de concesión de obra pública que (i) su objeto se circunscriba al otorgamiento que hace la administración a un particular de una obra para su construcción, explotación o conservación total o parcial, además de la ejecución de todas las actividades necesarias de prestación y funcionamiento de la misma; (ii) la labor encomendada al concesionario debe ser realizada por su propia cuenta y riesgo, respecto al alea normal del proyecto de conformidad con la distribución de riesgos elaborada entre la entidad contratante y el contratista, en donde se debe tener en cuenta los aspectos técnicos y financieros para su tipificación y así poder cuantificar su costo y determinar a cuál de las dos partes resulta en mejor condición de soportarlo, y (iii) su forma de remuneración puede ser cualquiera que las partes acuerden, sin importar de que se trate en el otorgamiento de derechos, tasas, valorización o participación en la explotación de la obra, a lo cual cabe mencionar que esta última característica no cobra relevancia a la hora de diferenciar al contrato de concesión con el de obra pública, ya que en ambos casos las partes pueden determinar la forma que deseen dicha contraprestación a favor del contratista.

..

⁴⁸ ⁶³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de noviembre de 2012, expediente 20.523.

⁴⁹ ⁶³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 14.390.

⁵⁰ ⁶³⁶ Tribunal de Arbitramento de Sociedad Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A. E.S.P. - TIRSA S.A. contra el Distrito de Cartagena Laudo arbitral de 11 de marzo de 2005.

Con base en la anterior definición, desde ahora, se puede afirmar que el componente característico del contrato de obra pública consiste en que su objeto es la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles y que no interesa la forma de pago que sea pactada como contraprestación a favor del contratista. Así, el objeto principal de un contrato de obra pública es la transformación material de un bien inmueble por cuenta de una entidad estatal.

En ese sentido, para que un contrato pueda ser calificado como de obra pública, según la jurisprudencia administrativa, es necesario que *"el trabajo material que haya de realizarse sobre el inmueble correspondiente lo transforme y que si se trata de la instalación de bienes muebles en aquél, éstos se incorporen en o entren a formar parte integral del inmueble como un todo, de suerte que será de obra el contrato que tenga por objeto desarrollar trabajos materiales que alteren, transformen o modifiquen un inmueble o que comporten la instalación de muebles en inmuebles"*^{51 639}

Ahora bien, el otro elemento esencial del contrato de obra pública es el precio a que tiene derecho el contratista por la ejecución del trabajo material. Este precio de acuerdo con la definición legal, depende plenamente de la autonomía de la voluntad de las partes (...).

Es así como el objeto de la tipología contractual denominada contrato de obra pública se agota con la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble, por el cual el contratista recibe su remuneración, pudiendo variar esta última por consideración de las partes, sin que esto transforme o haga mutar la naturaleza jurídica del contrato de obra. El precio es, entonces un componente esencial (*essentialia negatilia*) del contrato de obra, en tanto se trata de un derecho a favor - del contratista y, cuya consecuencia obvia, es que se trata de la obligación principal para la administración, quien exige como contraprestación la obra ejecutada.

De este modo, al contratista se le reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir -al igual que en el contrato de concesión- en una suma periódica, única o porcentual; en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue a la entidad en la explotación del bien, y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Ello se debe a la definición legal señalada en el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993, que permite una amplia libertad negocial sobre ese aspecto.

^{51 639} Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 20.342.

De lo anterior se puede concluir que la Ley permite convenir en un contrato de obra que el pago al contratista se haga a través de los ingresos derivados de la utilización del bien construido, con la obvia salvedad de que ello no lo convierte automáticamente en un contrato de concesión.⁵²641

CONVOCANTE: ESTACIONES METROLÍNEA LTDA

CONVOCADO: METROLÍNEA SA -SOCIEDAD PÚBLICA POR ACCIONES

**ÁRBITROS: HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, HERNANDO HERRERA MERCADO,
WILLIAM NAMEN VARGAS**

Laudo: febrero 18 de 2016

...

En consecuencia, la denominación que las partes den a un contrato, no determina de suyo su naturaleza o especie que habrá de establecer el juzgador según los elementos esenciales contenidos en la definición del tipo contractual, en especial, cuando los contratantes lo nominen erróneamente, o no corresponda a su noción *legis* o social, y se suscite una controversia al respecto⁵³ 133, como acontece en este asunto. El numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1983 (sic) define el contrato de obra, en los siguientes términos:

“1. Contrato de Obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la

⁵² ⁶⁴¹ Cfr. LUIS GUILLERMO ÚÁVILA VINUEZA. Régimen jurídico de la contratación .estatal, 2ª ed. Bogotá, Legis, 2003. p. 740.

⁵³ ¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2011, exp. 11001-3103-005-2000-01474-01, rellorada en sentencias de 27 de marzo de 2012, exp 2006-00535 y 10 de septiembre de 2013, exp.1100131030222005-00333-01: “ Específicamente, la *calificación* del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus inagis ex partis quam verbis discernuntur, los contratos se distinguen mas por su componentes que por sus palabras, Lex Duodecimum Tabularum, lib,IV,tic.XIX.*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica.”.

realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”⁵⁴134

Según la antes citada disposición jurídica los elementos esenciales para la existencia del contrato estatal de obra, son: (i) La construcción, mantenimiento, instalación o la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles; y (ii) la retribución, remuneración o precio. El de obra, es contrato celebrado por una entidad estatal con tipicidad legal, *nomen y disciplina normativa*, usualmente de ejecución sucesiva, progresiva o prolongada en el tiempo, de suyo bilateral en su formación y efectos o de prestaciones correlativas, oneroso y conmutativo, cuya modalidad de ejecución y pago del precio admite toda posibilidad lícita en el tráfico jurídico ⁵⁵ 135, ya por administración delegada, bien por reembolso de gastos u honorarios ⁵⁶136, sea fijo, variable, determinado, determinable, unitario, global o alzada. ⁵⁷137

⁵⁴ 134 El artículo 81 del derogado Decreto-ley 222 de 1983, señalaba: “son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes e inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público”.

⁵⁵ 135 Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 4 de abril de 1974. “Anales del Consejo de Estado”, T. LXXXVI. P. 22 y de 26 de Julio de 1984; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 6 de Marzo de 1980, Anales, 1er. Semestre, T.XCVIII: Nos. 465 y 466, 15 de septiembre de 1983, Anales, 193, 2º Semestre, Nos 479 y 480; 9 de Marzo de 1988; 29 de abril de 1999, Exp. 14855; 15 de octubre 1999, Exp.10.029 y sentencia del 6 de Abril de 2011 Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00401-01(14823).

⁵⁶ 136 El Decreto 222 de 1983, artículo82, disponía: “Según la forma de pago, los contratos de obran se celebran: 1. Por un precio global. 2. Por precios unitarios, determinado el monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. Mediante el otorgamiento de concesiones” (art.82); Son contratos con reembolso o gastos aquellos en los cuales al contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y en los que, en la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le pago los honorarios causados” (artículo 101); los artículos 90 a 100, contemplaban el sistema de administración delegada en el cual la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc) y la utilidad(...) El contratista ejecuta, entonces, el objeto convenido por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra, de suerte que se convierte en un delegado o representante de aquella, a cambio de un *honorario* que se acuerda en el contrato ya como una suma fija, ora como un porcentaje del presupuesto de la obra (...) Se trata pues, como advierte Sayagués Laso (...) de una modalidad del precio del contrato. “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, de 6 de junio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253).

⁵⁷ 137 consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). “los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el

...

En derecho público, la voz concesión concierne a la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).⁵⁸ 139

Tratándose del contrato estatal de concesión, una parte denominada la concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a otra llamada concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

...

El de concesión estatal es, por consiguiente, contrato con *nomem*, tipicidad y disciplina *legis, intuitu personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.⁵⁹ 141

La prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución a

contratista a realizar las obras específicas en el contrato (...) Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o Mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad Mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales”.

⁵⁸ 139 VM. María Díaz, Derecho Administrativo, III, contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp.267; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2ª. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 y ss.

⁵⁹ 141 André De Laubadere. “Traité du Droit Administratif”. París. 1934.Til. I-, M. Maria Diez. Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967,pp.267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992,pp.358 ss; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed. Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980. p.708.

su favor configuran los elementos esenciales del contrato estatal de concesión (arts. 1501, C.C.,898[2], C. de Co. 32 [4]Ley 80 de 1983).

...

La perspectiva planteada por Metrolínea S.A., para tratar de sacar adelante la tesis de que el contrato M-LP-001-2008 es de obra pública porque no tiene como elemento esencial la explotación del inmueble construido, pretermite considerar los otros elementos, como el de la financiación a cargo del contratista para la ejecución de las obras, el desarrollo usual de los contratos de tracto sucesivo, los requisitos presupuestales para su celebración y ejecución, el amplio margen de asunción de riesgos muchos de los cuales son extraños a la naturaleza supuesta de obra pública del que se examina, todo lo cual conduce al Tribunal a considerar que el contrato celebrado entre las partes de este litigio, corresponde a un contrato de concesión de ejecución de obra pública y no a uno de obra pública.

Por lo anterior, y fundado en las disposiciones jurídicas, la jurisprudencia y los elementos de convicción, concluye el Tribunal que los elementos esenciales del contrato de concesión se estructuran en el celebrado por las partes.⁶⁰ 189

⁶⁰ 189 El profesor Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, actualmente Magistrado del Consejo de Estado, en concepto que actúo (sic) en el expediente, señaló: “ Una aproximación al contrato de la referencia permite concluir sin mayores esfuerzos de carácter hermenéutico que definitivamente nos encontramos ante un típico contrato de concesión y no propiamente de obra pública, aunque el mismo implique aquella “ (...) “[R]esulta claro que la intención irrefutable de las partes al suscribir el contrato de la referencia no fue otra que la de celebrar un negocio de los nominados por el legislador colombiano como de concesión , de claro carácter mixto en cuanto implica la ejecución de obra pública por el concesionario, por su cuenta y riesgo económica (sic), con sus propios recursos y un retorno asegurado a partir de la explotación del proyecto por el correspondiente operador”(…) “ Se trata en consecuencia de un modelo mixto de concesión que conlleva obra con prestación de sus servicios, siendo esta última actividad la fuente de los recursos para la retribución obvia y natural del concesionario (...)” (...) “[L]a figura tal como fue desarrollada en el contrato se adecua, entonces, de manera plena , no a la norma señalada, sino por el contrario, a los presupuestos normativos del negocio destacados el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993, y a lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la ley 105 de 1994 en cuanto indudablemente el objeto del contrato y sus alcances implican el desarrollo de un proyecto de infraestructura vial, bajo la modalidad de concesión, vital para los intereses públicos de Bucaramanga y su área metropolitana”; (...) “[D]e conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en “la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”, diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión”, (...) “[E]n la legislación nacional de los contratos estatales, la obra pública, no es una cuestión que pueda desecharse para efectos de la estructuración de negocios de concesión de servicio público” (...)”Conforme a los argumentos expuestos, el concepto de contrato de concesión de servicios públicos, incorpora irremediamente el de obra pública, sobre todo, cuando es a partir de la explotación propia de los bienes generados por las obras públicas contratadas, como se puede financiar, en todo o en parte, de conformidad con los modelos financieros adoptados, los grandes proyectos

**CONTRATO DE INTERVENTORIA DE UNA OBRA
CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.**

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Laudo: junio 9 de 2014

La determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado resulta fundamental para la solución de fondo de la controversia, toda vez que dependiendo de la calificación jurídica que haga el Tribunal del contrato se establecerá el régimen jurídico aplicable, pues como lo ha dicho la doctrina, *“al mismo tiempo que a la (sic) reglas generales de las obligaciones contractuales, cada contrato está sometido a reglas que le son particulares”*⁶¹₃₁₄.

De las anteriores previsiones normativas, aparece que la labor de interventoría, de una parte, debe ser ejercida por medio de un tercero y, de otra, corresponde a la adecuada vigilancia, control o fiscalización de la ejecución y liquidación de un contrato estatal. Al respecto, debe hacerse notar que la anterior conclusión fue ratificada por el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que aunque no es aplicable al contrato, hace una diferencia clara entre supervisión e interventoría contractual, en virtud de la cual la supervisión corresponde a la vigilancia de la ejecución del contrato hecha directamente por la entidad estatal, y la interventoría hace referencia a la vigilancia de la ejecución del contrato realizada por un tercero externo y contratado por la entidad.

110. De acuerdo con lo anterior, cuando dicha labor de vigilancia, control y fiscalización es ejercida por un tercero contratado para el efecto, aparece el contrato de interventoría, el cual corresponde, entonces, a aquel contrato conexo que tiene por objeto que un tercero, llamado interventor, realice las funciones de coordinar, controlar, supervisar, vigilar y dirigir la correcta, eficiente y eficaz ejecución y liquidación de un contrato estatal

de infraestructura, luego el servicio público, la actividad prestacional correspondiente, no se puede desligar en manera alguna, si constituye un factor o elemento financiero destacable en la financiación de la obra “ (...) “Efectuando un acercamiento tanto material como formal a los presupuestos normativos del contrato de concesión establecidos en el artículo 32 No. 4 de la ley 80 de 1993, tenemos que los mismos se dan de manera estricta en el contrato de la referencia, lo que permitiría sin mayor dubitación sostener que el contrato en mención debe ser siempre interpretado, y sobre todo ejecutado bajo esta clara consideración jurídica”.

⁶¹ ₃₁₄ Cfr. HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, parte tercera – vol. III, Los principales contratos, traducción de la 1ª ed. francesa, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 1.

principal. Por consiguiente, este interventor deberá ser un tercero ajeno a la relación jurídica derivada del contrato principal que es objeto de las labores enunciadas.

...

114. Como aspecto fundamental para el análisis del caso concreto, el Tribunal destaca que una de las notas que caracteriza al contrato de interventoría y que lo permite diferenciar de otros mecanismos contractuales en los cuales se prestan servicios a favor del Estado, como lo son los contratos de prestación de servicios, es la especial autonomía e independencia con la cual actúa el interventor respecto de la entidad estatal que lo contrata. Así las cosas, el interventor no es, respecto de la entidad estatal, sino apenas un sujeto de derecho que presta sus servicios de control, vigilancia y fiscalización de la correcta ejecución de otro contrato estatal. (...)

129. De acuerdo con la anterior norma, además de la responsabilidad que corresponde a cualquier contratista, los interventores tienen una responsabilidad especial que se deriva de la particular naturaleza del contrato celebrado y de las funciones que debe desarrollar a favor de la entidad estatal. En ese sentido, los interventores serán responsables *(i)* por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones directamente resultantes del contrato de interventoría, y *(ii)* por los perjuicios derivados de la celebración y ejecución de los contratos objeto de vigilancia por parte del interventor que sean el resultado de acciones u omisiones del propio interventor.

...

135. Así, entonces, HALCROW, en virtud del contrato de interventoría celebrado con El Distrito de Cartagena, ejerce funciones públicas y, como tal, es sujeto del régimen especial de responsabilidad patrimonial que consagra el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual fue objeto de análisis atrás por parte del Tribunal (...).

156. Así las cosas, entonces, para el Tribunal es claro que la conducta contractual de HALCROW no podía limitarse a un cumplimiento simple del contrato, sino que las responsabilidades de HALCROW como profesional en el control, vigilancia y fiscalización de la ejecución de proyectos de inversión, le imponían unos especiales deberes de conducta tendientes a cooperar y, de cierta manera, asegurar el cumplimiento correcto del contrato de obra pública objeto de su vigilancia. Es por ello que HALCROW debía proceder a la revisión de los diseños, con lo cual daría certeza al Distrito de Cartagena que los mismos respondían a las más altas exigencias técnicas y que serían idóneos para la ejecución de la obra contratada con las especificaciones requeridas.

CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO

CONVOCANTE: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. - FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -

**FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. –
FIDUCOLDEX, INTEGRANTES DEL CONSORCIO FOPEP 2007
CONVOCADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO
ÁRBITROS: GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, ADELAIDA ÁNGEL ZEA, SAMUEL CHÁLELA
ORTIZ**

Laudo: noviembre 9 de 2017

El tribunal destaca las siguientes características de este contrato, relevantes para la resolución de esta controversia:

1ª Es un contrato estatal a términos de lo que disponen los artículos 1º, 2º y 32 de la Ley 80 de 1993, dada la naturaleza de la parte contratante, de los cometidos estatales que forman parte de la finalidad del contrato, así como por la naturaleza de los recursos (todos estatales), asunto bien claro en el derecho colombiano, y tanto por mandato de las normas que regulan los negocios subyacentes, como por el clausulado expresamente acordado, se trata de un contrato típico de encargo fiduciario de administración y pago cuya preceptiva obra en los códigos civil y de comercio, así como en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, esto último porque el objeto de todas las sociedades que integran la parte convocante está sometido a la inspección y vigilancia del estado colombiano (Superintendencia Financiera).

Conviene tener en cuenta lo que determina el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que bajo el rótulo “**Normas aplicables a los encargos fiduciarios**” (Artículo 146) ordena: *“En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas previstas en el presente estatuto”*.

2ª El régimen jurídico aplicable al contrato de ENCARGO FIDUCIARIO ya precisado es el régimen del derecho privado, sin perjuicio de lo que corresponde estrictamente al derecho público implicado, o a potestades que se reservó el ente estatal contratante, el MINISTERIO DEL TRABAJO, en concreto, las “FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL MINISTERIO” consignadas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA del contrato (Interpretación Unilateral y Modificación Unilateral) y la que obra en la cláusula DÉCIMA SEXTA (Caducidad).

3ª La justificación del contrato y su función económica están bien expuestas en las Consideraciones del mismo (Parte introductoria, Nos. 1 a 12), en síntesis, ser un instrumento de administración y pago de los recursos del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE NIVEL NACIONAL que fue creado por la Ley 100 de 1993 como una cuenta

especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y que debe manejarse, según los términos de la ley, mediante ENCARGO FIDUCIARIO.

CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIA

CONVOCANTE: INFORMATION TECHNOLOGIES DE COLOMBIA S.A.S.

CONVOCADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB S.A. E.S.P

ÁRBITROS: JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, ADRIANA POLANÍA POLANÍA, JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA

Laudo: julio 4 de 2017

33. Previo al estudio de fondo de los problemas jurídicos planteados, considera fundamental el Tribunal determinar el régimen jurídico aplicable al Contrato de Colaboración Empresaria y sus Anexos. Para el efecto, comienza el Tribunal por analizar la naturaleza jurídica de las partes. En ese sentido, se observa que el Contrato de Colaboración Empresaria y sus Anexos fueron celebrados entre Intek, sociedad de naturaleza comercial, y ETB, sociedad comercial con capital público y privado, pero mayoritariamente público y, a la vez, empresa de servicios públicos y proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones ⁶²61.

La citada naturaleza de las partes resulta relevante para la determinación del régimen jurídico aplicable a la relación contractual objeto del proceso arbitral, específicamente en el caso de la sociedad ETB, toda vez que, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, al ser una sociedad comercial con capital mayoritariamente público, se trata de una entidad estatal y, a la vez, teniendo en cuenta su objeto social, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, tenía el carácter de empresa de servicios públicos domiciliarios a la fecha de suscripción del Contrato de Colaboración Empresario (20 de febrero de 2007), mientras que a la fecha de suscripción de los Anexos (26 de julio y 15 de noviembre de

⁶² 61 Según la Directiva Interna No.00659 de fecha 21 de Marzo de 2017, mediante el cual se adopta el Manual de Contratación de ETB, actualmente dicha empresa *“es una Empresa de Servicios Públicos Mixta transformada en Sociedad por Acciones, cuyo capital accionario está compuesto por aportes públicos de Bogotá Distrito Capital y capital privado; en desarrollo de su objeto social es proveedor de bienes y servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones en todo el país y se rige por la Ley 1341 de 2009 y demás normas concordantes”*.

2013), tenía el carácter de proveedor de redes y servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones, de conformidad con la Ley 1341 de 2009.

34. En relación con el carácter de entidad estatal y empresa de servicios públicos domiciliarios que tenía ETB al momento de la suscripción del Contrato de Colaboración Empresaria, el Tribunal destaca que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, dispone: *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”*.

A su vez, en cuanto al carácter de entidad estatal y proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones del cual gozaba ETB al momento de suscripción de los Anexos y de la ocurrencia de los hechos materia del presente proceso arbitral, es preciso señalar que el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 señala: *“Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”*.

De acuerdo con las anteriores dos normas, la actividad contractual de ETB, tanto al momento de la celebración del Contrato de Colaboración Empresaria como al momento de la suscripción de los Anexos y de la ocurrencia de los hechos materia del presente proceso arbitral, estaba excluida de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en consecuencia, estaba regida por las normas de derecho privado, de tal manera que los problemas jurídicos debatidos en el presente proceso arbitral deben ser resueltos de acuerdo con las reglas del derecho privado.

...

45. En concordancia con ese marco de la colaboración empresarial en cuanto categoría jurídica y contractual relevante, para el Tribunal es claro que el negocio jurídico objeto de la decisión corresponde, siguiendo propio título, a un Contrato de Colaboración Empresaria, que, como tal, carece de tipificación normativa en Colombia y que surge de la libertad contractual de las personas que al momento de disponer de sus intereses pueden recurrir a formas contractuales no tipificadas en la ley, sin desconocer las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, así como tampoco los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal aplicables a la actividad contractual de la ETB.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

CONVOCANTE: FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.
CONVOCADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,
REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.
ÁRBITROS: ERNESTO RENGIFO GARCÍA, CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, JUAN
CARLOS VARÓN PALOMINO

Laudo: diciembre 11 de 2017

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, el contrato de fiducia mercantil es “... *un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario*”.

De acuerdo con la disposición citada, las partes del contrato de fiducia mercantil son el fideicomitente, fiduciante o constituyente, de una parte, y el fiduciario, de otra, quienes concurren a la celebración del contrato, el cual se ejecuta para cumplir la finalidad establecida por el primero, en provecho del fideicomisario o beneficiario, que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero. El fideicomitente es el sujeto de derecho capaz de disponer de sus bienes para constituir un fideicomiso, que puede ser una persona natural o jurídica incluidas las personas de derecho público, autorizadas por la ley, o incluso un patrimonio autónomo. El fiduciario, por su parte, debe ser una persona jurídica autorizada para obrar en tal condición quien se compromete a ejecutar la voluntad del fideicomitente sobre los bienes fideicomitados, con el objetivo de cumplir la finalidad asignada. Finalmente, el beneficiario, que como se indicó puede o no coincidir con el fideicomitente, es el sujeto de derecho que debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento de la finalidad y eventualmente, los mismos bienes fideicomitados⁶³45, cuya existencia no es necesaria al momento de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo⁶⁴46.

Así, el contrato de fiducia mercantil es un contrato comercial típico, cuya celebración trae como consecuencia o efecto la formación de un patrimonio autónomo, en tanto el artículo 1233 del Código de Comercio dispone que los bienes fideicomitados “... *forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*”. En este sentido los bienes que se entregan en virtud de un contrato de fiducia mercantil salen del patrimonio del fideicomitente, sin entrar a formar parte del patrimonio del fiduciario, y se radican en el patrimonio autónomo, con el único objetivo de cumplir la finalidad asignada (...).

⁶³ 45 RODRIGO AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios”, Editorial legis, (Bogotá D.C. – 2002), Págs. 838-843.

⁶⁴ 46 Código de Comercio, artículo 1229.

CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN E&E O E&P

CONVOCANTE: PETROMINERALES COLOMBIA LTD. SUCURSAL COLOMBIA

CONVOCADO: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS – ANH

ÁRBITROS: SAMUEL CHÁLELA ORTIZ, EDGAR F PARÍS SANTAMARÍA, LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ

Laudo: diciembre 6 de 2017

En cuanto a su naturaleza jurídica, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, el Contrato de E&E corresponde, entonces, a la categoría de los denominados “*Contratos Estatales*”, que, por su naturaleza especial, siempre, debe corresponder a las condiciones generales de contratación y al modelo de contrato que fuera aprobado por la **ANH** por medio de sus Acuerdos 10 y 20 de 2004.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones acerca del régimen legal a que se encuentran sometidos los Contratos E&P, el Tribunal estima, entonces, que dicho contrato es una especie de *contrato de concesión*, que si bien encuentra en la figura nominada prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 un cercano referente, no corresponde en realidad a ésta típica forma contractual, en cuanto ya quedó sentado que las entidades con competencias para la explotación de recursos naturales, por virtud del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, se rigen por las normas especiales que les resulten aplicables y no por la aludida ley de contratación, de modo que ésta, en lo que atañe a la figura contractual de la concesión, será, si acaso, apenas una fuente analógica para la interpretación de un contrato atípico como pudiera ser el que aprobó la **ANH** para la exploración y explotación de hidrocarburos denominado comúnmente como de E&P.

...

En este tipo de Contrato, en el que la totalidad de los riesgos son asumidos por una sola de las partes, la autonomía del Contratista deviene en un elemento esencial y determinante, la cual debe ser plena, es decir, debe abarcar todos los aspectos, excepto aquellos para los cuales el Contrato reserva cierta regulación; particularmente y de manera destacada respecto de la oportunidad y el procedimiento entendido éste como la sucesión de actos concatenados de manera sucesiva, desde el aviso de Descubrimiento hasta la declaración de un Área de Explotación, pasando por la Evaluación, la declaratoria de comercialidad y demás etapas contractualmente señaladas.

(...)

Bajo este entendido, puede concluirse que la vigilancia que se permite a la **ANH**, al ser la parte contractual que no asume ningún riesgo, debe estar limitada estrictamente a conocer lo que se está haciendo por el Contratista pero, únicamente, con propósitos de verificación del cumplimiento del Contrato y para tener la posibilidad de solicitar

información adicional y rectificaciones, si así lo considera necesario. Para cada Fase se asigna un rol a la **ANH** frente al accionar contractual del Contratista, de suerte que solo frente al Plan de Explotación presentado por éste la entidad dispone de facultades de aceptación según se analizará en detalle más adelante, mientras que en las actuaciones precedentes (Descubrimiento, aviso del mismo, Plan de Evaluación, declaratoria de comercialidad) la **ANH** se limita a la verificación del cumplimiento del Contrato por parte del Contratista, toda vez que la actuación de éste, si bien está signada por la autonomía, debe ceñirse a unas oportunidades y procedimientos contractualmente reglados.

Posteriormente, para cada Descubrimiento, el Contratista autónomamente, decide si delimita un Área de Evaluación⁶⁵146 con el fin de llevar a cabo un Programa de Evaluación¹⁴⁶ en los términos contractualmente definidos. Una vez iniciadas las labores de evaluación, el Contratista tiene la posibilidad de definir, según la información obtenida, la existencia de un Descubrimiento y de realizar al Declaración de Comercialidad del mismo.

Una vez declarada la Comercialidad, es decir, cuando el Contratista ha establecido que algún Descubrimiento realizado dentro del Área Contratada será entendido como un Campo Comercial (cláusula 1 numeral 1.9.⁶⁶147), el Contratista debe establecer el Plan de Explotación (cláusula 1 numeral 1.28.⁶⁷148) del mismo, así como definir el Área de Explotación (cláusula 1 numeral 1.6.⁶⁸149) correspondiente.

Todas y cada una de estas etapas anteriormente reseñadas deben estar precedidas por la adecuada presentación de los debidos soportes técnicos por parte de **PETROMINERALES** a

⁶⁵ 146 Definido en el Contrato Corcel así: “1.33. Programa de Evaluación: Es el plan de Operaciones de Evaluación presentado por EL CONTRATISTA a la ANH, según la Cláusula 7 este contrato, con el propósito de evaluar un Descubrimiento y determinar si se trata de un Campo Comercial. La ejecución del Programa de Evaluación y presentación de informe de resultados a la ANH son requisitos para declarar si un Descubrimiento en un Campo Comercial.

⁶⁶ 147 El contrato Corcel, lo define así: “1.9. Campo Comercial: Es la porción del Área Contratada en cuyo subsuelo existen uno o más yacimientos descubiertos, que EL CONTRATISTA ha decidido explotar comercialmente.”

⁶⁷ 148 El Contrato Corcel, lo define así: “1.28. Plan de Explotación: Es el documento guía preparado por EL CONTRATISTA de acuerdo con las Cláusulas 9 y 10 de este contrato, para adelantar la Explotación técnica, eficiente y económica de cada Área de Explotación y contendrá, entre otros aspectos, el cálculo de reservas de Hidrocarburos, la descripción de facilidades de Producción y transporte de Hidrocarburos, los pronósticos de Producción de Hidrocarburos para el corto y mediano plazo, un programa de Abandono y los Programas de Trabajos de Explotación para lo que resta del Año Calendario en curso o del Año Calendario siguiente.”

⁶⁸ 149 El Contrato Corcel, la define así: “1.6. Área de Explotación: Es la porción del Área Contratada en el cual se localiza uno o más Campos Comerciales, como se establece en la Cláusula 9 (numeral 9.3) del presente contrato. El Área de cada Campo Comercial comprenderá la envolvente de la proyección vertical en superficie del yacimiento o yacimientos que lo integran, y que defina el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con el Decreto 3229 de noviembre 11 de 2003, o con las normas que lo modifiquen o sustituyan.”

la ANH, quien, de acuerdo con los numerales 19.1. y 19.4. de la cláusula 19, ⁶⁹150 está facultada para pronunciarse sobre la información recibida y/o pedir información suplementaria.

LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCARIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

Por todo lo expuesto, los pliegos de condiciones de la licitación pública No. TCLPN-004 de 2010, constituyen documento contractual en el convenio bajo análisis, en tanto de ellos surgió el referido negocio jurídico, en ellos se señalaron las condiciones y requisitos del mismo ellos constituyeron la oferta de negocio - jurídico hecha por TRANSCARIBE y aceptada por CALIC ANTO, y a ellos debió atender y cumplir el contratista al realizar su ofrecimiento, y ese cumplimiento o adecuación a los pliegos de condiciones precisamente determinó su selección como tal. Pliegos y Oferta de esta forma, se integraron y se concretaron en el contrato.

Es así como debe concluirse que en el contrato de concesión No. TC- LPN- 004 de 2010, se incorporaron los pliegos de condiciones de la licitación pública No. TC-LPN-004 de 2010 y la oferta del contratista. Y si las partes desconocieron este principio, incurrieron en abierta violación de normatividad superior que expresamente lo prohíbe; y es bien sabido que el legislador prescribe que " *No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres* " (artículo 16. Código Civil).

⁶⁹ 150 Sobre la entrega de información técnica permanente en todas las etapas del contrato, por parte del CONTRATISTA mantendrá oportuna y permanentemente informada a la ANH, en el Contrato Corcel, se pactó: "19.1. *Información Técnica: EL CONTRATISTA mantendrá oportuna y permanentemente informada a la ANH sobre el progreso y resultados de las operaciones. Por consiguiente, además de los documentos requeridos en otras cláusulas de este contrato, EL CONTRATISTA entregará a la ANH, a medida que se vaya obteniendo y antes de la fecha de vencimiento de cada uno de las fases del Periodo de Exploración y por Año Calendario durante el Periodo de Explotación, toda la información de carácter científico, técnico y ambiental, obtenida en cumplimiento de este contrato. Esta información de Exploración y Explotación.*" (Resaltado fuera de texto) (...) "19.4. *Reuniones informativas: En cualquier momento durante la vigencia de este contrato la ANH podrá citar a EL CONTRATRISTA, a reuniones informativas.*"

Adjudicado el contrato, el texto expreso del convenio no podrá sino contener la convergencia de pliegos de condiciones y oferta cumplida que constituye el fundamento mismo del acto administrativo de adjudicación.

Cosa distinta son las facultades de modificación del acuerdo a disposición de las partes, de conformidad con la ley y las posibilidades que al efecto prevea el contrato mismo. *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, reza el artículo 1602 del Código Civil. Es así como, atendiendo a las necesidades de ejecución del contrato, los contratantes podrán modificar los extremos contractuales que resulten convenientes para lograr la realización de su objeto (...).

...

La administración pública al diseñar el negocio objeto de la licitación pública que convoque, deberá, en forma explícita y expresa, dar a conocer a los eventuales proponentes - contratistas, las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato, las condiciones en que éste deberá ejecutarse y los riesgos que, en consecuencia, asumiría el contratista finalmente seleccionado. Estos, a su vez, libremente decidirán -al proponer- si están dispuestos a aceptar las condiciones del contrato. Invitación a contratar (pliegos de condiciones) y aceptación (oferta) serán legítimos, válidos y eficaces siempre que ambas partes tengan pleno e inequívoco conocimiento del contenido obligacional de los compromisos asumidos y de los riesgos involucrados en la ejecución del contrato a celebrarse. Se trata en últimas de la "moralidad administrativa", principio elevado a rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico"⁷⁰706

... De esta manera, solo pudiera darse el restablecimiento del equilibrio contractual, en caso que dichas perturbaciones o sus efectos, provinieran de hechos que no fueron -o no pudieron- ser previstos por las partes en el momento de ofrecer y proponer, o que no hubieran podido adelantarse de conformidad con las disposiciones que vienen de citarse, o que se presentaron situaciones en su ejecución generadoras de perturbaciones que escapaban a lo normado por las partes en pliegos de condiciones y contrato. En este caso advierte el Tribunal que la eficacia de la regulación contractual en esta materia no falló. por cuanto los hechos ocurridos durante la ejecución de las actividades en controversia fueron producto de circunstancias conocidas por las partes desde el momento mismo en que se abrió la licitación pública que antecedió la suscripción del contrato.

...

⁷⁰ 706 Artículo 209 de la Constitución Política.

Encuentra el Tribunal que el Concesionario incumplió los pliegos de condiciones, el contrato de concesión y el PMA, así como los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental, única competente para regular y autorizar la disposición de escombros, de conformidad con su origen y destino probado, acudiendo a una escombrera distinta a la autorizada por CARDIQUE para la disposición de los escombros del proyecto objeto del contrato de concesión (...).

ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Sobre la naturaleza jurídica de las figuras de ANTICIPO y PAGO ANTICIPADO, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, expresó en la Sentencia 13436 de junio 22 de 2001, lo siguiente:

2.2.1.- Anticipo

El anticipo se toma como recursos que la entidad entrega al contratista incluso antes de la ejecución del contrato con el fin de financiarlo y no como pago por los trabajos o labores acometidas. Por lo mismo, no extingue ninguna parte de la obligación de pago que adquiere la entidad por la celebración del contrato ni, por tanto, entran al patrimonio del contratista sino que conservan el carácter de públicos. Por eso es que debe asegurarse con una garantía (literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994), la correcta y adecuada inversión para evitar la dilapidación y en la medida que se vaya ejecutando el contrato se va amortizando.

...

2.2.3.- Pago anticipado

El pago anticipado sí hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado (2). Igual que en la figura jurídica anterior, el literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994, exige la constitución de la garantía de buen manejo.

Los dineros entregados al contratista a título de pago anticipado, entran a su patrimonio y no tienen destinación diferente a la que su dueño de manera libre y autónoma quiera darle.

El caso típico de un pago anticipado se observa en las compraventas de inmuebles o de vehículos, cuando normalmente se usa el pago de un primer abono antes de la entrega de la cosa vendida, incluso, si existe de por medio una promesa de contrato, mucho antes de la misma compraventa ⁷¹243.

....

Es así como, es claro que cuando se trata de un anticipo, como los recursos son públicos, su ingreso al patrimonio del contratista solamente se dará una vez hayan ejecutado los mismos mediante su utilización en la materialización de las prestaciones para las cuales ha sido contratado, momento en el cual se podrá identificar el valor correspondiente a los costos del proyecto y el propio de la utilidad del ejecutor. En esta medida, y con independencia del título que se otorgue en el acuerdo de voluntades al pago adelantado del valor del contrato, se hablará del anticipo cuando éste deba ser amortizado, esto es, justificado respecto de su utilización ante su pagador, y pago anticipado, cuando tales recursos ingresan al patrimonio del contratista directamente como un pago por el objeto contratado que antes de su entrega y por liberalidad de las partes.

En este orden de ideas, se tiene que para el Tribunal los siete mil millones de pesos a los que se comprometió la parte Convocada en reconvencción en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 024 de 4 de septiembre de 2006 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias y que se reflejan en el numeral 9 de la cláusula décima novena del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006, se constituyen jurídicamente en un anticipo y no en un pago anticipado, pues los mismos no ingresaron directamente al patrimonio del contratista sino a la fiducia constituida por la parte Convocada en reconvencción por expreso mandato contractual, su destinación no se encuentra a la liberalidad del contratista, sino que está específicamente determinada por la ejecución del contrato, y el contratista debe justificarlos al momento de hacer los respectivos cobros dentro del esquema fiduciario, con aprobación previa de la interventoría del proyecto.

⁷¹ ²⁴³ Contraloría General de la República, Concepto 5961 de 17 de marzo de 2004, suscrito por IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE.

PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

ALCANCE GENERAL DEL PRINCIPIO

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Atendiendo el carácter bilateral y sinalagmático de la generalidad de los contratos del Estado, característica que implica la reciprocidad en las prestaciones de los contratantes y, además, considerando los postulados de los principios de seguridad jurídica⁷² 159, buena fe y garantía del patrimonio⁷³ 160, adquiere relevancia el análisis del principio del *equilibrio económico del contrato*, institución cuyo sustrato consiste en que los intereses o expectativas económicas que las partes definieron al inicio de la negociación sean correspondientes, equitativos y permanezcan incólumes durante la etapa de ejecución contractual y hasta su terminación, por ende, en el evento que las prestaciones económicas definidas en la convención cambien o sean objeto de mutación deficitaria, deberá repararse dicho rompimiento a efectos de restablecer la ecuación económica que siempre deberá ser perfecta.

...

De esta forma hay que entender que el restablecimiento económico no es abstracto ni automático, sino que siempre deberá analizarse, precisarse y definirse en cada caso concreto, considerando la estructura contractual primigenia, inicial u originaria, su

⁷² ¹⁵⁹ ROBERTO DROMI, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pp. 266.

⁷³ ¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de mayo de 1995, Exp. 8.118.

regulación normativa, la previsión, dosificación y distribución de los riesgos⁷⁴ 164 y la turbación o alteración posterior, examinando sus causas y sus efectos.

...

En estos términos, considerando que el objeto mismo del principio analizado se fundamenta en la preservación de la equivalencia de las prestaciones o de la simetría de los derechos y obligaciones hasta la terminación del contrato, cualquier afectación o alteración que sufra esta paridad deberá ser reparada, claro está, previa comprobación en el caso concreto de los condicionamientos para su procedencia, los cuales pueden resumirse (i) en la existencia de un hecho desequilibrante que ocurra con posterioridad a la suscripción del contrato, (ii) que además sea ajeno o externo a la parte contratante que lo alega y (iii) que efectivamente cause una afectación de orden económico a los cálculos inicialmente proyectados, “... en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas”⁷⁵ 167.

Bajo esta perspectiva, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, hay que advertir que al contrato de concesión le es aplicable el principio del equilibrio económico⁷⁶ 168, el cual se erige en su estructura como rector **imperativo** -al igual que para la contratación estatal en general-⁷⁷ 169, lo cual se desprende de los distintos preceptos que tratan la materia en la Ley 80 de 1993, entre ellos el artículo 27 (...)

En igual sentido, los artículos 4 numerales 3, 8 y 9; 5 numeral 1; 14; 25 numerales 13 y 14; 26 numeral 2; 27; 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, 16 de la Ley 446 de 1998 y 87 del C.C.A., disponen correlativamente como derecho y obligación de las partes contratantes, la preservación de la ecuación económica del contrato, previendo a su vez la existencia de instrumentos cuyo objeto consiste en la reparación de las condiciones contractuales,

⁷⁴ 164 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero de 2004, Exp. 14.063

⁷⁵ 167 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de febrero de 1999, Exp. 11.194.

⁷⁶ 168 Miguel MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1978, pp. 471-472. “Es de la esencia misma de todo contrato de concesión hallar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas. La explotación de un servicio público puede ser concebida a priori como onerosa o como remunerativa. Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, deben balancearse de manera que forme la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hallase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honrada, entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Y esté cálculo de equivalencia es esencial al contrato”.

⁷⁷ 169 Cfr. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: “La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no”. En igual sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001. Artículos 4º, numerales 3º, 8º y 9º-, 5º, numerales 1º y 14, 25, numerales 13 y 14, 26, numeral 2º, 27, numeral 1º, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, 16 de la Ley 446 de 1998 y artículo 87 del C. C. A.

como es el caso de la revisión de precios, sumado al ejercicio de las distintas acciones jurisdiccionales procedentes al respecto.

Cabe precisar entonces que la alteración de las condiciones contractuales puede presentarse **(i)** a raíz de actos o hechos de naturaleza contractual, externos al contratista y atribuibles a la Administración, en razón a que tienen ocurrencia por voluntad suya, comportamiento que se enmarca *i'*) de un lado, bajo los postulados de la teoría del *ius variandi (potestas variandi)*, la cual se presenta generalmente a raíz del ejercicio de poderes exorbitantes⁷⁸ 173 y, *ii'*) de otro, a raíz del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la misma entidad, actuar que como se ve es ajeno al contratista e imputable a la entidad contratante; **(ii)** también puede afectarse la ecuación por actos de contenido general proferidos por la Administración “...como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general”⁷⁹ 174, eventos que se estructuran bajo la institución del *hecho del príncipe (factum principis)*. El acatamiento de las normas así proferidas hace más gravosa la ejecución del contrato; y **(iii)** sumado a los anteriores eventos, se encuentran aquéllos que corresponden a factores exógenos a ambas partes, a circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que constituyen situaciones imprevistas y que obligan al contratista a ejecutar la convención bajo un supuesto disímil al planteado al inicio de la negociación, implicándole un mayor esfuerzo que tampoco no le es imputable. Estos últimos supuestos son propios de la *teoría de la imprevisión (sujetions imprevue)*, cuyos efectos deben ser reparados en los términos del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993⁸⁰ 175, y el artículo 868 del C. de CCIO., atendiendo las particularidades de su aplicación tratándose de la contratación del Estado⁸¹ 176.

⁷⁸ 173 Esta situación fue prevista en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que sobre el particular prescribió en el inciso segundo de su numeral 1: “En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.”

⁷⁹ 174 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588.

⁸⁰ 175 Art. 5, Ley 80 de 1993: “DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: “1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia(sic) tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida **por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas**. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato...” -Negrilla fuera del texto-

⁸¹ 176 Así, la exclusión de la imprevisión en los contratos “aleatorios” prevista en el artículo 868 del C. de Co, al constituir una restricción es de aplicación e interpretación restrictiva, estricta, limitativa y no analógica a

CONVOCANTE: CADSA S.A.S Y OTROS

CONVOCADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS

ÁRBITROS: DAVID LUNA BISBAL, ORLANDO ABELLO MARTÍNEZ-APARICIO, ANTONIO PABÓN SANTANDER

Laudo: febrero 20 de 2014

Sobre este punto es importante resaltar que la ecuación económica del contrato no busca un equilibrio matemático sino una equivalencia entre las prestaciones de las partes, esto es, que ninguna de ellas se vea perjudicada con la ejecución del contrato. Esta figura no es nada distinto que esa correlación o equivalencia obligacional que debe caracterizar este tipo de negocios jurídicos. Dicho en otros términos, al momento en que las partes hacen coincidir sus manifestaciones de voluntad, es porque han encontrado una equivalencia entre las prestaciones que cada una de ellas asume, equivalencia que tiene estrecha relación con la causa del contrato, y que por ende debe mantenerse a todo lo largo de la ejecución negocial. Y si bien, no supone esa ecuación una definición precisa y exacta de las utilidades o beneficios que cada parte espera, pues ella está expuesta en gran medida a unos factores intangibles que pueden variar aquellos como son los riesgos que cada uno asume, supone por lo menos una simetría entre las obligaciones de las partes, que como se dijo, debe procurar mantenerse.

...

Sobre este punto, en sentencia del 29 de mayo de 2003 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, en el expediente 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577) se indicó lo siguiente:

*“Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, **constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado**”.* –Negrillas fuera de texto-

contratos que no sean comerciales y, particularmente, a los estatales regidos por la Ley 80 de 1993, en los cuales, *el equilibrio económico es principio rector imperativo*. Aún más, el artículo 1060 consagra en el contrato de seguro, de suyo aleatorio (artículo 1036), el derecho de la aseguradora para “...revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima” cuando se presente una “agravación del riesgo” o variación de su identidad local por circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, lo cual, corresponde a no dudarlo a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión por la ocurrencia de hechos imprevistos y sobrevinientes que agravan el estado del riesgo y por consiguiente, afectan la prestación de una de las partes del contrato de seguros.

“La ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el decreto ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

“Sin embargo, no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

“En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes”.

En ese fallo se hace alusión a las posibles causas que pueden afectar el equilibrio económico del contrato, mencionando entre ellos los actos de la administración así como factores externos y extraños a las partes. Sin embargo dichas causales han sido objeto de mención más detallada en copiosa jurisprudencia donde se han destacado principalmente los siguientes eventos:

- o Actos o hechos de la administración contratante.
- o Actos de la administración como Estado (Hecho del Príncipe).
- Factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión).

Es usual que en contratos como en el que nos ocupa en los cuales los costos son permanentemente variables, se acuerden fórmulas de actualización o de ajuste, que son

en últimas las herramientas que permiten a las partes preservar la equivalencia de la que se ha venido hablando.

Recordemos en este punto que en tratándose de contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo, debe existir aquello que la doctrina denomina “reciprocidad dinámica”. Algunas veces esa “reciprocidad” se logra mediante la incorporación de fórmulas de actualización pactadas desde el comienzo, como ocurrió en este caso, que buscan preservar la conmutatividad que desde el inicio las partes han concebido.

...

Para efectos del restablecimiento del equilibrio económico, el legislador considera necesario determinar la causa generadora de su variación. En efecto, el artículo 5 de la citada ley 80 contempla dos eventos distintos a saber: (i) si la ecuación financiera se modifica por causas imputables a la administración, el contratista tendrá derecho al restablecimiento de la misma en los términos en que fue concebida al momento de contratar pues evidentemente estamos ante un típico evento de responsabilidad que exige la reparación integral del daño, y (ii) si tal modificación fue consecuencia de un hecho imprevisto no imputable a ninguna de las partes, sólo tendrá derecho a que se le compense el detrimento sufrido o en otras palabras, a que se le deje en un punto de no pérdida.

Constituye sin embargo presupuesto fundamental para la procedencia de cualquier reclamación por ese concepto, independientemente de su causa, la existencia de un real y verdadero desequilibrio en el contrato, cuya prueba corresponde sin duda a quien lo reclama. Para ese efecto la demostración del desequilibrio debe verse reflejada en el balance global del contrato, pues desde el punto de vista financiero el negocio jurídico constituye una sola operación económica compleja cuyo resultado final es el que permite determinar con certeza la existencia de una pérdida o de una utilidad.

No basta con demostrar que algunos de los precios del contrato aumentaron desmesuradamente ni tampoco puede aceptarse, a contrario, que muchos de ellos se redujeron igualmente de manera inesperada para concluir que hubo una afectación en la economía del contrato. Esta última solo puede concebirse a partir de la valoración conjunta de todos y cada uno de los componentes financieros del negocio, pues solo al final del ejercicio se tendrá la certeza de si éste generó pérdidas o beneficios.

De esta forma, la demostración judicial del desequilibrio contractual no puede estar dada por la variación anormal de uno o varios de los costos del contrato sino que ella debe ser el resultado de la demostración del impacto de esa variación en el balance global del negocio.

Así, lo primero que debe destacarse es que cualquier afectación del equilibrio contractual, debe estar sustentada en hechos que efectivamente distorsionen la ecuación financiera, distorsión que solo puede predicarse de la totalidad del contrato, sin que sea admisible alegar un desequilibrio parcial o fraccionado, limitado a algunas prestaciones de la relación negocial, en razón a que la ecuación financiera está conformada por todas y cada una de las prestaciones y en ese sentido debe ser entendida como un todo. Lo anterior encuentra su razón de ser en la misma definición de la ecuación financiera del contrato la cual, como se ha venido reiterando, consiste en la equivalencia de las prestaciones debidas recíprocamente entre las partes.

CONVOCANTE: CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARQ, JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GEHEM

CONVOCADO: FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA

ÁRBITROS: MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VASQUEZ, VIRGILIO J. ESCAMILLA ARRIETA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: febrero 18 de 2016

Uno de los problemas jurídicos que, adicionalmente, debe resolverse consiste en, si en el caso objeto de estudio, se produjo o no ruptura del equilibrio contractual y si hay mérito para acceder al correspondiente restablecimiento (sic) En lo relacionado con esta pretensión para liquidar sumas que pudieren adeudarse a los convocantes por la convocada, por razón del concepto de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, es del caso, antes de resolver, sustentarnos en reconocidas líneas jurisprudenciales:

"El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio."

"Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera , la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo , por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por

las partes durante su ejecución. De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio pacta sunt servanda el principio rebus sic stantibus, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas ."

"El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura(...)" (CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-S ECCION TERCERA -SUBSECCION 8-Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997 -04390-01 (1 8080)

CONCOVANTE: GRUPO EMPRESARIAL METROCARIBE S.A.

CONVOCADO: TRANSMETRO S.A.S

ÁRBITROS: ANTONIO PABÓN SANTANDER, ANNE MARIE MURRELE ROJAS, RICARDO HOYOS DUQUE

Laudo: junio 30 de 2015

Sabido es, como lo tiene dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado cuando durante su ejecución se presentan circunstancias imprevistas que, de manera grave y anormal, alteran la ejecución, sea por la ocurrencia de hechos imprevistos (teoría de la imprevisión) o por la expedición de por parte de la administración, no en su calidad de contratista sino de Estado (hecho del príncipe).

Según RIVERO, para que la teoría de la imprevisión se aplique se requieren tres condiciones:

- (i) Los cocontratantes no han podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave).
- (ii) Estos hechos deben ser independientes de su voluntad.
- (iii) *“Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio [utilidad] del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever. El juez fija los ‘precios-límites’ -es decir, los márgenes de alza razonablemente previsibles- sobre los cuales se abre la situación de imprevisión.”⁸²37*

...

El desequilibrio o equilibrio económico del contrato dependerá de la preservación o no del sinalagma contractual inicial, de tal suerte que, si éste se ve alterado, el contrato se verá desequilibrado pero siempre, se reitera, teniendo en cuenta las condiciones previstas por las partes al momento de contratar.

...

El hecho de que sean las condiciones pactadas por las partes las que determinen la ecuación financiera y si existe o no desequilibrio contractual, es la razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia solo aceptan el restablecimiento de tal ecuación cuando ésta se ha visto alterada por circunstancias sobrevivientes a la contratación y sin importar la figura que se invoque para el efecto (imprevisión, el hecho del príncipe o el ius variandi).

Sobre el particular, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que *“en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”*. (se resalta)

...

⁸² 37Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984. Pág. 142.

La figura de la ruptura del equilibrio económico del contrato, desarrollado en extenso por la jurisprudencia administrativa, tiene como finalidad específica que, en el evento en que se presenten circunstancias sobrevinientes que modifiquen la ecuación económica del contrato, proceda el juez a restablecer esa ecuación, con el fin de mantener la conmutatividad de aquel.

Si bien pueden existir diferentes causas que dan origen al fenómeno del desequilibrio económico del contrato el cual puede verse alterado por actos de la administración como parte contractual, por hechos de la administración como Estado o por factores externos y ajenos a las partes, todas ellas tienen un elemento común: el quebrantamiento de circunstancias convenidas desde un inicio durante la ejecución del contrato.

De esta forma, el hecho de un pago inferior al licitado pero que se encontraba previsto como posibilidad en una cláusula contractual desde el inicio mismo de la relación, no puede ser entendido por el Tribunal como un desequilibrio contractual en los términos solicitados en la pretensión, y por ende la pretensión subsidiaria aquí analizada, así como su consecuencial de condena, están igualmente llamadas a no prosperar.

CONVOCANTE: SOCIEDAD REURVALLE S.A.S

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

ÁRBITROS: GILBERTO PEÑA CASTRILLON, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO

Laudo: octubre 8 de 2012

212. Finalmente, cabe preguntarse si por razón del principio del equilibrio económico de los contratos estatales, debe reconocerse a la parte contratante las sumas reclamadas. A este respecto debe recordarse, en primer lugar, que como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia el principio del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos es de orden público, pues no sólo tiene por objeto proteger al contratista del Estado sino, también, permitir que el mismo subsista de tal manera que ejecute el Contrato y con ello se logre el interés público que con este último se persigue. Por consiguiente, no es posible renunciar por anticipado a dicho principio.
213. En este sentido es bien conocido el laudo proferido en el proceso adelantado entre el Consorcio Mora Mora y Cia Ltda. - Conciviles S. A. y el Incora⁸³ 3 en el cual se consideró que el principio del equilibrio económico del contrato es de orden público por el interés que en él está envuelto y que por ello no es permitido estipular cláusulas que de una u otra forma alteren, afecten o sean contrarias al

⁸³ 3 Laudo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá del 19 de marzo de 1996.

mantenimiento del equilibrio económico del contrato. En el mismo sentido se pronunciaron los laudos proferidos en los arbitrajes del Consorcio Cosacol contra Ecopetrol⁸⁴ 4 y de Augusto Moreno Murcia y otros contra el Invías⁸⁵5.

214. Ahora bien, el carácter de orden público del principio del equilibrio económico de los contratos estatales, no significa que no sean posibles los acuerdos de las partes para determinar el alcance de sus obligaciones y los riesgos previsibles que cada una asume. A este respecto debe observarse que el artículo 4º de la ley 1150 de 2007 dispone:

“Artículo 4º . De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones a o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación...”

...

216. El alcance del concepto de riesgo previsible se desprende de la propia Ley 1150, en la medida en que ella exige incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos. Lo anterior implica, por consiguiente, que la previsibilidad del riesgo debe predicarse tanto de su estimación como de su tipificación. En consecuencia, no entra dentro del concepto de riesgo previsible, y por consiguiente, en este aspecto podrá operar el principio del equilibrio económico del contrato, el evento que no era previsible, así como también las consecuencias de un riesgo tipificado que por las características con que se presentaron no podían preverse.

...

224. Por lo demás, se reitera, la formula prevista en el contrato claramente indicaba qué habría de reconocerse en caso de terminación anticipada y no incluía las sumas pagadas por Comisión de Éxito. De este modo era claramente previsible para el contratista la posibilidad de terminación anticipada y que en tal caso no podrá pretender el pago de la Comisión de Éxito. Bastaba para el efecto un examen cuidadoso del texto contractual.
225. Así las cosas, existiendo una previsión contractual cuya validez no ha sido cuestionada, que además es aplicable al caso que se analiza, y que la no inclusión del reconocimiento de dicha suma de dinero en la fórmula pactada no desconoce el principio del equilibrio Económico del contrato, habrá que concluir que no existe

⁸⁴ 4 Laudo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá del 28 de mayo de 2000.

⁸⁵ 5 Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, decisión del 15 de marzo de 2002.

fundamento legal ni contractual para reconocer esta reclamación de la parte Convocante.

CONVOCANTE: GAS DEL RISARALDA S.A. ESP

CONVOCADA: LA NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

ÁRBITROS: ANTONIO PABON SANTANDER, MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO, SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Laudo: febrero 10 de 2012

Esta premisa es consecuencia lógica de la categoría jurídica del contrato estatal: es, en esencia, un contrato conmutativo. Y de esta misma connotación, surge la necesidad de guardar, aún en esta hipótesis, el equilibrio financiero del contrato, sólo que su preservación y restablecimiento durante la vida del contrato, se predicarán respecto de las condiciones reales bajo las cuales se celebró. De allí que sea indispensable la precisión del objeto a contratar y las condiciones bajo las cuales se obliga el contratista, desde el momento mismo en que se formula la invitación (Pliegos de Condiciones o invitación pública), y el entendimiento, aceptación expresa y medición de los alcances de los riesgos que asume el contratista desde el instante en que acepta la invitación del Estado. Ello es así, puesto que Pliegos y Oferta, se integrarán en el contrato estatal, cuyo contenido no podrá rebasar los límites impuestos por los documentos que antecedieron su celebración y en los que debe encontrarse consignada la verdadera intención de las partes al contratar.

El contratista se obliga a la ejecución del contrato estatal, pero dentro de los precisos linderos establecidos en él, determinados por las condiciones vigentes al momento de su celebración.⁸⁶ 53 Son estas condiciones, reflejadas y proyectadas en los riesgos trasladados al contratista en virtud del contrato, las que constituyen la base de la ecuación económica a cuya preservación tiene derecho el particular en virtud del principio del equilibrio económico del contrato el cual informa la contratación pública. Esta ecuación se romperá cuando esas condiciones desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista y que no pudo RAZONABLEMENTE prever en el momento de celebrar el contrato: Es el alea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

Es bien sabido que no es posible para un proponente al estructurar sus precios en una licitación o invitación pública, prever cuándo el legislador va a introducir modificaciones (imprevisibilidad de las modificaciones futuras) en el sistema tributario del país ni en qué

⁸⁶ 53 Artículos 1602 del Código Civil.

monto ello puede ocurrir, para efectuar un cálculo del monto de dichas modificaciones tributarias y así introducir en sus precios unitarios (o en el valor de la tarifa en casos como el aquí analizado) alguna base de protección. Siempre será un trabajo adivinatorio inútil e inconveniente para ambas partes, pues si no se produce la variación de las reglas tributarias, el Estado deberá pagar un precio más alto del real o estará autorizando una tarifa innecesariamente más alta, y si, por el contrario, ello ocurre, muy seguramente no coincidirá el monto calculado con el establecido en la nueva ley.

Las consideraciones que pueda tener el legislador son tantas y de tan variadas posibilidades, que resulta absurdo y desde todo punto de vista inconveniente que los proponentes pretendan protegerse en los precios de una licitación con un factor de corrección que compense adecuadamente los eventuales mayores costos por eventos tan disímiles e imprevisibles. Hasta el presente, no se ha podido diseñar, ni se vislumbra que ello pueda hacerse, un mecanismo o fórmula de protección de eventualidades como la comentada.

De esta forma, salvo los límites específicos mencionados (la teoría del hecho del príncipe y de la imprevisión- que envuelven la fuerza mayor y el caso fortuito-), la traslación de riesgos es permitida por la ley, en tanto y en cuanto constituyan riesgos previsibles razonablemente.

Es decir, dentro de este marco conceptual claro, la transferencia de esos riesgos “trasladables” no constituye un problema de legalidad o posibilidad jurídica, sino un problema de conveniencia, razonabilidad, bancabilidad de los proyectos. Por lo mismo, la forma de analizar la posibilidad de ese traslado de riesgos, obedece más a una óptica no jurídica sino a perspectivas de conveniencia para el desarrollo mismo del proyecto y, por sobre todo, sobre su posibilidad de financiamiento.

...

Quiere decir lo anterior, en primer lugar, que el contratista colaborador del Estado asume el riesgo que representan tanto los costos en que habrá de incurrir para la ejecución de las obras que se compromete a realizar, como los ingresos que el servicio público al cual éstas están destinadas generen y que constituyen su remuneración, de manera que si las previsiones del concesionario no se concretan en la práctica, ya sea porque los costos de la construcción de las obras que son objeto del contrato, en circunstancias normales, superan sus estimaciones, o porque los ingresos derivados de la concesión, en las mismas circunstancias, resultan inferiores a los estimados, y de ello se deriva que los resultados económicos de la concesión no son los que esperaba el concesionario, dicha consecuencia ha de ser asumida exclusivamente por él.

En segundo lugar, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer con claridad, que los riesgos que se pueden trasladar al contratista son solamente aquellos que se encuentren clara y precisamente establecidos a su cargo en el pliego de condiciones, de manera que pueda éste evaluarlos e incorporarlos a sus costos para la elaboración de su oferta, pues solamente así se podrá preservar y restablecer –de ser el caso- el equilibrio financiero del contrato.

Tales riesgos, por lo demás, no pueden ser, por expresa prohibición legal, de extensión ilimitada, ni constituir riesgos anormales o extraordinarios, pues como se señaló, solamente cabe trasladar aquellos que constituyen el *alea* empresarial normal, ya que de otro modo se atentaría contra el principio del equilibrio económico del contrato, representado en este caso en la aplicación de la teoría de la imprevisión, de conformidad con la cual el contratista no está obligado a asumir las consecuencias del acaecimiento de eventos que no le sean imputables a él, en la medida en que dichas consecuencias hayan sido imprevisibles al momento de la celebración del contrato.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

CONVOCANTE: BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.

CONVOCADO: DISTRITO DE BUENAVENTURA

**ÁRBITROS: MARTHA LUCIA BECERRA SUAREZ, AMPARO MARMOLEJO DE GIRALDO,
FERNANDO JORDAN MEJÍA**

Laudo: mayo 31 de 2017

El Tribunal deberá dilucidar si existió desequilibrio económico y financiero en la ejecución del Contrato de Concesión del servicio de Aseo Domiciliario No. 089 de 2004, por la imposibilidad para BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. ESP de cobrar la tarifa por disposición final, por la razón aducida, que el Distrito de Buenaventura no le entregó el lote para efectuar el relleno sanitario en Zacarías y por ello debió hacer la disposición final en el Basurero de Córdoba, estando prohibido, por la normatividad vigente al proponer y celebrar el contrato, cobrar la tarifa por disposición final en sitio de disposición que no fuera relleno sanitario.

En sentencia de ocho de febrero de dos mil doce el Honorable CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B) – con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, dentro del proceso 170012331000199605018-01 (20344) con relación a las normas aplicables a los contratos estatales, a la obligación de las partes y a los elementos que se deben tener en la cuenta

para determinar la viabilidad del restablecimiento de la ecuación económica en los contratos estatales, reiterando la jurisprudencia sobre la materia, manifestó:

(....)

...

6.1 En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su colaboración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de este, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe preservarse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevistas y no imputables a quién resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

...

Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiero del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato introduce modificaciones al mismo --ius variandi-, sean esta abusivas o no.

b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría de hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales,

cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

c) Factores exógenos a las partes del negocio o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación – llevarlo hasta el punto de no pérdida – o nace en deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

(.....)

Por su parte la teoría de la imprevisión consiste en el acontecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes (guerra, crisis económica grave), que afectan el equilibrio de económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución (álea económica). Es un principio de derecho administrativo.
(Negrillas fuera de texto)

La finalidad de esta teoría, basada en los principios de equidad contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal ejecución y la satisfacción del fin general propuesto con él y el de ayuda de la administración a su colaborador cocontratante sobre la base de la obtención de su remuneración justa y razonable, y cuyo nítido antecedente es la cláusula rebus sic stantibus ---- aun cuando por las particularidades del derecho administrativo se diferencia de ella---, es la de retornar al equilibrio prestacional del contrato trastocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes.

La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, general una ventaja indebida o en exceso para la otra. (Negrillas fuera de texto).

Debe el Tribunal reiterar que no puede aducirse que el no cobro del componente tarifario de disposición final constituye desequilibrio económico del contrato, pues normas previas a la celebración del contrato establecen que ese componente no se puede cobrar si no se

realiza disposición en relleno sanitario, ello lo sabía el operador concesionario y bajo esas condiciones presentó oferta y contrato; pero además, la responsabilidad de permisos para la celda, para vaso transitorio, es del operador, quien tiene la responsabilidad técnica y económica, según los pliegos de condiciones y el contrato, de la operación y optimización del sitio de disposición transitoria. Ahora bien, generan los “GASTOS ADMINISTRATIVOS Y EN LOS COSTO OPERATIVOS Y DE INVERSIÓN NECESARIOS PARA LA OPERACIÓN EN CORDOBA” que asumió el operador, esos gastos y costos debieron ser materia del peritaje y no lo fueron y el perito en la audiencia de contradicción del peritaje dijo conocerlos.

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A.

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

Tal desequilibrio puede darse por situaciones anteriores al contrato pero que no eran conocidas por las partes, situaciones ocurridas después de celebrado el mismo, es decir durante su ejecución, siempre que no hubieran sido previstas por las partes, o puede darse por situaciones que aun habiendo sido previstas por ellas, generan efectos dañinos que desbordan lo que inicialmente habían planeado al momento de contratar.

Al respecto, en sentencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2011, dentro del expediente número 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), con ponencia de la Consejera Olga Mérida Valle, se definió la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

“La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28”. En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos

del contrato. Al efecto, “Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso.”

...

Corolario de lo anteriormente expuesto resulta que, como ya se dijo, para la prosperidad de las pretensiones del restablecimiento del equilibrio contractual derivado de hechos no imputables a la administración contratante, no es suficiente que el actor demuestre que se vio incurso en una mayor onerosidad en la ejecución del contrato sino además que, en términos generales, aquella le ocasionó pérdidas.

CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, es claro para el Tribunal que, por una parte, la causa de la suspensión de las obras no obedece a una omisión o negligencia por parte de la entidad Convocada ni de actuación alguna de la parte Convocante, sino que por el contrario, consiste en un hecho externo a las mismas; y por otra, que con independencia de esta circunstancia, la parte Convocante no demostró el perjuicio que esta situación le generó durante su ocurrencia ni el impacto de la misma en el cronograma del proyecto.

En efecto, tal como se desprende del análisis preciso del acervo probatorio obrante en el expediente, se tiene que las circunstancias relativas a la suspensión de las actividades relativas al contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 se enmarcan, para efectos de la configuración de un rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, dentro de la teoría de la imprevisión, al consistir en un hecho posterior a la formación de la ecuación financiera del contrato –esto es, luego de adjudicada la licitación pública al

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ por presentar la oferta más favorable a los intereses de la entidad, y de haberse celebrado el contrato VAL-02-06 el día 29 de diciembre de 2006- que es ajeno a ambas partes contratantes.

En este punto, debe recordarse que la teoría de la imprevisión ha sido vastamente decantada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en los términos anteriormente referidos, haciendo énfasis en que cuando la misma se constituye en causa del desequilibrio contractual de un contrato estatal, sus consecuencias difieren de la *potestas variandi* o del hecho del príncipe, procediendo, entonces, la compensación de la parte afectada a un punto de no pérdida y no la indemnización integral que comprende el daño emergente y el lucro cesante, en atención a su misma estructura, es decir, al tratarse de un hecho extraño a las partes del contrato que afectan de manera grave, con onerosidad excesiva, el cumplimiento de las prestaciones acordadas entre las mismas

...

(...) En consecuencia, se evidencia que tanto la omisión de la autoridad ambiental como el fallo del juez constitucional no provienen de ningún acto de las partes contractuales, y que el mismo, en principio, altera las condiciones inicialmente pactadas en el contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006.

No obstante lo anterior, y aún bajo el supuesto de que a pesar de que la pretensión de la parte Convocante que se encamina a la declaratoria de rompimiento del equilibrio económico del contrato de marras por causas atribuibles a la entidad Convocada pueda ser analizada bajo la teoría de la imprevisión por su configuración fáctica y jurídica, en el proceso no obra prueba alguna que demuestre que el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** sufrió algún tipo de perjuicio por la circunstancia propia de la suspensión del contrato, y menos aún, que exista una onerosidad excesiva en la ejecución del mismo como consecuencia de esta situación.

TEORÍA HECHO DEL PRINCIPE

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCARIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

En segundo lugar, deberá el Tribunal estudiar la posibilidad de aplicación, en este caso, de la teoría del hecho príncipe, habida cuenta de su invocación por la convocada como fundamento legal de su defensa. En este punto, le basta al Tribunal establecer para

desechar la aplicación de esta teoría en el presente trámite, que la instrucción de ejecución de las obras que son materia de esta controversia, no constituyeron un acto administrativo proferido por el ente público contratante; se trató simplemente de una instrucción impartida por TRANSCARIBE en el curso del contrato, en ejercicio del poder de dirección e instrucción al contratista, con efectos en la ecuación económica del mismo, que jamás se consagró en un acto administrativo propiamente dicho -esto es, no constituye un acto de poder de imperio-, distinción cuya naturaleza es necesaria para predicar la teoría del "Hecho del Príncipe".

CONVOCANTE: MARCO ANTONIO MARÍN RAMÍREZ

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JAMUNDÍ

ÁRBITROS: FRANCISCO CHAVES CAJIAO, FABIO DÍAZ MESA, CARLOS ARTURO COBO GARCÍA

Laudo: junio 11 de 2014

Nuestro máximo Tribunal en lo contenciosos (sic) Administrativo, Sala de Lo (sic) Contencioso Administrativo, Sección Tercera en la que intervino como Consejero ponente el Dr. **Ricardo Hoyos Duque**, en sentencia del veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003) (Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)), ha considerado que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando:

- 1) La norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. La norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo de contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe.
- 2) La misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.
- 3) El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general;

Y concluye el Consejo de Estado que esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un alea anormal o extraordinaria, esto es, *“cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante”,* ya que *“el alea normal”,* determinante de perjuicios *“comunes” u “ordinarios”, aun tratándose de resoluciones o*

disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato”.

...

Así las cosas, no encuentra este Tribunal prueba alguna que determine los efectos negativos en la ecuación económica en el contrato de prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011, derivados de lo resuelto por el Consejo Municipal de Jamundí, Valle, mediante acuerdo número 14 de junio 07 de 2011 (Folios 120 A 124) como un *“Hecho del Príncipe”* que ha alegado la parte actora, y así se declarará. No ocurre lo mismo con los hechos particulares generados por la misma administración municipal, cuando efectuó rebajas inconsulta de intereses que afectaron los posibles ingresos del ahora demandante, caso en los cuales si se ha generado un rompimiento de equilibrio financiero del contrato, para lo cual este Tribunal se apoyará en lo consignado en el dictamen pericial rituado en estas instancias para determinar sus alcances y cuantificación.

...

Así las cosas, no podríamos encuadrar dentro de la denominada *“Hecho Del Príncipe”*, las actuaciones referente a que la Tesorera Municipal y la Secretaria de Hacienda, hacia descuentos de intereses moratorios y cambios en la facturación sin que el contribuyente se presente a la realización de la respectiva liquidación de crédito que contiene los gastos de ejecución , ni otras actividades particulares de la administración que hayan generado una disminución en la base para liquidar las estipendias del actor, ya que dichas actuaciones tienen un carácter particular y no general como ha quedado sentado en esta laudo. Lo único que se podría ser cobijado por los efectos del *“Hecho del Príncipe”* alegado.

Solamente dentro de dicho fenómeno legal del *“Hecho del Príncipe”* entrarían los efectos que haya generado en la ecuación financiera del contrato 34-14-08-265 de abril 01 de 2011 el acuerdo número 14 de junio 07 de 2011 (Folios 120 A 124) expedido por el Consejo Municipal de Jamundí, Valle, mediante el cual decidió conceder estímulos tributarios a las personas Jurídicas y naturales que presenten mora en el pago de sus obligaciones, consistente en la aplicación de reducción en los intereses moratorios del Impuesto Predial Unificado a contribuyentes que cancelen el pago en efectivo del total de la obligación.

Contrario a lo anterior, tenemos que la teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin

imposibilita su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- 1) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
- 2) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.
- 3) Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; *“supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante”*. En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonable previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. De los antecedentes jurisprudenciales se deduce, que sólo es una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista(...) ⁸⁷15.

⁸⁷ Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 1938; concepto 561 del 11 de marzo de 1972; sentencia de febrero de 1983, Exp.4929; sentencia de 27 de marzo de 1992, Exp. 6353; concepto 637 del 19 de septiembre de 1994 y sentencia del 7 de marzo de 2002, Exp.4588

PERJUICIOS POR MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

No hay duda entonces de los requerimientos especiales exigidos jurisprudencialmente para tener por comprobados los perjuicios generados por una mayor permanencia, de ahí que las pruebas que con tal objeto sean aportadas al proceso o practicadas en el mismo, deben ser demostrativas de la realidad misma de la obra y, de esta forma, dar cuenta de los sobrecostos en que efectivamente incurrió el contratista durante plazo adicional.

Vale advertir que estos pronunciamientos jurisprudenciales se han proferido debido a la forma en que los contratistas del Estado han pretendido probar los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra, pues en no pocos casos, la prueba pericial practicada con este objeto se ha restringido a proyectar los sobrecostos supuestamente sufragados por el contratista, aplicando para ello una simple operación matemática en la que se multiplican *(i)* los valores convenidos en el contrato para los distintos ítems -generalmente contenidos en la propuesta económica-, por *(ii)* el tiempo en que resultó prorrogado el contrato.

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

PARTE CONVOCADA: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: octubre 14 de 2014

Este particular asunto ha sido objeto de especial análisis por parte del H. Consejo de Estado, Corporación que al respecto ha sentado una clara línea jurisprudencial en el sentido de enfatizar sobre la necesidad en cuanto a la probanza de los perjuicios efectivamente causados y sufridos por el contratista, originados en el mayor plazo del contrato. De manera clara, ha señalado la Sección Tercera que tratándose de perjuicios ocasionados por una permanencia mayor en obra, deben probarse los sobrecostos reales

en que hubiere incurrido el contratista al ejecutar actividades durante el plazo extendido. Así lo ha dicho esta Alta Corporación:

*“Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.”*⁸⁸ 469 -Subraya del Tribunal-

...

Así las cosas, atendiendo el principio de libertad probatoria⁸⁹ 472, quien solicite la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra, tendrá la carga de demostrar los costos adicionales efectivamente sufragados a raíz de tal circunstancia -art. 177, C. de P. C. ⁹⁰473-, para lo cual deberá probar los pagos efectuados por concepto de la maquinaria y los equipos que se requerían para la ejecución de la obra y, además, que estos estuvieron en la zona a intervenir de forma permanente, esto es, durante el tiempo convenido en el contrato y, adicionalmente, durante el término de las prórrogas, pues solo así podrá considerarse como un sobrecosto.

...

De acuerdo con la anterior respuesta del perito, para el Tribunal es claro que la Convocante efectivamente puso a disposición del proyecto la maquinaria mencionada en

⁸⁸ 469 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁹ 472 En este sentido, el artículo 175 del C. de P. C. dispone: “*Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. “El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.”*

⁹⁰ 473 Art. 177, C. de P. C.: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

la respuesta del perito. En efecto, como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado analizada atrás, quedó probado que la maquinaria estuvo disponible y dedicada exclusivamente a la ejecución del contrato de concesión, por lo cual hay lugar a la indemnización del llamado *stand by* de la maquinaria, esto es, del periodo de tiempo en que maquinaria permaneció quieta e improductiva.

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCARIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS.

Laudo: mayo 2 de 2016

La mayor permanencia en obra ha sido definida como aquella situación en la que el tiempo de ejecución de un contrato se ha prolongado más allá del término inicialmente previsto y acordado, como consecuencia de hechos imputables a la administración pública o por circunstancias extrañas y ajenas a las partes contratantes.

Cuando dicha circunstancia se presenta, generalmente ocasiona el rompimiento del equilibrio económico del contrato, toda vez que el contratista debe asumir unos sobrecostos los cuales deben ser reembolsados por la administración, con lo cual se restablece la ecuación económica del contrato.

...

Dicho lo anterior, es preciso determinar cuáles son los presupuestos o requisitos que llevan a la prosperidad del reconocimiento del reembolso de sobrecostos por mayor permanencia en la obra.

a) El primer requisito que se identifica, consiste en que la ejecución del contrato se haya extendido por un lapso superior al suscrito por las partes al momento de contratar, pues como ya se explicó, si no es así, no se estaría en presencia de una mayor permanencia en la obra, sino que simplemente se ajustaría al plazo pactado para su ejecución. En otras palabras, la mayor permanencia siempre debe sobrepasar el término inicialmente pactado para la ejecución del contrato. Al respecto es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que sostiene la necesidad de que *"la mayor permanencia de obra se refiera a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato"*^{91 655} (sic)

^{91 655} Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 17.C31. En el mismo sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de abril de 1999. Expediente 14.855; Consejo de Estado,

b) En segundo lugar, como requisito de la mayor permanencia, es necesario acreditar que esa mayor extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, puesto que, si así lo fuera, se trataría de un incumplimiento por su parte, circunstancia que no permitiría el reconocimiento de los sobrecostos incurridos. El Consejo de Estado ha manifestado, que los hechos que originan la mayor permanencia deben ser ajenos al control y responsabilidad del contratista (...)

e) Como tercer requisito aparece que el contratista haya cumplido con su débito contractual, puesto que si éste no ha ejecutado debidamente sus obligaciones, también se encontraría en un incumplimiento que podría dar origen a la extensión del tiempo por su conducta. En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido:

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un periodo más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida^{92 657(sic)} (Subrayas y negrilla fuera del texto)

d) Por último, el cuarto requisito hace referencia a que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra, por ello, se debe acreditar que dichos sobrecostos hayan sido imprevistos y. (sic) a su vez, que se haya generado el rompimiento del equilibrio económico del contrato en su perjuicio. En este punto, el Consejo de Estado ha dejado de reconocer el reembolso al que conlleva la mayor permanencia en obra, por la falta de prueba que acredite los costos adicionales en que incurrió el contratista en razón de esa prolongación en el tiempo (...).

...

No obstante, observa el Tribunal que si bien es cierto que en ninguna de las prórrogas o suspensiones Calicanto se reservó expresamente el derecho a reclamar los perjuicios

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 10779; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011 expediente 18 080 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de marzo de 2015 expediente 26.224

^{92 657} Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2015, expediente 26.224

derivados de la extensión en el tiempo de la ejecución de las obligaciones contractuales, lo cierto es que todos los eventos de prórroga y de suspensión estuvieron precedidos de una manifestación de la voluntad por parte de Calicanto en el sentido de que los problemas en la ejecución del Contrato le representaban mayores costos que debían ser resarcidos por Transcaribe, sin que en ningún caso se procediera a aceptar, o siquiera a resolver sobre esos mayores costos reclamados. Así mismo la conducta contractual constante de Calicanto fue la continua reclamación de los mayores costos lo cual revela que jamás pretendió renunciar a ellos como efecto de la suscripción de los otrosíes y que, en consecuencia, no puede predicarse de dicha suscripción la consecuencia expresada por la jurisprudencia en el sentido de que implican una renuncia a la reclamación de perjuicios.

Además, no puede perderse de vista que en el Acta de Suspensión de 31 de enero de 2013, se dejó consignado, tanto en la parte motiva como en los acuerdos, "que el Concesionario deja expresa constancia que no renuncia con la suscripción de este documento a los reconocimientos económicos a que haya lugar derivados de las reclamaciones presentadas por el Concesionario hasta la fecha de suscripción del presente Otrosí, y las cuales constan en las comunicaciones...". Es decir, que existió una conducta coherente de parte de Calicanto en el sentido de que nunca renunció al cobro de los perjuicios derivados de la mayor permanencia que es efecto de la suscripción de los otrosíes y las suspensiones.

REVISIÓN Y AJUSTES DE PRECIOS

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

PARTE CONVOCADA: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: octubre 14 de 2014

El actual Estatuto de Contratación de la Administración Pública también reguló la posibilidad de adoptar sistemas de reajustes de precios, en aras de que las condiciones técnicas, económicas y financieras que se presenten durante la ejecución del contrato, sean equivalentes a las que el proponente tenía a la hora de realizar su oferta. Ello, más que ser una potestad de las partes o unilateral de la administración, es un derecho y deber de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal consagrados de manera especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993. Lo anterior a juzgar, porque tales disposiciones fueron incorporadas en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993 denominado precisamente "De los derechos y deberes de las Entidades Estatales".

...

Así las cosas, tanto en el ordenamiento derogado como en el vigente, la revisión de precios podía y puede ser decretada aún en ausencia de acuerdo expreso de las partes, siempre que se demostrara o demuestre la afectación del equilibrio económico del contrato, concretamente en este tipo de situaciones, en la alteración del precio inicialmente pactado modificado por circunstancias ajenas a las partes que disminuyeron de manera significativa su valor intrínseco.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado:

La Sala retomará la regulación en materia de revisión de precios prevista en el artículo 86 del decreto ley 222 de 1983, se concluye que la revisión de precios refiere a la variación de los factores que determinan los costos en los contratos celebrados a precio global o unitarios; en cuyo caso prevé la revisión de precios con el objeto de evitar que esta variación imponga al contratista una carga anormal en el cumplimiento de su prestación. Genéricamente, frente a las variaciones de los precios, deben hacerse tres precisiones: de una parte que la ausencia de pacto de revisión de precios en el contrato no impide que judicialmente se pueda hacer su estudio, a petición del afectado. Debe diferenciarse en uno y otro caso cual es la solución.

...

(...)De otra, que para el reconocimiento de perjuicios, en vía judicial, no basta que el afectado solicite: 1) la declaración del hecho del perjuicio en su contra y 2) la consecuente indemnización; es necesario, además, que demuestre en el proceso, ante el juez, la real variación negativa de los precios (hecho objetivo), la incidencia de esta variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación le produjo. Y finalmente, en relación con el estatuto contractual anterior que aunque para el ajuste de precios tratado en artículo 86 del decreto ley 222 de 1983 se autorizó el pacto de fórmulas contractuales (matemáticas o no), el legislador extraordinario no las reguló en sí mismas, vacío que suplen las partes dentro de la autonomía de la voluntad y respetando las bases de la realidad económica. Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico.”⁹³ 477 (Negrillas adicionales).

⁹³ 477 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Cabe destacar que la revisión de precios y la actualización de los mismos, pese a que tienen en común un mismo fundamento normativo y fáctico, se trata de instituciones distintas. Así lo ha sostenido la Alta Corporación:

*“(…) Deben diferenciarse “el reajuste y revisión de precios” por las partes de “la actualización o indexación monetaria”; mediante ésta se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago; recuérdese que en la mayoría de la veces por el transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago. La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago. Se dice generalmente porque habrán casos en los cuales no procederá la indexación, por situaciones imputables al contratista. Afirmó el demandante que la inflación no es hecho de aquellos que pudieron ser previstos con antelación en el pliego de condiciones y en el contrato c 2740 - 92; que la inflación fue sobreviniente a la celebración, e imprevisible para desde la presentación de su oferta. La Sala advierte que la inflación en la República de Colombia, en si misma considerada, no es, por regla general, un hecho imprevisible salvo cuando el porcentaje de inflación rebase de manera excepcional, jamás esperado, el porcentaje inflacionario proyectado por las Autoridades Administrativas. Para la Sala la inflación en nuestro país, tal y como lo manifestó el actor en sus alegatos de segunda instancia, es un hecho o fenómeno real que se incrustó en nuestra economía hace varias décadas; es de notoriedad pública y de conocimiento, aún en los más neófitos en temas económicos. Por lo tanto puede afirmarse, que en sí misma, la inflación no es un hecho imprevisible en Colombia, pero lo que sí puede ser imprevisible en algunos casos es el aumento desorbitado del porcentaje de inflación, cuando en la fórmula pactada en el contrato por las partes para el reajuste de los precios, no se incluyen factores para la recuperación de la inflación; vgr. Índices de inflación proyectados en los índices de precios al consumidor y/o al productor o en los índices de ingresos bajos (...).”*⁹⁴₄₇₈(Se destaca)

...

Recordemos que al tenor de lo pactado en la Cláusula Tercera, el valor del contrato tendría un **valor indeterminado**, pero en todo caso es la suma **expresada en la oferta del contratista**, más la inflación según la fórmula pactada en el párrafo segundo de la misma cláusula. Asu vez, este valor que comprendería la revisión de estudios y diseños, la construcción vial, la gerencia del proyecto, la ejecución del plan ambiental, la interventoría, la supervisión, el control de calidad, la gestión y adquisición de predios, los costos de recaudo de la contribución, los costos operativos del proyecto, las utilidades, los

⁹⁴ ₄₇₈ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12083, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

imprevistos, los impuestos y los gravámenes; todo lo anterior según hubiese ofertado el contratista, pero actualizado desde el cierre de la licitación, hasta la obtención de la firmeza de la resolución distribuidora de la contribución de valorización.

...

En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que en el presente caso no era necesario cumplir con los requisitos dispuestos jurisprudencialmente para el reconocimiento de obras o actividades adicionales, pues lo cierto es que las mismas forman parte del marco obligacional del contrato. Lo que observa el Tribunal es que el contratista, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, actuó como un auténtico colaborador de la administración, hasta el punto en que resultó ejecutando tareas que no estaban a su cargo en el contrato, pero que sí formaban parte del haz de derechos y obligaciones emanado del negocio jurídico suscrito.

RÉGIMEN DE RIESGOS

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCRIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ Y PATRICIA MIER BARROS.

Laudo: mayo 2 de 2016

En esta medida los riesgos son escenarios concretos de resultados de situaciones específicas que por sus características comunes, previamente definidas para efectos de su estudio, manejo y comprensión pueden agruparse o clasificarse en tipologías tales como ejecución comercial tecnológicos.(sic) de fuerza mayor, tributarios, legales y cualquier otro que se considere apropiado para el análisis del proyecto a ser ejecutado, incluyéndose, por supuesto, los que desarrolle el Estado en el marco de un contrato estatal, sea este propiamente dicho sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o especial regido por normas del derecho privado.

c.- En el ejercicio de distribución de riesgos comienza por su adecuada tipificación la cual no puede hacerse sobre categorías generales vacías de contenido (riesgo financiero, riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de implantación, etc.), sino que tiene

que partir de la base de un ejercicio específico donde se determinan las situaciones concretas que pueden dar lugar a su ocurrencia o configuración.

En efecto, como lo señala el documento Conpes 3714 de 2011 ya referido nuevamente en aplicación de la norma técnica sobre riesgos, describe claramente que "la tipificación es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares", y que "la tipificación de los riesgos previsibles podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato y su incorporación en una clase si ella existe"(...).

d.- En segundo lugar de acuerdo con la norma técnica y aún con el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, el siguiente paso en la distribución de riesgos es la cuantificación o estimación de los mismos esto es la determinación de la probabilidad de ocurrencia de cada uno de los resultados esperados de un evento específico, así como el costo del impacto o consecuencia que se calcula que ellos podrían llegar a costar, aspectos que son absolutamente esenciales para efectos de poder emitir cualquier juicio de valor sobre el particular, por cuanto tal información debe compararse con las medidas de gestión de riesgos de cada una de las partes disponibles tanto al momento de celebrarse el contrato como durante su ejecución. (...).^{95 651}

RIESGOS DE CONSTRUCCIÓN, IMPREVISIÓN Y FUERZA MAYOR

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCRIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

^{95 651} Cfr. Tribunal de Arbitramento Consorcio Cosacol - Confurca contra Transoriente S.A. - ESP. Laudo de 18 de junio de 2014: "el riesgo debe tener la naturaleza de previsible para efectos de su atribución a un determinado agente, pues solamente puede gestionarse aquello que se conoce ya sea para potencializar que ocurra el resultado esperado o para minimizar las posibilidades de que suceda, y en caso de que ello no sea posible, tomar medidas para que el impacto sea menor de lo esperado. Es por ello que el riesgo que se gestiona es el que tiene la naturaleza de previsible, y solamente es riesgo previsible el que es identificable y cuantificable en condiciones normales, esto es, el riesgo del que se conoce o puede estimarse la probabilidad de su ocurrencia y su consecuencia, aspectos absolutamente necesarios para efectos de comparar las distintas opciones disponibles para su gestión, y en consecuencia para tomar las decisiones que sean necesarias y eficientes para el logro de los objetivos propuestos", de tal manera que "ante la ausencia de distribución convencional y al margen del establecimiento de un precio global fijo, para efectos de analizar de manera ex post qué tipo de riesgos existieron en la ejecución de un contrato y quién los asume. De acuerdo con la técnica descrita, es precisamente dicha actividad de atribución concreta de cada uno de los riesgos a las partes del contrato lo que constituye la distribución de riesgos en estricto sentido la cual genera como consecuencia obligaciones de gestión de lo asumido por cada parte, de modo que la realización de un riesgo que no fue gestionado por quien lo ha asumido, genera además de las consecuencias directas en el equilibrio contractual, en el resultado del contrato, un incumplimiento de obligaciones expresas por la omisión en el deber de gestión comprometido (sic)

En cuanto hace al tema específico relacionado con las pretensiones denominadas "*BOX CULVERT Y LAS OBRAS DE DRENAJE*": debe el Tribunal analizar si los hechos en que se fundamentan tanto los pedimentos de la convocante como la defensa del concesionario se entienden o deben entenderse incluidos en los riesgos específicos de: Construcción, imprevisión y fuerza mayor a fin de enmarcar los hechos ocurridos dentro del régimen de responsabilidad adecuado, según la prescriptiva contractual.

Para el primero de ellos, debe el Tribunal definir sí, las obras objeto de la controversia, se encontraban dentro de los límites físicos del proyecto, caso en el cual nos encontraríamos dentro de la noción del riesgo constructivo; o si los mismos, fueron ajenos a las previsiones contractuales de ejecución, supuesto que participa de la noción de "imprevisión", o si los eventos ocurridos que derivaron en la ejecución de los trabajos denominados por la convocante como complementarios, obedecieron a la necesidad de amortiguación del riesgo denominado en el contrato como de "fuerza mayor". Todo ello, a fin de establecer primero, si los mayores costos cuyo reconocimiento reclama el concesionario se causaron efectivamente y si causados debe asumirlos la entidad contratante o los mismos se encuentran imbuidos en el pacto prestacional del convenio, o si la entidad contratante debe absorberlos por tratarse de costos causados por fuera de la esfera de la responsabilidad contractual del concesionario.

...

Observa el Tribunal que el enfrentamiento de las partes surge en torno a la asunción de los costos de ejecución de las obras complementarias realizadas por el concesionario para lograr el propósito de la contratación; no así respecto de la ejecución de las mismas, que ambas partes dan por realizadas con pleno consenso. Por esta razón, y a fin de tener por probada la ejecución de los trabajos en disputa, el Tribunal acude a este consenso, y circunscribe su análisis a las diferencias que existen entre los cocontratantes en relación con la obligación de asumir el costo asociado a su construcción, que mutuamente se atribuyen.

De esta manera, dirimido el tema de cara a las pliegos de condiciones y el contrato, cuyo contenido da certeza al Tribunal sobre la responsabilidad de TRANSCARIBE en el suministro de una información veraz, idónea y completa a fin de obtener de su contratista el producto exigido con sujeción a los términos del contrato, debe el Tribunal acudir a las pruebas del proceso, con el fin de establecer con certidumbre si los sobrecostos en los que alega haber incurrido el concesionario se causaron, y si los mismos deben ser reparados por la entidad contratante, atendiendo a las estipulaciones contractuales, los preceptos legales que gobiernan la materia y las pruebas practicadas durante el trámite.

...

La contundencia del concepto pericial, no deja duda al Tribunal sobre la ocurrencia de los hechos en que se sustentan las pretensiones relacionadas con " *BOX CULVERT Y OBRAS DE DRENAJE*", y su naturaleza de imprevista para el concesionario que, por su ocurrencia y las consecuencias que la misma impuso en el desarrollo del contrato, vio lesionado el equilibrio de la ecuación económica del contrato de concesión No. TC-LPN 004 de 2010, y así habrá de reconocerlo en la parte resolutive de este Laudo. Por su pertinencia en este punto, trae el Tribunal a colación apartes sobre el estudio hecho por el Tribunal de Arbitramento 680 que dirimió las controversias surgidas entre INVIAS y el Consorcio Valle del Cauca en la ejecución de un contrato de obra pública, respecto del desequilibrio contractual generado por la Ola invernal de 2008 en el desarrollo del contrato de obra pública 2490 de 2005:

La controversia que aquí se plantea tiene como fundamento el desequilibrio económico que la Convocante entiende que se le ha ocasionado por motivo de la teoría de la imprevisión.

Particularmente, la Convocante entiende que se ha producido un desequilibrio en la ecuación contractual, debido a que se produjo una mayor permanencia en obra por el stand by de la maquinaria y la mano de obra, una mayor cantidad de obra u obra adicional, que se vieron reflejados como consecuencia de las altas condiciones pluviométricas que se presentaron en la zona de la obra, por la demora por parte de la interventoría y de la Consultoría de apoyo al momento de revisar los estudios y diseños realizados por el contratista respecto de obras necesarias para mitigar las contingencias presentadas por invierno y por el aumento desmesurado de los precios del asfalto. Para dilucidar la cuestión, el Tribunal procederá a hacer unos comentarios generales en materia del principio del equilibrio económico del contrato que permitirán tener luces sobre la materia cuando se entre a resolver cada una de las pretensiones.

DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

CONVOCANTE: GAS DEL RISARALDA S.A. ESP

CONVOCADA: LA NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

ÁRBITROS: ANTONIO PABON SANTANDER, MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO, SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Laudo: febrero 10 de 2012

No se trata, entonces, de que hasta la expedición de la ley 1150 de 2007 y de su decreto reglamentario 2474 de 2008, arts. 3° y 88, por primera vez, se hubiera regulado el tema y la materia; pero sí de que fue la primera vez que se elevó a rango legal con su

complemento reglamentario, lo que venía siendo una política estatal en materia de contratación en infraestructura.

Así, la administración pública al diseñar y estructurar el negocio objeto de la invitación a contratar, debe, en forma explícita, dar a conocer a los eventuales proponentes - contratistas las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato y los riesgos previsible que asumirá el contratista que resulte favorecido, así como aquellos otros que serán de cuenta de la entidad contratante.

Los proponentes, a su vez, deberán estar dispuestos a aceptar las condiciones del contrato licitado, como requisito contractual, una vez cumplida la audiencia de aclaración de riesgos y las precisiones que de ella resulten, audiencia en la cual puede tener participación el licitante. De esta forma, definida desde el contrato la parte que asume el riesgo, ante la ocurrencia del evento que lo concreta, su costo se entiende ya cubierto con el valor del contrato y, por lo mismo, se entiende que no se afecta el equilibrio pactado contractualmente y, por ende, no habrá lugar a cobros o reclamaciones por ese concepto.

Con todo, puede ocurrir que en un determinado proyecto no se pudieron prever todos los riesgos asociados y, en caso de ocurrencia del evento respectivo, no se tenga definido desde el contrato cuál de las partes debe asumir esos costos. En esos casos, opera el principio general sobre restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato consagrado en la actual legislación en la ley 80 de 1993.

CONVOCANTE: PORTAL CALICANTO S.A.S

CONVOCADO: TRANSCRIBE S.A

ÁRBITROS: RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, PATRICIA MIER BARROS

Laudo: mayo 2 de 2016

Es claro entonces que en cuanto hace a la distribución de los riesgos entre las partes del contrato estatal de concesión, como en cualquier contrato conmutativo ^{96 686}, la misma debe atender, de manera prevalente, los principios legales sobre los que se construye la normativa rectora de la contratación pública siempre dentro de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equivalencia según la capacidad jurídica y material de las partes contractuales para su manejo. "Los riesgos debe asumirlos quien mejor preparado esté para resistir su materialización en hechos concretos con capacidad perturbatoria de la normal ejecución del contrato, de manera tal que pueda reaccionar adecuadamente y

^{96 686} Artículo 28. Ley 80 de 1993

prevenir o remediar sus efectos nocivos sobre la ecuación económica contractual⁹⁷ 687". Y es éste un tema esencialmente negociable por las partes obviamente dentro de los límites legales del principio de la autonomía de la voluntad, que en materia estatal, como en el derecho privado, no podrá violentar principios de orden público⁹⁸ 688. No consagra la ley de contratación pública regla especial alguna de obligatorio cumplimiento por las partes contractuales, y por lo mismo, son de natural aplicación los principios generales que en nuestro ordenamiento jurídico⁹⁹ 689 informan la actividad contractual pública y privada

...

Examinados los documentos relacionados anteriormente, para el Tribunal es claro que:

a) La imprevisión no formó parte de los riesgos asignados al contratista, y por el contrario el mismo contrato prevé como un derecho suyo, la posibilidad reclamar y obtener reparación por los mayores costos derivados de una circunstancia no prevista inicialmente que genere impactos negativos en la ejecución del proyecto y haga más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Los trabajos relacionados con "*BOX CULVERT Y OBRAS DE DRENAJE*" no estuvieron previstos en la oferta del concesionario, ni en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. TC-LPN-004 de 2010, ni en el contrato de concesión, y su ejecución rebasaba los límites físicos del proyecto. Se trata entonces, a juicio del Tribunal, de obras complementarias ejecutadas por el contratista, cuya remuneración no fue cubierta por el pacto prestacional del contrato, y por Jo mismo, su valor deberá serle reconocido por TRANSCARIBE al concesionario, según las disposiciones que adopte el Tribunal en este Laudo.

....

Por lo anterior, no podrá la administración válidamente en los pliegos de condiciones de una licitación pública para la celebración de un contrato estatal en general y particularmente para la construcción de una obra pública, exigir de los proponentes manifestaciones tales como las que cita el Tribunal a título de ejemplo con el fin de ilustrar la problemática bajo análisis. "el perfecto conocimiento del contratista del suelo o del subsuelo y por lo mismo renuncias a reclamación futura por este concepto", cuando la obra en cuestión incluye trabajos de excavación; o exigir al proponente que declare conocer "el comportamiento climático de las zonas de trabajo"; o exonerarse ella de responsabilidades frente a hechos futuros constitutivos de fuerza mayor imprevisión e incluso su propio cumplimiento, así como de la interpretación o fuerza vinculante que

⁹⁷ 687 Laudo del 24 de agosto de 2001, CONCESIÓN PARAGUACHÓN SANTA MARTA S A. vs. INVÍAS.

⁹⁸ 688 Artículo 16 del Código Civil.

⁹⁹ 689 Código Civil, Código de Comercio. Artículo 13 Ley 80 de 1993.

para los proponentes pudiera tener la información incluida en los pliegos de condiciones como parte integral de los mismos cuando tal información constituye precisamente el fundamento fáctico-económico de los ofrecimientos hechos.

Si así procediera, la administración estaría creando desde el inicio mismo de la relación contractual, el desequilibrio de una ecuación que sólo puede establecerse precisamente en las condiciones previstas por la entidad pública en la invitación a contratar e incluidas en el documento base del contrato: Los pliegos de condiciones. Y mal puede tener eficacia e\ pacto del desequilibrio económico del contrato público desde los pliegos de condiciones, pues de aceptarse, se estaría (sic) frente a la institución..nalización (sic) por la vía del acuerdo del enriquecimiento sin causa de la administración pública derivada del correlativo detrimento del patrimonio del particular contratista.

CONCOVANTE: GRUPO EMPRESARIAL METROCARIBE S.A.

CONVOCADO: TRANSMETRO S.A.S

ÁRBITROS: ANTONIO PABÓN SANTANDER, ANNE MARIE MURRE ROJAS, RICARDO HOYOS DUQUE

Laudo: 30 de junio de 2015

Con posterioridad a la ley 80 de 1993 se advierte una tendencia legislativa encaminada a minimizar los riesgos contractuales, a partir de su previsibilidad, y a su manejo por vía de la responsabilidad contractual, sustentada más que en razones de continuidad del servicio en la necesidad de fijar unas reglas jurídicas contractuales claras, simples y estables, buscando con ello las siguientes finalidades:

- a. Estimular la inversión extranjera;
- b. Permitir el desarrollo de los proyectos de infraestructura en los sectores de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico
- c. Establecer unos mecanismos de equilibrio fiscal, con el propósito de que las entidades públicas apropien los recursos para atender riesgos asumidos en virtud de los contratos celebrados para las actividades descritas antes, que eviten un compromiso grave de la situación fiscal y,
- d. Disponibilidad de un mecanismo de liquidez para el cubrimiento de eventos no esperados y asegurar la eficiencia de los recursos.

Para alcanzar esos propósitos, el congreso expidió la ley 448 de 1998, *“Por medio de la cual se adoptan las medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.”* Dicha norma legal fue reglamentada, a su vez, por el decreto 423 de 2001,

que, en concordancia con la ley, consagra la obligación para las entidades públicas nacionales y territoriales (art. 9) de incluir en sus presupuestos las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas causadas por las obligaciones contingentes a su cargo.

...

La ley crea un Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales que atenderá las obligaciones contingentes que contraigan las entidades, en relación con los citados sectores y, además, de acuerdo con sus artículos 15 y 16, le asigna al Gobierno Nacional, por intermedio del CONPES, la adopción de lineamientos de políticas de riesgo contractual en los proyectos relacionados con tales sectores.

En ejercicio de dichas atribuciones el CONPES, mediante una serie de documentos, ha venido fijando las reglas de identificación y asignación de los riesgos contractuales, según se trate de eventualidades atinentes a factores de construcción, operación, comerciales, financieros, regulatorios, de compra de predios, políticos o de soberanía, determinando como regla general que ellos deben identificarse desde el inicio de los diferentes proyectos, distribuyendo los mismos entre las partes contratantes (Documentos CONPES 3107 del 3 de abril 2001 y 3133 del 3 de septiembre del mismo año, “Políticas del manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”).

De acuerdo con esos documentos, lo que se busca es contar con la información confiable para reducir la percepción de los riesgos, identificar y asignar de forma clara los riesgos a las partes en los contratos, asignar los riesgos de manera que se minimice el costo de su mitigación y asignar cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar.

...

Agréguese a lo anterior que existe una directriz de carácter general para los contratos de concesión, en los cuales, de acuerdo con la regla de que los riesgos deben ser asumidos por la parte que mejor los controla, se atribuye al concesionario o contratista el riesgo de construcción o ejecución del contrato, salvo en aquellos eventos en los cuales la información no sea confiable, en cuyo caso las entidades contratantes pueden asumir total o parcialmente ese riesgo.

...

Debe precisarse que en el proceso de asignación de riesgos, lo primero que debe hacer la administración es identificarlos o tipificarlos. Para ese propósito resulta bastante útil la clasificación que de los mismos se ha efectuado en los documentos preparados por el CONPES, en especial EL No. 3107 de 2001, citado antes. Allí se define el riesgo en

proyectos de infraestructura como *“la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”*. En ese sentido se mencionan los siguientes riesgos: (i) comercial, (ii) de construcción, (iii) de operación, (iv) financiero, (v) cambiario, (vi) regulatorio, (vii) de fuerza mayor, (viii) de adquisición de predios, (ix) ambiental –referido a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas- y (x) el riesgo soberano o político, que se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como, por ejemplo, riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas.

Una vez identificados o tipificados los riesgos debe procederse a su cuantificación, es decir, hacer un cálculo aproximado sobre su incidencia en el resultado esperado, en relación con los costos o ingreso. A este respecto, el documento CONPES 3107 de 2001 señala que *“aun cuando el riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza. Pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo. Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer mecanismos de mitigación de su impacto y cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados”*.

Por último se debe proceder a la asignación de los riesgos, esto es, señalar quien habrá de asumirlos. En cuanto a los criterios de asignación de los riesgos en los contratos de construcción de infraestructura, el citado documento establece que éstos deben ser asumidos (i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos y (ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Entre los diversos principios orientadores de la actividad contractual del Estado contemplados por la Ley 80 de 1993, es preciso destacar lo regulado allí en cuanto al reconocido principio de planeación, cuyo alcance y postulados se desprenden de lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 25 y del numeral 1º del artículo 30 de la mencionada ley.

...

La claridad de las normas en comento deja ver la trascendencia del principio de planeación contractual en el marco de la contratación del Estado, al punto en que la debida elaboración de los respectivos estudios, diseños y planos que soportan el procedimiento de selección y el contrato mismo, constituye un deber de orden legal que se sobrepone incluso al clausulado contractual, pues independiente a lo que pacten las partes sobre este particular, la realización de las distintas actividades que hacen parte de la planeación del contrato se erige como un deber de perentorio cumplimiento para el ente público, sin perjuicio de las particularidades que a este respecto se presentan en el marco de los proyectos de iniciativa privada ejecutados en el marco de las Asociaciones Público Privadas (Ley 1508 de 2012).

...

En este sentido, el principio de planeación se traduce para la parte contratante¹⁰⁰ 178, entre otras cosas, en la elaboración de diseños y planos idóneos, la obtención de permisos, licencias, autorizaciones o aprobaciones que deban emitir otras autoridades, así como la obtención y entrega de los predios o áreas necesarias para la ejecución del contrato, todo lo cual debe realizarse con anterioridad al llamado a licitación.

...

En estos términos, considerando que el correcto y eficiente cumplimiento del objeto contractual está determinado por la previa existencia de estudios y análisis idóneos, claros y suficientes, no hay duda que al ser la entidad pública la responsable por el cumplimiento de tales exigencias, será ella quien deba soportar las consecuencias negativas que eventualmente se causen a raíz de la falta de estudios, análisis y diseños o por la indebida

¹⁰⁰ 178 Al respecto la doctrina ha señalado que “[A] la autoridad competente para contratar corresponde también la competencia para aprobar los proyectos que han de servir de base al contrato y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares que han de regir la ejecución de la prestación y definir los derechos y obligaciones de las partes”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, Tratado de Derecho Administrativo, Temis – Palestra, Bogotá-Lima, 2008, pp. 687.

o errónea elaboración de los mismos, toda vez que “... la preparación defectuosa de un contrato es una fuente segura de conflictos, de demoras y sobrecostos en la fase de ejecución” ¹⁰¹ 180.

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

PARTE CONVOCADA: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: octubre 14 de 2014

La planeación, si bien no se encuentra regulada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de manera independiente y como un principio autónomo a la transparencia, la economía y la responsabilidad, normativamente sí encuentra una manifestación concreta que se ha desarrollado de manera más prolifera a nivel de reglamento.

...

Es así como, es claro que la planificación de los proyectos a ser ejecutados mediante la contratación de colaboradores públicos o privados se constituye en un elemento esencial de la organización estatal, no solamente por el hecho de ser un mandato legal imperativo, sino porque es el mecanismo lógico de planteamiento de cualquier proyecto como estrategia necesaria para el logro de objetivos concretos que permiten a su vez hacer efectivos los fines mismos del Estado. Se trata, entonces, ni más ni menos, de un paso obligado para buscar el mejor valor del dinero de los administrados como contribuyentes, esto es, la racionalización del gasto público, dirigida por supuesto al cumplimiento del deber legal de lograr una eficiente y continua prestación de los servicios públicos, en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

...

Es así como, no cabe duda de que normativamente la carga de planeación de la contratación en todas sus aristas se encuentra en cabeza del Estado como dueño del proyecto y que por lo tanto, la ausencia o indebida realización de este postulado legal y reglamentario recae en éste con todo su peso y consecuencias, toda vez que “*los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado*”; y es por

¹⁰¹ ¹⁸⁰ JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, 2ª edición, Lustel, Madrid, 2009, pp. 203.

esta razón que claramente una manifestación del principio de responsabilidad, al tenor del numeral 3º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, es que *“las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios”*, lo cual ha sido enteramente aplicado por la jurisprudencia declarando el incumplimiento contractual de las entidades estatales contratantes bajo este supuesto (...)

En este extremo, lo primero que debe decirse es que con base en lo debidamente probado en este proceso la parte Convocada como contratante del mismo procedió a abrir un proceso de selección y adjudicarlo para celebrar un contrato sin tener ningún tipo de certeza del alcance del proyecto ni de los recursos para su realización, pues claramente se demuestra con la prueba documental obrante en el proceso que la licitación pública y la posterior celebración del contrato datan del año 2005, mientras que la expedición del acto administrativo que distribuyó y liquidó el valor de la contribución de valorización para el pago de estas obras data del año 2008, tres años después de iniciada la ejecución, sin contar con las diferentes impugnaciones particulares que sufrió dicho acto y que llevaron a que se diera su ejecutoria definitiva hasta el año 2013. (Cuaderno 1 pruebas documentales)

...

Como se puede observar, es absolutamente claro que la conducta desplegada por la parte Convocada se constituye en una vulneración del principio de planeación, específicamente en cuanto a los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que evidentemente la entidad estatal no cumplió con los requisitos jurídicos de expedición y ejecutoria de la distribución y liquidación de la contribución por valorización necesaria para el proyecto de manera previa a la apertura del proceso de selección (...).

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA.

Laudo: marzo 4 de 2013

Así las cosas, encuentra el Tribunal que de conformidad con el alcance de las obligaciones y responsabilidades estipuladas contractualmente en materia de estudios y diseños, no era el contratista el responsable de elaborar y entregar los diseños completos de la obra a

ejecutar; por tanto, al demostrarse que fue él quien terminó llevando a cabo las distintas actividades referidas a los estudios y los diseños completos del proyecto, es menester reconocer a favor suyo los mayores valores en que debió incurrir por estos conceptos.

...

En efecto, destacando que era perfectamente posible verificar la presencia de la falla geológica en el tramo donde se presentó el hundimiento e, igualmente, poder advertir sobre los efectos y consecuencias que la misma podía generar en el evento en que no se diera un tratamiento correcto, pertinente y suficiente a dicha situación, es preciso concluir que para el caso concreto existió una indebida elaboración del estudio de suelos acogido y aplicado para dar solución a la falta de capacidad portante presentada en esta parte del trazado, lo cual impidió que se advirtiera la existencia y magnitud de la falla y, por ende, que se adoptaran los correctivos necesarios para su estabilización.

...

En este entendimiento es claro que, tanto el comportamiento de las entidades públicas contratantes como la realización indebida de los estudios por parte del contratista, merecen el reproche jurídico por parte de este Tribunal de Justicia, toda vez que, si bien la falta de estudios y diseños completos y suficientes de manera previa a la contratación impidió conocer las verdaderas condiciones de la vía a intervenir, generando una total incertidumbre en cuanto a las medidas pertinentes para corregir la falla durante la etapa constructiva, también es cierto que al momento en que el consorcio contratista accedió a elaborar los estudios y diseños de la vía, asumió plena responsabilidad en cuanto a la calidad de los mismos, más cuando fueron estos los aprobados e implementados para llevar a cabo la ejecución del proyecto.

...

Lo anterior da cuenta de la existencia de un desequilibrio económico en lo que tiene que ver con las actividades de estudios y diseños, toda vez que por razones no imputables al consorcio contratista, éste debió incurrir en mayores costos para la elaboración de los estudios y diseños completos y definitivos del proyecto Transversal de Barú.

LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

CONVOCANTE: CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARQ, JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GECHM

CONVOCADO: FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA.

ÁRBITROS: MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VASQUEZ, VIRGILIO J. ESCAMILLA ARRIETA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI.

Laudo: febrero 18 de 2016

Considerando que en la demanda convocatoria se pide la liquidación de los contratos estatales, sobre el contenido de este especial acto ha expresado la doctrina:

"En la exposición de motivos al proyecto que se convirtió en la Ley 80 consta al respecto: La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la "La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar. [...] Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues al contrato materia de liquidación, al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes. Revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse (Luis Fernando Vélez Escallón. terminación del contrato. (Jorge Bendeck Olivella, Ministro de Obras Públicas y Transporte. "Exposición de motivos al proyecto de ley n° 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en Gaceta del Congreso, año 1, n. ° 75, 23 de septiembre de 1992, p. 21.)

CONVOCANTE: ESTACIONES METROLÍNEA LTDA

CONVOCADO: METROLÍNEA SA -SOCIEDAD PÚBLICA POR ACCIONES

**ÁRBITROS: HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, HERNANDO HERRERA MERCADO,
WILLIAM NAMEN VARGAS**

Lauda: febrero 18 de 2016

...

2. La liquidación del contrato estatal está disciplinada en su oportunidad, contenido, función y efectos, presupone su terminación (artículo 60, Ley 80 de 1993) ¹⁰²96, es definitiva o conclusiva, implica la relación de su estado, prestaciones, obras, servicios e inversiones, pagos realizados e insolutos, ajustes, revisiones, reconocimientos, acuerdos, conciliaciones y transacciones, garantías, seguridad de las obligaciones que deban

¹⁰² 96 Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, derogado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007-; artículo 217 del Decreto 19 de 2012; y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

cumplirse “con posterioridad a la extinción del contrato”, divergencias, salvedades y reservas de las partes.

Realizada bilateralmente por las partes, la liquidación definitiva envuelve conciliación, y en su caso, transacción, cuando además de liquidar el contrato, concilian o transijan acatando los elementos esenciales y requisitos legales singulares de estas categorías contractuales. De este modo, y en virtud de su naturaleza definitiva, es elemental la carga de consignar en su texto la inconformidad, reserva o salvedad clara, expresa y específica. Al respecto, señala el Consejo de Estado:

“La **liquidación final** del contrato tiene como objeto principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél, que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es este el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinente”¹⁰³97

Desde esta perspectiva a falta de salvedad, la liquidación de común acuerdo es acuerdo dispositivo de intereses, definitivo, vinculante y obligatorio para las partes que hace improcedente la reclamación e imprósperas las pretensiones.

...

En efecto de la liquidación definitiva del contrato explica la necesidad de consignar en su contenido, la inconformidad, reserva o salvedad clara, expresa y específica (sic). Empero, esta exigencia no implica ni equivale a una extrema minucia.¹⁰⁴ 103

¹⁰³ 97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 10 de abril de 1997, expediente 10608. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de abril de 1997, exp.11732, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.: “Y en materia de reclamos por el no pago oportuno de las actas parciales de obra(en el contrato de obra pública, se entiende) se ha sostenido que su reclamo podrá hacerse tan pronto se dé o constate la mora en su pago o dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato o a la ejecutoria del acto que lo liquidó. Pero no aceptado la jurisprudencia la tesis del a quo (caducidad frente a cada una de las actas) porque esta hace de cada reclamo particular (el no pago oportuno de un acta) un asunto separado del contrato mismo, como si al final no tuviera que tenerse en cuenta en la liquidación definitiva”.

¹⁰⁴ ¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 16 de octubre de 1980, Expediente 1960; mayo 17 de 1984 –exp. 2796; 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; 30 de mayo de 1991, Exp. 6665; 6 de mayo de 1992; Exp. 666; junio 22 de 1995, expediente No. 9965; 19 de julio de 1995, Exp. 7882; 22 de mayo de 1996, Exp.9208; 10 de abril de 1997, expediente 10608: “ La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que lida firmeza i) definición a las prestaciones mutua entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como : error, fuerza o dolo”, febrero 20 de 1998. C:P. Ricardo Hoyos duque. Exp. 14213; 9 de marzo de 2000-exp. 10778. Sentencia de octubre 28 de 2004, C:P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 22261; Sentencia de 16 de febrero de 2001, exp.11689; sentencia de agosto 30 de 2001 expediente 16256; 14 de febrero de 2002;

...

Por su virtud en “*caso de no lograrse acuerdos*” durante las reuniones para proceder a la liquidación, las partes podrían acudir al Tribunal de Arbitramento para que definiera los derechos de cada una y los efectos económicos de la terminación, sin que ninguna renuncie a la posibilidad de reclamarlos por causas distintas a las generatrices de su suspensión” o sea, la **“orden de autoridad proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo de Santander”**.

Esta salvedad consignada expresamente en el Acta de terminación, con la única excepción anotada, legitima a ambas partes a reclamar sus derechos, en particular, por las reclamaciones formuladas por ellas y diferencias planteadas durante las reuniones llevadas a cabo para acordar la liquidación definitiva.

....

Las discusiones y reuniones realizadas no concluyeron en ningún acuerdo respecto de los temas planteados como diferencias entre las partes, entre ellos, los relativos a la naturaleza del contrato, a la forma de liquidación del mismo, la aplicabilidad o no de la Cláusula 64.2 del mismo, la ocurrencia de los riesgos de implantación y de variación de tarifas del servicio de transporte por orden de autoridad competente, por lo cual la etapa de negociaciones se terminó, quedando abierta la procedencia de la convocatoria del Tribunal Arbitral, para dirimir las cuestiones que enfrentaban a las partes.

CONVOCANTE: HIDRUS S.A Y H.M INGENIERIA S.A.S

CONVOCADO: FONDO DE REESTRUCTURACIÓN, OBRAS E INVERSIONES HÍDRICAS

DISTRITAL FORO HÍDRICO

ÁRBITRO: ALEKSEY HERRERA ROBLES

exp.13.600; Sentencia de julio 17 de 2003, expediente 24041; Sentencia de octubre 28 de 2004. C.P Germán Rodríguez Villamizar. Expediente 2226; Sentencia de abril 20 de 2005. C.P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 14213; 6 de julio de 2005. Exp.14.113; Sentencia de diciembre 4 de 2006, Expediente 15239; 31 de marzo de 2011. Exp.16246; Sección Tercera, Subestación B, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371): “en relación con las salvedades que se hagan en el momento de la liquidación bilateral, las mismas deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, bien porque no se incluyen reconocimientos a los que se cree tener derecho o porque se hicieron descuentos con los que no se está de acuerdo. etc. etc., lo que significa que tal salvedad no puede ser genérica, vaga e indeterminada ni puede consistir en una frase de cajón del tipo “ me reservo el derecho de reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta”, porque en tal caso resultará inadmisibles como mecanismo de habilitación para la reclamación judicial de prestaciones derivadas del contrato liquidado, en la medida en que no se concretó el motivo de inconformidad del contratista”, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada”.

Laudo: junio 14 de 2016

El Consejo de Estado ha señalado que la liquidación del contrato es "*documento de balance final o estado de cuentas para extinguir definitivamente la relación contractual*".¹⁰⁵ 11 La doctrina por su parte la ha definido como "*el acto por el cual, finalizada la relación jurídica, se precisan los créditos y deudas pendientes entre las partes*".¹⁰⁶ 12 En otra definición se ha establecido que es "*la diligencia en que las partes cortan las cuentas del contrato para el cumplimiento del objeto contractual, en lo ejecutado o pendiente de ejecución, para declarar lo que se le adeuda al contratista, o lo que éste le debe a la administración, para hacer los descuentos causados*".¹⁰⁷ 13

En cuanto a las formas de la liquidación del contrato estatal, el Consejo de Estado ha señalado: "*De manera general existen en nuestro ordenamiento jurídico tres clases de liquidación de los contratos estatales: de común acuerdo, unilateral por la entidad contratante y judicial.(...)*"¹⁰⁸ 14

En cuanto al contenido de la liquidación, en la "Guía para la liquidación de los contratos estatales" expedida por Colombia Compra Eficiente, se establece: "*La liquidación sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución. En el acta de liquidación debe constar el balance técnico y económico de las obligaciones a cargo de las partes, es decir, el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios y el balance económico que dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesario para dar por concluido un contrato*". Así mismo, debe constar en el acto de liquidación los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. La liquidación puede indicar el estado de cumplimiento de las obligaciones y también incluir obligaciones que surgen para las partes con ocasión de su suscripción..."

CONVOCANTE: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.P

CONVOCADO: MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO

**ÁRBITROS: ARNOLDO MENDOZA TORRES, MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS y
ALEKSEY HERRERA ROBLES**

Laudo: mayo 21 de 2015

¹⁰⁵ 11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de junio 8 de 1995.

¹⁰⁶ 12 HERRERA ROBLES, Aleksey. Aspectos generales del Derecho Administrativo Colombiano, 3ª edición, Barranquilla, Ediciones Uninorte 2012, Pág. 720

¹⁰⁷ 13 LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Contratos Estatales. Bogotá Temis, 2007, Pág. 521.

¹⁰⁸ 14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de octubre de 2001.

De acuerdo con el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, a falta de estipulación, el contrato debía ser liquidado dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación la cual debía hacerse por mutuo acuerdo. De no existir éste, la administración contaba con un término de dos (2) meses para efectuar la liquidación unilateral tal como lo establecía el artículo 136, numeral 10, literal d) del Decreto Ley 01 de 1984. De no efectuarse la liquidación unilateral, el interesado podía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa o de existir cláusula compromisoria, al tribunal de arbitramento, para obtener la liquidación judicial del contrato. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado: *“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la ley 80 de 1993, establece la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo, de aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y de aquellos que lo requieran, según su objeto, naturaleza y cuantía. Las partes deben en esta etapa acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y en la correspondiente acta hacer constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder así declararse a paz y salvo. Esta ley prevé, así mismo, distintos procedimientos para tal liquidación, a saber: a) La liquidación voluntaria o de común acuerdo entre las partes contratantes. b) Liquidación unilateral por la administración. c) Liquidación por vía judicial. e) En el evento en que no se proceda a la liquidación dentro de los términos previstos por el artículo 60 citado y transcurran los dos años “siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”, sobre caducidad de la acción contractual a que se refiere el C.C.A., artículo numeral 10, letra d), la administración pierde la competencia para proceder a la misma”.*¹⁰⁹20

En cuanto a la posibilidad de liquidar un contrato estatal a través de un tribunal de arbitramento, el inciso 4º, artículo 1º de la ley 1563 de 2012 establece que: *“... En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causas o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”*¹¹⁰21 En Laudo de Comacol contra Cajanal, se estableció que: *“(...) Así pues, del conjunto de normas legales antes mencionadas, así como de los múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado que se dejan citados, se concluye entonces que nada obsta para que un tribunal de Arbitramento pueda decidir, válidamente, sobre la liquidación del contrato, siempre que, claro está. i) Las partes de dicho contrato estatal no hubieren realizado la liquidación bilateral del mismo; ii) Que tampoco se hubiere adoptado la liquidación unilateral del contrato por la respectiva entidad estatal; iii) Que las partes hubieren incluido o*

¹⁰⁹ 20 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003.

¹¹⁰ 21 El subrayado no es original del texto.

contemplado en su respectiva cláusula compromisoria o compromiso, los aspectos y diferencias relativos a la liquidación del contrato, y iv) Que se cumplan los presupuestos procesales consagrados en la ley para que la liquidación se pueda solicitar en sede jurisdiccional, esto es que hayan transcurrido los plazos previstos tanto para la liquidación bilateral como para la liquidación unilateral y que no hubiere operado la caducidad de la respectiva acción de controversias contractuales (...)" ¹¹¹22

En el caso concreto, del acervo probatorio es posible establecer que:

- a) El contrato no fue objeto de liquidación bilateral ni unilateral por parte de la alcaldía municipal de Malambo. En este sentido, en la contestación de la demanda el apoderado del municipio admite que efectivamente el acta de liquidación no fue firmada no obstante existir un proyecto suscrito por OPERADORES DE SERVICIOS DEL NORTE S.A. E.S.P. y la Interventoría. Adicionalmente, al momento de proponer la excepción, el apoderado del municipio admite que el contrato no fue objeto de liquidación unilateral durante el plazo de los (2) meses que tenía para ello.
- b) Las partes incluyeron en la cláusula DECIMA CUARTA del contrato, la cláusula arbitral y dentro de ésta, la competencia del tribunal para dirimir *“Toda controversia que ocurriera entre las partes en relación con este contrato,...”* con lo cual se entiende implícitamente incluida la liquidación.
- c) El supuesto de procedencia de la liquidación en sede judicial se cumplió que es, por una parte, que se hubiese vencido el plazo para la liquidación por mutuo acuerdo u (sic) unilateral y segundo, que la acción no hubiese caducado.

Por lo anterior, se dan los supuestos jurídicos para que el contrato sea objeto de liquidación por parte del Tribunal, siempre que se hayan demostrado los supuestos fácticos que dicha acta debe contener y que se analizarán más adelante.

CONVOCANTE: PAVIMENTO UNIVERSAL S.A

CONVOCADO: SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA SA E.S.P TRIPLE DE BARRANQUILLA SA ESP

ÁRBITROS: DAGOBERTO CARVAJAL CASTRO, CARLOS PONCE CABALLERO, ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: febrero 20 de 2014

¹¹¹ 22 Laudo TA CCB 2003529 del 6 de agosto de 2003, Comacol Vs. Cajanal.

PRIMERO: El acta de entrega no constituye ni suple el acta de liquidación; en tal sentido, dicho documento no es el que se establece en la cláusula VIGESIMA NOVENA del contrato.

Al respecto, el profesor DAVILA VINUEZA señala: *“La liquidación del contrato tiene como propósito hacer un ajuste final de cuentas y de finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según el caso. Con la liquidación el contrato el circuito negocial que terminado y cerrado definitivamente en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato para las partes, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual y la certeza acerca del pasado y futuro del contrato,...”*¹¹² 66 Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado; *“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución del aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación (sic) entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.”*¹¹³ 67

De acuerdo con los términos contractuales, el acta de liquidación debe contener. (i) Un balance general de las obligaciones ejecutadas y pagadas; (ii) La extensión o ampliación de las garantías o pólizas; (iii) Las obligaciones pendientes a cargo de las partes; (iv) Los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen las partes para poner fin a las divergencias y poder declararse a paz y salvo. (...)

**CONVOCANTE: ÁVILA LTDA, C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A Y H&H
ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL
CONSORCIO MI VALLE**

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

**ÁRBITROS: EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO, RICARDO HOYOS DUQUE, LUIS
GUILLERMO DAVILA VINUEZA**

Laudo: abril 29 de 2014

...

¹¹² 66 ⁶⁶ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la ley 80 de 1993. Bogotá, Legis, 2001. Pág.577.

¹¹³ 67 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 10 de 1997. M.P. Daniel Suarez Hernández. Reiterada en sentencia del 9 de marzo de 1998 por la cual misma Corporación, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Una vez el contrato estatal finaliza por cualquier causa – vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, caducidad, mutuo acuerdo, etc.-, este debe ser liquidado de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹¹⁴ 1, el cual dispone que *“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación “* que, en principio, debe llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta bilateral y de no ser posible tal acuerdo, le corresponderá a la entidad proceder a liquidar el contrato en forma unilateral, a través de un acto administrativo.

La liquidación es el balance entre las prestaciones que debe suministrar el contratista y las sumas que ha recibido o debe recibir, a fin de determinar quién debe a quien y cuánto. Por este motivo, establece la Ley que allí deben acordarse los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, así como los acuerdos, transacciones y conciliaciones a que llegaren las partes, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Esa actuación, que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata, en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones.

...

El valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta, igualmente, en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación.

...

Si bien, como lo señala el art. 1524 del Código Civil que se citó antes, no era necesario que se expresaran las razones para dar por terminado el contrato de concesión celebrado entre las partes, por cuanto la ley presume su existencia y la licitud de las mismas, lo

¹¹⁴ 1 Esta norma fue parcialmente derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y modificada por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012.

cierto es que estas si fueron consignadas en el documento contentivo del acuerdo de voluntades mediante el cual se quiso dar por terminado el vínculo comercial que unía al departamento del Valle del Cauca con el Consorcio Mi Valle y, como consecuencia de ello, procedieron a su liquidación, para dar cumplimiento a una obligación que la ley establece, en forma perentoria, en el art. 60 de la ley 80 de 1993, como lo es su liquidación, una vez que el contrato estatal termina¹¹⁵7.

En tales condiciones debe concluirse que, contrario a lo afirmado por la parte convocante, si existió causa jurídica por parte del consorcio Mi Valle para concurrir a la suscripción del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 003.

De otro lado, es importante destacar que el pretendido vicio del consentimiento que se adujo en el alegato de conclusión, no fue invocado en la demanda ni en su reforma, razón suficiente para que el tribunal desestime el cargo, en acatamiento del principio de congruencia del laudo (art.305 C. de P.C.).

CONVOCANTE: MARCO ANTONIO MARÍN RAMÍREZ

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JAMUNDÍ

ÁRBITROS: FRANCISCO CHAVES CAJIAO, FABIO DÍAZ MESA, CARLOS ARTURO COBO GARCÍA

Laudo: junio 11 de 2014

Para saber si era o no necesario acudir a la administración para solicitar de común acuerdo la liquidación del contrato, es indispensable establecer primero el tipo de contrato suscrito entre las partes convocante y convocada.

Al estudiar los contratos aportados con la demanda Nos. 34-14-08-25 de 04 de Febrero de 2011, y 34-14-08-265 de 01 de abril de 2011, encuentra este Tribunal que se trata de contratos de prestación de *“servicios profesionales para la asesoría legal y jurídica a la secretaria de Hacienda Municipal, en la parte instrumental y realización del procedimiento administrativo del cobro por jurisdicción coactiva de los impuestos predial unificado; de industria y comercio y sus complementarios de avisos y tableros; multas por infracciones de tránsito; así como el cobro de cánones de arrendamiento atrasados de bienes de propiedad del municipio y demás derechos a favor del mismo...”*.

Defina entonces la naturaleza de los contratos celebrados entre el **Municipio de Jamundí** y el Dr. **Marco Antonio Marín** como contratos de prestación de servicios profesionales,

¹¹⁵ 7. El art. 60 de la ley 80 de 1993 señala que *“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las parte(sic) contratantes (...)”*.

debemos indicar que en este tipo de contratos no es obligatoria la liquidación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 217 del Decreto 19 de 2012, que modificó, junto con la ley 1150 de 2007, el artículo 60 de la ley 80 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

“El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

“Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

...

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. “(Negrilla fuera de texto)

CONVOCANTE: ÁVILA LTDA, C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A Y H&H ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

ÁRBITROS: EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO, RICARDO HOYOS DUQUE, LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA.

Laudo: abril 29 de 2014

De conformidad con la modificación de la cláusula compromisoria mediante la referida Cláusula Sexta, la competencia del Tribunal quedó limitada a las pretensiones expuestas en el considerando número 29 y lo señalado en la cláusula tercera, que abarca las salvedades del contratista frente a la liquidación, la cual fue transcrita en el capítulo anterior. A contrario sensu y por no quedar consignadas como una salvedad en el acta de liquidación, el Tribunal no es competente y, en consecuencia, no se pronunciará y denegará las pretensiones relativas a: (i) la no entrega oportuna de predios y a la omisión de ordenar el traslado de los aportes que correspondían de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal del fideicomiso Mi Valle (Pretensión declarativa segunda); y (ii) la ineficacia o en subsidio la nulidad, inexistencia o inaplicabilidad de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión No. 003 de 2.010 (Pretensión Declarativa quinta y subsidiarias primera y segunda).

Lo sostenido sobre la competencia de este Tribunal resulta, se insiste, no solo por cuenta de la modificación expresa que hicieron las partes de la cláusula compromisoria, sino también como consecuencia de los efectos que emanan de una liquidación convencional, la cual, tal como se adujo en precedencia, solo habilita para reclamar en sede judicial, en este caso ante este tribunal, las salvedades expresas que llegaren a consignar las partes, salvo, claro está, un vicio del consentimiento, el cual no fue planteado como pretensión en la demanda ni fue objeto de prueba alguna, a pesar de haber sido insinuado en los alegatos de conclusión por parte de la Convocante.

Como terminación y liquidación bilateral son negocios jurídicos contractuales, es preciso que para que se declare su nulidad se configure una de las causales de nulidad absoluta a las que se refiere la Ley 80 de 1993 o una de las causales de nulidad absoluta propias del derecho común. Presupuestos iguales que han de exigirse para la nulidad o ineficacia de la referida cláusula 32 del contrato de concesión. Esto último sobre la base, por supuesto de la plena competencia del tribunal, que es precisamente lo que no acontece en este evento.

CONVOCANTE: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P-EMAB S.A.E.S.P

**CONVOCADO: ASOCIACIÓN AGROECOLÓGICA DE CAÑAVERALES Y CONDOR SA
COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN**

**ÁRBITROS: LUZ MARINA BERMUDEZ, SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, FRANZ
HEDERICH GARCÍA**

Laudo: abril 13 de 2016

Liquidar significa hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta¹¹⁶ 2. En materia contractual, la liquidación tiene por objeto principal definir las cuentas y en qué estado quedan luego de la terminación del contrato, a fin de finiquitar la relación entre las partes del negocio jurídico. La Liquidación se define como *“el balance financiero realizado al final de la ejecución de los contratos de tracto sucesivo, lo que permite determinar los créditos entre las partes [o] una operación administrativa que sobreviene a la finalización normal o anormal del contrato (en todos los casos en que por ministerio de la ley o por la naturaleza del contrato es indispensable haberla), con el propósito de establecer, de modo definitivo entre las partes contractuales, cuál de ellas es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta”*.

...

¹¹⁶ 2 Diccionario de la Real Academia Española. <http://buscon.rae.es>

En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la liquidación, dispone el artículo 61[Ley 80 de 1993] que la misma “*será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición*”. En otras palabras, puede decirse que fracasada la etapa de arreglo directo surge para la administración una potestad en lo que a la liquidación del contrato se refiere, la cual es oponible al contratista en la medida en que le genera el deber de atenerse a lo dispuesto por la administración o cumplir con las obligaciones que ésta le imponga en virtud de carácter ejecutorio y ejecutivo de la decisión de la entidad pública (artículo 64 Código Contencioso Administrativo).

Esta potestad, valga precisar, *prima facie* no tiene limitación temporal en las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni las del Código Contencioso Administrativo, puesto que los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 no prevén nada al respecto y el literal d.) del numeral 10º del artículo 136 del código mencionado¹¹⁷3 lo que establece es un plazo habilitante para que el contratista pueda acudir ante la jurisdicción a fin de lograr la liquidación del contrato ante la omisión de la administración de hacerlo; pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la facultad de liquidar unilateralmente el contrato precluya cuando ha caducado la acción contenciosa administrativa o ha sido notificada a la administración la demanda judicial del contratista que impugna la omisión estatal de liquidar unilateralmente el contrato¹¹⁸ 4.

Finalmente, es necesario precisar que por tratarse de una manifestación de voluntad de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, el acto de liquidación unilateral del contrato goza de la presunción de **legalidad y veracidad**. Entonces, sus efectos sólo pueden ser enervados a través de los recursos de la vía gubernativa o de las (sic) acción contenciosa administrativa respectiva cuando dicho acto no se ajusta a la Ley o cuando en el mismo se desconocen los derechos del contratista.

En otras palabras, en el evento de que la liquidación efectuada por la entidad estatal cause un perjuicio al contratista por no tener en cuenta las prestaciones a que tiene derecho, entre ellas, las derivadas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato¹¹⁹ 5 , entonces el contratista puede acudir a los recursos de la vía gubernativa o

¹¹⁷ 3 **Artículo 136- Modificado artículo 44 ley 446 de 1998 – Caducidad de las acciones.** (...) 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 para 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. (...).

¹¹⁸ 4 Así. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2001 (Ref: 133849) y Sentencia del 13 de septiembre de 2001 (Ref: 17952).

¹¹⁹ 5 Así. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2001 (Ref: 12660).

a la acción contenciosa a fin de que se desvirtúe la presunción de legalidad y veracidad del acto administrativo correspondiente y se le reconozcan las prestaciones a que tiene derecho, por ejemplo, como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico o financiero del contrato estatal.

...

De otro lado, tenemos que según lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, luego de fracasada la etapa de mutuo acuerdo para la liquidación del contrato estatal, surge para la administración la potestad para efectuarla de manera unilateral mediante acto administrativo, a fin de que la entidad pública establezca de modo definitivo cuál de las partes contractuales es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta; lógicamente, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley al contratista de solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos que se le hayan ocasionado con el ejercicio de esa potestad.

....

Por tanto, si bien, el Tribunal tiene competencia por habilitación de la cláusula arbitral, para analizar y estudiar la relación contractual, estima el Tribunal que para dirimir la presente controversia suscitada entre EMAB y ASOCIACIÓN AGROECOLOGICA LOS CAÑAVERALES necesariamente debe pronunciarse implícitamente sobre el alcance de la liquidación unilateral efectuada por la EMAB en el acto administrativo de fecha 25 de octubre de 2013, para lo cual si carece de la misma, pues el acto referido se reputa legal, y el Tribunal desbordaría así la competencia del juez arbitral por cuanto a éste le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración en ejercicio de sus potestades exorbitantes.

...

Y, no puede pronunciarse en la forma como quedaron expuestas las pretensiones de la demanda, por la simple razón de la etapa en que se encuentra el referido contrato, no es de ejecución contractual, sino es consecuencia del uso legítimo de una facultad estatal, la liquidación del contrato, la cual solamente puede ser atacada o discutida mediante la controversia sobre la legalidad de dicho acto, tal y como lo dejo sentado la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de Agosto de 2010 (16941), con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, en los siguientes términos:

“3.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la necesidad de que una vez liquidado unilateralmente el contrato sólo se pueda alegar el incumplimiento

de las obligaciones a través de la censura de la legalidad del acto administrativo que contiene esa manifestación de voluntad de la administración pública.

En efecto, una vez que la entidad pública contratante liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993), al contratista no le es viable invocar como pretensión autónoma el incumplimiento, toda vez que es necesario que se solicite y acredite la nulidad del acto administrativo correspondiente, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma.”

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL SA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSE ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

76.1. Para el efecto, el Tribunal comienza por recordar que dentro del régimen de contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres posibilidades de liquidación de los contratos: (i) la bilateral o de común acuerdo; (ii) la unilateral, y (iii) la judicial.

De esas tres posibilidades, interesa en este proceso exclusivamente la liquidación bilateral, la cual consiste en el acto jurídico mediante el cual las partes fijan la manera en que se ejecutó el contrato y determinan qué derechos y obligaciones correspondían a los cocontratantes y qué sumas líquidas de dinero debían pagarse o cobrarse en forma recíproca, así como la manera en que se ejecutaron o la forma en que se deberán ejecutar tales prestaciones. Como bien lo dice el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en la liquidación las partes deberán acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En palabras del Consejo de Estado, *“la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de*

las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”¹²⁰ 44.

Respecto de esta clase de liquidación, deben tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que su efecto natural consiste en buscar que las partes se declaren a paz y salvo, lo cual implica, a su vez, que liquidado bilateralmente un contrato estatal la consecuencia será la transacción de la totalidad de las controversias que hubieran podido presentarse con ocasión de la celebración y ejecución del mismo.

Ahora bien, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que dicho efecto de transacción puede ser limitado como consecuencia de las salvedades que puedan dejar las partes en el acta de liquidación, caso en el cual la competencia del juez del contrato se limitará al estudio de aquellos temas que específicamente han quedado consignados dentro de la salvedad.

...

En relación con lo expresado por la jurisprudencia administrativa transcrita, el Tribunal señala que ello se fundamenta en el hecho de que la liquidación bilateral es un verdadero negocio jurídico que envuelve una transacción, es decir, que con su suscripción, cada una de las partes puede tener certeza de la finalización de la relación negocial.

Además, el Tribunal destaca que los principios de la buena fe y del respeto del acto propio guían la ejecución de los contratos estatales (artículo 28 de la Ley 80 de 1993), por lo cual si una parte no manifestó explícitamente los motivos de su inconformidad no le es dable volver judicialmente sobre un acto en el que pretendió expresar su conformidad con la forma en que quedó finiquitada la relación negocial.

...

76.2. Como se trata de un contrato de concesión de infraestructura vial, el Tribunal considera pertinente analizar también los antecedentes judiciales que se tienen sobre los efectos que produce la suscripción de las actas de finalización de las diversas etapas de los contratos de concesión.

En este sentido, destaca el Tribunal que otras decisiones arbitrales han sostenido que la suscripción de las actas de finalización de la etapa de estudios y diseños o de la etapa de construcción resultan vinculantes para las partes que las firman, en tanto que les impiden posteriormente reclamar el cumplimiento de obligaciones de etapas anteriores sobre los cuales no se hubieran hecho salvedades en la respectiva acta de terminación.

...

¹²⁰ 44 Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, expediente 16.370.

Como puede verse, las decisiones arbitrales han sostenido de manera reiterada que el efecto de la suscripción de las actas de terminación de las etapas (de pre construcción o estudios y diseños, de construcción, etc.) es la de ser un documento vinculante para las partes en el sentido de aceptarse el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a la etapa que finaliza.

76.3. Con base en esas consideraciones, se pregunta el Tribunal si el documento denominado “Acta de reunión” de fecha 31 de octubre de 2011 (folios 242 y 243, cuaderno de pruebas No. 4) puede ser asimilado a un acta de liquidación de común acuerdo o a un acta de terminación de una de las etapas del contrato. Para el Tribunal es claro que al citado documento no puede dársele ninguno de los dos alcances mencionados.

En efecto, como se expresó atrás, la liquidación bilateral de un contrato tiene como propósito extinguir de manera definitiva la relación jurídico comercial existente entre las partes, es decir, finalizar todo vínculo jurídico que hubiera podido surgir. Al respecto, debe recordarse que la mera finalización de un contrato estatal no implica la finalización del vínculo jurídico entre las partes, pues en la contratación estatal, por mandato legal (artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, y 11 de la Ley 1150 de 2007), se mantienen vigentes diversas obligaciones contractuales, entre ellas, la de liquidación del contrato. En consecuencia, la mera terminación del contrato no supone la extinción de vínculo jurídico, de la relación jurídico-administrativa surgida entre las partes como consecuencia del perfeccionamiento del contrato estatal.

...

En suma, el acta analizada simplemente tuvo como efecto finalizar la ejecución del contrato, pero no dio lugar a la extinción del vínculo jurídico comercial existente entre las partes. Es decir, que no produjo el efecto que naturalmente produce la liquidación del contrato. De esta manera, contrario a lo alegado por el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** en su alegato de conclusión, para el Tribunal es claro que no pueden asimilarse los efectos de una liquidación bilateral a los efectos producidos por la suscripción del documento analizado.

...

102. Con fundamento en lo anterior, concluye el Tribunal que la terminación anticipada de un contrato por motivos imputables a la administración da derecho a la indemnización plena del contratista. Esa indemnización plena se concreta en los siguientes puntos:

-La utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de culminar la ejecución del contrato. Esta utilidad se calcula con base en el monto de utilidad calculado en la propuesta presentada dentro del procedimiento de selección que precedió la celebración del contrato, o con base en el cálculo técnico que se pruebe dentro del proceso. Sobre este

valor debe descontarse el porcentaje ya ejecutado del contrato, siempre y cuando el mismo le haya permitido al contratista obtener utilidad.

-Los gastos y costos directos y administrativos en que haya incurrido el contratista para la ejecución del contrato, siempre y cuando los mismos tengan relación directa con el contrato y puedan ser calificados técnica y financieramente como razonables y eficientes. Obviamente de este valor deben ser descontados los costos y gastos que ya hubiera pagado la entidad estatal.

A su vez, no se entenderán comprendidos dentro del valor de la indemnización a la cual tiene derecho el contratista por la terminación anticipada del vínculo negocial imputable a la administración, los costos en que hubiera incurrido para la participación en el proceso de selección, ni los costos en que incurrió para el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización, en tanto que los mismos constituyen costos en los que necesariamente debería haber incurrido el contratista para poder ejecutar el contrato válidamente.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONVOCANTE: CÉSAR AUGUSTO CARDONA JARAMILLO Y MARLENY DEL CARMEN CARDONA JARAMILLO

CONVOCADO: MUNICIPIO DE GUARNE

ÁRBITRO: JORGE PARRA BENITEZ

Laudo: octubre 4 de 2017

La responsabilidad contractual, como es sabido, nace del incumplimiento, total o parcial, del contrato y, desde luego, exige los elementos propios de la responsabilidad, constituidos por el hecho dañino (el incumplimiento), la culpa del deudor, el daño sufrido por el acreedor y el nexo causal entre dañino y el perjuicio. En consecuencia, no basta el simple incumplimiento para predicar responsabilidad de contratante, como tampoco la existencia de un menoscabo que padezca el acreedor, como que es necesario en fin que la lesión patrimonial o extra patrimonial sea el efecto del incumplimiento, atribuible a conducta del deudor.

La jurisprudencia civil, a la que se apela por lo indicado sobre norma sustancial aplicable al negocio del caso, ha predicado también lo que viene de anotarse. Así, a título de muestra, en la sentencia S-037 de 27 de marzo de 2003. expediente C-6879, expresó que

“1.- La existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de

causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado, son los elementos que se estructuran la responsabilidad contractual.”

Este parecer repite sintéticamente el 14 de marzo de 1996, expediente 4738, más extenso y conforme al cual

“1.- El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts.1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados.

Ahora bien, sabido es que la responsabilidad se estructura mediante los elementos de incumplimiento de un deber contractual, un daño, y una relación de causalidad entre éstos. Lo primero indica la inexecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisado se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones quien alega su existencia.

En numerosa jurisprudencia la Corte ha sostenido lo dicho anteriormente, entre ellas en la sentencia del 13 de Octubre de 1.949 en la que dijo. “En verdad esta Sala ha estimado estrictamente lógico que para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento esculpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes”. Además del incumplimiento del contrato y del daño ocasionado, existen otros elementos que debe demostrarse, como son entre otros, el nexo de causalidad entre dicho

incumplimiento y el agravio sufrido por la víctima, esto es, que lo segundo es consecuencia de lo primero.

Sin embargo, como todos los elementos del incumplimiento que estructuran la responsabilidad, son autónomos, vale decir, que cada uno tiene existencia por sí mismo y no depende de los demás; se hace indispensable, entonces, la demostración de todos ellos.

2- Luego, consecuencia de lo expuesto es que en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inexecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS.

Laudo: junio 9 de 2014

158. Para determinar si la parte Convocada incurrió en responsabilidad civil contractual frente a la parte Convocante, este Tribunal partirá del análisis de los elementos o presupuestos que configuran la responsabilidad civil contractual. Al respecto, la doctrina en materia de derecho administrativo ha señalado que en materia de responsabilidad por incumplimiento, los presupuestos para su declaración son similares a los del derecho privado, especialmente cuando se hace un juicio de responsabilidad al contratista particular, pues las particularidades propiamente dichas del derecho administrativo se refieren especialmente a los efectos del incumplimiento¹²¹326.

159. Para la doctrina en materia de derecho administrativo, la responsabilidad contractual en materia de contratación pública, sin importar si se trata de la responsabilidad de la administración o del contratista, tiene como elementos esenciales los siguientes: la existencia de un contrato, la existencia de un daño sufrido por una de las partes del contrato, el incumplimiento de una obligación derivada del contrato y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento¹²² 327.

¹²¹ ³²⁶ Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012, pp. 134 y ss.

¹²² ³²⁷ *Ibidem*, p 153.

166. De acuerdo con las anteriores referencias, a pesar de las diferencias en la presentación, es claro que tanto la jurisprudencia civil como la contencioso administrativa se encuentran de acuerdo en cuáles son los elementos de la responsabilidad contractual: la existencia de una obligación contractual, el incumplimiento de esa obligación, la existencia de un daño o lesión al patrimonio y la imputación fáctica de ese daño al incumplimiento de la obligación contractual (relación o nexo de causalidad).

167. Por consiguiente, cuando se persigue la indemnización de perjuicios de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), como en este caso, constituye presupuesto indispensable para la prosperidad de la pretensión, la prueba de los dos últimos requisitos, pues no siempre el incumplimiento del contrato ocasiona perjuicios al otro contratante. Dicho en otras palabras, a quien pretende el resarcimiento en mención, le corresponde demostrar, en todo caso, el daño cuya reparación deprecia y su cuantía, porque la condena por tal concepto no puede superar el detrimento patrimonial que en realidad se le haya irrogado a la víctima. *“Y como el incumplimiento –ha dicho la Corte- de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron, tal como se deduce de los artículos 1617 y 1599 del Código Civil (...)”*¹²³ 335.

232. (...) Así las cosas, en concordancia con lo expresado por el perito Daniel Flórez, para el Tribunal es claro que HALCROW no empleó las mejores prácticas profesionales, como era su deber contractual y profesional, pues, de una parte, permitió que se ejecutaran unos diseños sin que existieran los elementos suficientes para determinar que los mismos no resultaban suficientemente seguros para el cumplimiento del objetivo final del contrato, esto es, para la culminación de la obra sin contratiempos y, de otra, no verificó adecuadamente que las pruebas de deslizamiento de los lastres fueran exitosas, lo cual supone un incumplimiento contractual de su parte.

233. Frente a las anteriores omisiones de sus deberes contractuales por parte de HALCROW, el Tribunal también destaca que, de acuerdo con lo concluido atrás, dicho contratista debe ser juzgado a la luz de la responsabilidad del profesional. Al respecto, recuerda el Tribunal que una de las obligaciones implícitas a su carácter de profesional es la *obligación de seguridad*, que traduce en un especial deber de diligencia y prudencia en la ejecución de sus prestaciones.

(...)

244. Es así como encuentra probado el Tribunal que HALCROW, (a) no verificó correctamente el Plan de Aseguramiento de Calidad elaborado por EDT y, por el contrario,

¹²³ 335 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 478 de 12 de diciembre de 1989.

permitió y avaló la ejecución del contrato con un Plan que no comprendía todos los puntos exigidos por el contrato de obra pública celebrado entre ACUACAR y EDT; (b) no verificó correctamente que se obtuvieran resultados positivos en las pruebas de laboratorio requeridas para tener certeza de que las maniobras serían exitosas ni exigió y dejó de exigir un importante número de pruebas de laboratorio, por el contrario, permitió que el contratista EDT continuara ejecutando las obras a pesar de los deficientes resultados de laboratorio obtenidos, lo cual permite entender al Tribunal que HALCROW era consciente de la deficiente calidad de los trabajos ejecutados por EDT; (c) no evitó que se ejecutaran las actividades que no estaban enteramente descritas en el Plan de Aseguramiento de Calidad elaborado por EDT, sino que permitió que se llevaran a cabo a pesar de que no se contaba un referente contractual contra el cual contrastarlas; (d) no evitó que EDT utilizara las bandas de caucho en los lastres de concreto, procedimiento que nunca fue autorizado por HALCROW ni por ACUACAR, pero que finalmente fue utilizado por EDT en la construcción del emisario submarino; (e) no evitó que EDT utilizara procedimientos constructivos irregulares en materias como la *“fabricación de fundidas adicionales de concreto”*, la *“aplicación del kurex”* y la *“omisión en la toma de probetas de falla por flexión”*; y (f) no evitó que se ejecutara una maniobra en una fecha en que las condiciones climatológicas no lo permitían y con unas condiciones técnicas desfavorables, sin una debida planeación y con unas decisiones improvisadas durante su ejecución.

CONVOCANTE: INFORMATION TECHNOLOGIES DE COLOMBIA S.A.S.

CONVOCADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB S.A. E.S.P

ÁRBITROS: JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, ADRIANA POLANÍA POLANÍA, JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA

Laudo: julio 4 de 2017

50. De acuerdo con las estipulaciones transcritas, para el Tribunal es claro que en el Contrato de Colaboración Empresaria se pactó un esquema en virtud del cual toda la relación con el Cliente es asumida directamente por ETB, de tal manera que dicha empresa no solo es quien suscribe el correspondiente contrato y tiene la relación comercial con el Cliente, sino, especialmente y para efectos de lo que interesa en este punto al Tribunal, quien tiene la obligación de hacer el recaudo de los dineros que el Cliente debe pagar, incluyendo los dineros que corresponden al Colaborador Empresario, esto es, a Intek, a título de remuneración por sus servicios, equipos de telecomunicaciones, informáticos o aplicaciones que se requieran para la solución integral de telecomunicaciones ofrecida al Cliente.

...

51. Pero, además, destaca el Tribunal que la obligación de cobro, respecto de los recursos a los que tiene derecho Intek, es una prestación que se ejecuta dentro del contexto de una relación jurídica de mandato, de tal manera que la extensión de las obligaciones y el régimen de responsabilidad debe ser analizado en el marco de las reglas propias de un contrato de mandato. En ese sentido, destaca el Tribunal que el artículo 2155 del Código Civil prevé que *“el mandatario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su encargo”*, lo cual implica, de cara a la definición de culpa leve contenida en el artículo 63 del mismo Código Civil, que el mandatario responde hasta por la *“falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”*, lo cual impone un especial deber de diligencia a cargo de ETB en el sentido de que el cumplimiento de la obligación de recaudo de los recursos de los cuales es titular Intek debe hacerse con la misma diligencia, el mismo cuidado, el mismo esmero que emplearía ETB para el cobro de dineros a su favor.

(...)

53. Como se ve, las partes fueron explícitas en que la obligación de recaudo de los dineros adeudados por los Clientes a la ETB no constituye una obligación de resultado, sino de medios, lo cual genera como consecuencia que el simple hecho de que no se logre obtener el pago por parte del tercero no implica un incumplimiento contractual, sino que para el efecto es necesario que se acredite la negligencia o la culpa por parte de ETB, culpa que podrá ser hasta leve, de acuerdo la previsión del artículo 2155 del Código Civil, según los términos analizados atrás.

...

De acuerdo con lo anterior, la clasificación de las obligaciones entre obligaciones de medio y de resultado es particularmente importante en cuanto a las obligaciones de hacer y, específicamente, en cuanto al contenido de la prestación a cargo de la parte obligada frente a la satisfacción del derecho de crédito de su acreedor. En ese sentido, cuando el derecho de crédito se ve satisfecho simplemente con una conducta diligente, estaremos frente a una obligación de medio, mientras que si la satisfacción del acreedor solo se produce con la obtención un efecto preciso, estaremos ante una obligación de resultado.

El criterio para determinar si se está ante una obligación de medio y no de resultado depende, de una parte, en si el resultado esperado es aleatorio y no depende estrictamente de la conducta del deudor –si la obtención del resultado no depende enteramente del deudor, estaremos frente a una obligación de medio– y de otra, en la incidencia que el cumplimiento de la obligación pueda tener en la satisfacción del interés del acreedor –si la satisfacción del fin del contrato se produce con la mera conducta del

deudor, así exista de por medio un elemento del azar, será una obligación de resultado, pero si dicha satisfacción depende de factores ajenos al comportamiento del deudor, se tratará de una obligación de medio—.

CONVOCANTE: ESTACIONES METROLÍNEA LTDA

CONVOCADO: METROLÍNEA SA -SOCIEDAD PÚBLICA POR ACCIONES

**ÁRBITROS: HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, HERNANDO HERRERA MERCADO,
WILLIAM NAMEN VARGAS**

Laudo: febrero 18 de 2016

La suspensión del Contrato de Concesión tiene por base y se acuerda por la medida cautelar decretada sobre parte del predio entregado por Metrolinea (sic) para adelantar la construcción de la Estación Cabecera y los patios de Operación y Talleres de Floridablanca, al comprender la extensión entregada un predio diferente.

Captada así la situación fáctica, no es posible escindir de la suspensión y ulterior terminación anticipada de la obligación de entregar un predio idóneo, libre de turbaciones o defectos y de titularidad de la concedente que permitiera adelantar la construcción según los diseños funcional, geométrico, arquitectónico y urbanístico (áreas y acabados), y demás aprobados, pues si bien se fundó en la solicitud formulada por la concesionaria al amparo de la causal 6 de la cláusula 63 en virtud de la prolongación de la suspensión y se consideró viable por la concedente, la terminación se acuerda en virtud de las consideraciones y antecedentes consignados en el acta, dentro de éstas, la medida cautelar decretada al adelantarse la construcción en el predio entregado por METROLÍNEA, cuya área comprende otro predio que no es suyo, ni de su propiedad, circunstancia con la cual se había formulado la solicitud de suspensión y se acordó en el Acta del 16 de enero de 2012.¹²⁴ 213

¹²⁴ 213 La demandante en los hechos 39, 43 y 45 de la demanda principal reformada indicó: “La suspensión, por orden de autoridad, de la obra que ESTACIONES construía para la culminación del Proyecto es una situación de fuerza mayor, por cuanto la acción popular en cuyo marco se expidió la medida cautelar mencionada fue instaurada por un tercero y la decisión de suspensión de la obra se tomó por autoridad competente en ejercicio de sus funciones, sin embargo de lo cual la causa primigenia y determinante de la fuerza mayor es atribuirle a METROLÍNEA, que desatendió su obligación de entregar un inmueble sobre el que ESTACIONES pudiera ejercer una tenencia sin perturbaciones, ni limitaciones que afectaran la terminación del Proyecto, como a la postre terminó ocurriendo, sin que METROLÍNEA hasta la fecha de esta demanda haya adelantado las acciones correctivas correspondientes”; “En la medida en que la suspensión del Contrato de Concesión que fue necesaria acordar se prolongó por seis meses se configuró la causal de terminación del Contrato de Concesión contemplada en el numeral 6º de la cláusula 63 del mencionado contrato, conforme a la cual el Contrato de Concesión termina de manera anticipada: “Cuando se haya solicitado la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las partes, por haber ocurrido la suspensión de la ejecución del contrato durante un término continuo de más de dos (2) meses. En este caso,

La renuncia acordada en el Acta de Terminación anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012 es acto dispositivo de intereses eficaz, válido y vinculante. Tratáse (sic) de renuncia singular, concreta y específica (sic) cuya justificación patrimonial son las prestaciones recíprocas acordadas en sus numerales 2, 3, 4, 5, 7 y 8, que a su vez la encuentran en la misma, el contrato celebrado, su ejecución y terminación, lo que excluye en ambas hipótesis una donación, acto de mera liberalidad, beneficencia o carente de justificación.

En este contexto, considerada la renuncia expresa de la concesionaria a reclamar daños por las causas que originaron la suspensión del contrato, o sea, la orden de autoridad competente que a términos del artículo 64 del Código Civil constituye una típica hipótesis de fuerza mayor, y no el hecho de un tercero, por adelantarse la construcción sobre el inmueble entregado por la entidad concedente a la concesionaria, al ser imposible escindir de esa situación de hecho la entrega del mismo, y por consiguiente, el cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar un predio idóneo para adelantar la construcción, es pertinente declarar el incumplimiento de la obligación, más no imponer condena a reparar los daños causados por esta virtud, pues reconoce la demandante, que el incumplimiento de la obligación de entregar un predio idóneo sobre el cual debía

la parte que solicita la terminación anticipada deberá notificar por escrito a la contraparte con menos de diez (10) días de anticipación a la fecha en que se pretenda la terminación anticipada. Si la contraparte no accede a la terminación, la parte que la pretenda podrá acudir a los medios de solución de conflictos del contrato” y, *al amparo de la misma, ESTACIONES elevó ante METROLÍNEA solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión, tal y como quedó consignado en la comunicación EM-CE-2190-12 del 23 de julio de 2012, corregida con la comunicación EM-CE-2197-12 del 25 de julio de 2012*. “Consecuente con lo anterior, en los considerandos 14 a 18 del acta de terminación del Contrato de Concesión de dejó consignado (i) el hecho de las dos suspensiones acordadas por las partes del Contrato de Concesión y la duración de cada una de ellas, (ii) el hecho de que a la terminación de la última suspensión subsistía la medida cautelar adoptada en la Acción Popular, (iii) el hecho de que ESTACIONES había elevado la solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión al amparo del numeral 6º del artículo 65 de dicho contrato, y había enviado comunicación posterior precisando la fecha a partir de la cual pedía que se dispusiera por las partes la terminación del contrato, (iv) el hecho de que METROLÍNEA había respondido dicha solicitud, en la que expuso la procedencia de terminar de común acuerdo el Contrato de Concesión, y (v) se señaló, además, que “ tratándose de una terminación anticipada fundamental en numeral 6º del artículo 63 del documento contractual”, resultaba procedente poner de presente y reproducir, como se reprodujo, el siguiente contenido del encabezado y del literal a) del artículo 65 del Contrato de Concesión, “La terminación anticipada del presente contrato en los casos contemplados en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la cláusula 63, se someterá al siguiente procedimiento: a) Cuando una de las partes tenga la intención de dar por terminada de manera anticipada el contrato por considerar que se ha presentado alguna de las causales mencionadas en el párrafo precedente, manifestará lo correspondiente mediante documento escrito al otro contratante, quien tendrá un término de treinta días hábiles para manifestar su aceptación, caso en el cual se suscribirá un documento escrito al otro contratante, quien tendrá un término de treinta días hábiles para manifestar su aceptación, caso en el cual se suscribirá un documento en el que se dé por terminado el presente contrato, y serán las partes, en este caso, quienes establezcan las condiciones para que se concrete dicha terminación. (...)”.

desarrollarse la concesión al cumplirse en forma defectuosa, generó la “*situación de hecho que finalmente fue la causa eficiente o la razón que explica la decisión de autoridad competente que determinó la decisión de ESTACIONES METROLÍNEA de pedir la terminación anticipada del Contrato de Concesión*”, si bien como se dijo, no hay duda ninguna que METROLÍNEA, cumplió defectuosamente esa prestación, conforme está probado en el proceso.

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

PARTE CONVOCADA: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: octubre 14 de 2014

De acuerdo con lo expresado por la doctrina, el incumplimiento implica el acontecimiento voluntario que pone en movimiento las normas positivas para producir un efecto jurídico, que se concreta en el nacimiento de la obligación a cargo de la Administración de reparar el daño antijurídico padecido por su colaborador privado¹²⁵456. Esto, en términos únicamente contractuales, se traduce en la ausencia de ejecución de las prestaciones a su cargo que componen el objeto de la obligación y que se enmarcan en unas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar acordadas con el contratista. De otro lado, tratándose de incumplimiento del cocontratante de la Administración, se parte de igual conducta, y ante ésta se requiere la imposición de una sanción por la entidad estatal contratante, entendida como una reacción del ordenamiento jurídico positivo para reprimir la conducta reprochable del contratista que se “*desencadena cuando se presenta el incumplimiento de una obligación imputable al CONSORCIO, que constituye una amenaza a la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos*”¹²⁶457.

...

Por último, debe decirse que el deudor estará en estado de incumplimiento cuando el interés del acreedor en la ejecución ha desaparecido, bien porque el plazo para su ejecución ha vencido, o porque su realización no se compadece con lo contractualmente acordado, y lo único que pretende reclamar de su deudor incumplido es el equivalente pecuniario de la obligación por su ejecución inoportuna, junto con la indemnización de perjuicios causados por la acción retardada del obligado a la prestación, los cuales van más allá de la demora en la ejecución de lo querido y pedido por el acreedor y prometido

^{125 456} RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 508.

^{126 457} *Ibidem*, p. 356.

por el deudor, ya que se involucran los daños externos a la relación y que se deriven de la vicisitud en el cumplimiento de la misma....

Por su parte, el principio del equivalente económico surge en los contratos administrativos, como una exigencia de garantía para el contratista frente a los poderes exorbitantes de la Administración ¹²⁷ 459. La teoría del equilibrio económico ha sido recogida en la normativa colombiana con una consagración expresa en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, al decir éste que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad entre los derechos y las obligaciones pactados por las partes al momento de celebrarse el contrato, teniendo en cuenta los parámetros de la licitación o contratación directa y, por otra parte, es un principio que cuenta con amplio desarrollo en la doctrina y jurisprudencia colombianas, al reconocerse para el contratista el derecho de mantener intangible su remuneración cuando por causas no imputables a él se alteren las condiciones financieras del contrato originalmente celebrado.

...

En este orden de ideas, si bien la legislación colombiana trata al fenómeno de incumplimiento contractual como una causal más de rompimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales, que se trata básicamente de la tipificación de una situación alteradora de las proyecciones iniciales del contratista por medio de una actitud negligente y voluntaria de la Administración que desencadena una reacción del ordenamiento jurídico de reproche frente a dicha violación del reglamento contractual, la jurisprudencia administrativa ha reconocido que existe una tajante diferencia entre ambos fenómenos, al afirmar lo siguiente:

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

¹²⁷ 459 ANDRÉ DE LAUBADÉRE. *Traité théorique et pratique des contrats administratif*, t. II. París, 1956. Mise à Jour, 1959. p. 33.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.^{128 463.}

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA

Laudo: marzo 4 de 2013

Sobre este particular, es menester considerar que la responsabilidad en el marco de las actividades de consultoría y, específicamente, por la indebida elaboración de estudios y diseños, le asiste al contratista de la administración, tanto en el evento en que fuere él quien directamente hubiere elaborado los respectivos estudios y diseños del proyecto, como en el caso en que hubiere contratado a un especialista que se encargara de realizar los respectivos análisis con fundamento en los cuales presentaría los correspondientes estudios y diseños de la obra a ejecutar.

Advirtiéndolo, entonces, que es el contratista de la Administración quien responde de manera principal por los perjuicios que se produzcan a raíz de la indebida elaboración de los estudios y diseños que fueron encomendados a un profesional externo a su organización, señala el citado doctrinante [GORDILLO] que en el evento en que efectivamente se demuestre que la ruina total o parcial de la obra ejecutada se debió a errores o defectos en la realización de dichas labores de consultoría, éstas le serán imputables al contratista del Estado. Expresamente, se dice a este respecto que:

En el caso de la consultoría, el art. 7 establece el criterio general para evaluar hasta donde ha de llegar el nexo de causalidad entre un mal consejo y la ejecución de ese mal consejo. Dice dicho artículo que la responsabilidad del consultor 'no se extinguirá con la entrega y aprobación del estudio, proyecto o trabajo encomendado', sino que subsistirá durante los lapsos razonables que se fijen al efecto y, además, en cualquier caso, subsistirá en cuanto 'responsabilidad por ruina parcial o total de la obra o de vicio oculto del proyecto que torne imposible su

^{128 463} Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Exp. 30.571.

*ejecución'. Ello significa, a nuestro juicio, que si por defecto del proyecto (mal estudio de suelos, mal cálculo estructural, defectuoso estudio del impacto ecológico, etc.) se produce la ruina total o parcial de la obra ejecutada en base al proyecto, o se torna material o técnicamente imposible ejecutarla, la responsabilidad del consultor está consagrada legalmente (...)*¹²⁹206. Negrilla y subraya del Tribunal-

En atención a las consideraciones expuestas, teniendo en cuenta que frente al caso concreto fue el consorcio contratista quien se encargó de elaborar los estudios y diseños - no obstante a que ésta no era su obligación contractual-, es claro que al asumir dicha responsabilidad debió garantizar en debida forma la calidad de los estudios y diseños elaborados por el Ing. **COGOLLO AHUMEDO**, profesional que si bien no hacía parte del Consorcio Vial Isla Barú, si fue contratado por éste para que llevara a cabo las labores de consultoría relacionadas con el estudio de suelos de la vía, aspecto que se encuentra plenamente demostrado en el proceso.

...

En este entendimiento, es clara la existencia de una concausa jurídica o de una conexión de imputaciones¹³⁰ 209 que permite atribuir los daños generados a raíz del hundimiento a las dos partes contratantes en proporciones iguales. En este sentido, si bien están demostrados los incumplimientos contractuales de las convocadas, también está probado el indebido comportamiento del contratista, cuya conducta, en los términos del artículo 2357 del Código Civil¹³¹ 210 se convierte en atenuante de la responsabilidad de la Administración. De ahí que pueda concluirse que ambos comportamientos son determinantes en la causación del daño.

¹²⁹ AGUSTÍN GORDILLO, El Precio y la Responsabilidad en el Contrato de Consultoría, en Contratos Administrativos, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1982, pp. 180.

¹³⁰ ²⁰⁹ *"Ahora bien, 'la cooperación jurídica del perjudicado en el nacimiento o en la propagación del daño' (concausa jurídica) denominación en doctrina alemana, debe analizarse, con las debidas cautelas y atendidos varios criterios, como pueden ser, por ejemplo, 'el lesionamiento objetivo de un deber u obligación' o la necesidad de 'responder de un riesgo', presupuestos que han de venir conexiónados 'jurídicamente con los daños'. Sostiene dicha doctrina que pese a que las más de las veces el perjudicado ha podido 'cooperar' en el nacimiento del daño, así sea sólo porque su presencia en determinado lugar ha coincidido con la del causante del mismo, ello no basta para proceder automáticamente a la reducción del resarcimiento, pues en tales eventos, han de considerarse los aspectos mencionados y, en tal sentido, proceder a la denominada 'conexión de imputaciones'".* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2012, Exp. 13.050

¹³¹ ²¹⁰ Art. 2357, Código Civil: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Bajo esta perspectiva, el Tribunal condenará a ambas partes para que en proporciones iguales asuman los daños producidos con ocasión del hundimiento de la vía y la construcción de un terraplén de confinamiento para la corrección del mismo.

CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Laudo: junio 9 de 2014

427. En efecto, si se analiza con cuidado la Ley 80 de 1993, en su texto vigente al momento de la celebración del contrato de interventoría objeto del presente proceso arbitral, se podrá observar que la misma regula separadamente la responsabilidad civil o patrimonial de los contratistas y de los interventores (arts. 52 y 53) y el control fiscal sobre la actividad contractual (art. 65), lo cual revela, por sí mismo, que se trata de dos modalidades de control separadas y, por lo mismo, dos clases de responsabilidad independientes, basadas en fundamentos jurídicos distintos y con consecuencias también diferentes. Es así como, en virtud del control fiscal, se estudia la responsabilidad que pudiera surgir de la gestión fiscal de los funcionarios públicos y de los contratistas, mientras que en el caso de la acción contractual, se estudia el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y la responsabilidad que pueda surgir de dicha situación.

428. En este sentido, el Tribunal destaca que la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró ajustado a la Constitución Política el hecho de que la ley obligara a que en el acta de liquidación se incluyeran los acuerdos logrados y que las partes se declaren a paz y salvo, pues el hecho de que se resuelvan las controversias contractuales con la liquidación del contrato, no elimina el control fiscal, precisamente por obedecer a fundamentos diferentes¹³²425. Así, ratifica la Corte que la responsabilidad contractual opera exclusivamente sobre el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales, mientras que la responsabilidad fiscal se refiere a la evaluación de la conducta del funcionario o del contratista en la administración de recursos públicos¹³³426.

¹³² ⁴²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-623 de 1999 y C-967 de 2012.

¹³³ ⁴²⁶ En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado: *“el juicio de responsabilidad fiscal tiene por objeto determinar si existe o no responsabilidad por parte de las personas cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación, para que en caso afirmativo, es decir si se concluye la responsabilidad del funcionario encargado del recaudo, manejo o inversión de dineros públicos o de la administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa asumieron una conducta contraria a la ley, reintegren al patrimonio público los valores correspondientes a las pérdidas o deterioros producidos por consecuencia suya”* (Corte Constitucional, sentencia T-973 de 1999)

430. De acuerdo con lo anterior, concluye el Tribunal que el objetivo final del control fiscal es “verificar el manejo correcto del patrimonio estatal.”¹³⁴429, de manera que se logre “verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos”¹³⁵430 garantizando el patrimonio económico estatal, con el fin de asegurar “la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho”¹³⁶ 431.

431. En cambio, el juicio de responsabilidad contractual, como ya tuvo ocasión de explicarlo detalladamente el Tribunal antes, tiene como objetivo fundamental analizar la conducta contractual de una de las partes del contrato estatal, esto es, el incumplimiento de las obligaciones contractual y los posibles daños que dicho incumplimiento hubiera podido generar.

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA.

Laudo: marzo 4 de 2013

En este orden de ideas, es claro para el Tribunal que si a la entidad contratante le correspondía la correcta planeación del contrato, y en esa medida, tal como se pactó en el contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 e incluso se consagró en el pliego de condiciones que hace parte integrante del mismo, debía proporcionar unos diseños adecuados a su contratista en la fase inicial de la ejecución de las obras contratadas, no puede ahora aducir como fundamento para no reconocer la prestación contractual de indexación que el contratista no entregó los diseños dentro de las prórrogas estipuladas y que por el contrario se tomó ocho meses más para el efecto, pues por una parte, de haberse entregado correcta y oportunamente los diseños el contratista habría podido ejecutar su obligación de revisión y cumplir una de elaboración de los mismos, y por otra, porque a nadie le está permitido alegar su propia culpa en su favor.

En efecto, se pone de presente que la figura jurídica denominada por la doctrina *venire contra factum proprium*, creada con fundamento en algunos textos romanos y en la

¹³⁴ 429 Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009.

¹³⁵ 430 Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002.

¹³⁶ 431 Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

elaboración posterior llevada a cabo sobre ellos, consiste en que nadie puede venir contra sus propios actos, lo que significa que el ejercicio de un derecho o una facultad es inadmisibile cuando con el mismo la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior, proscribiéndose dicho comportamiento ¹³⁷239; a lo que debe adicionarse que tal proceder contraría el principio de la *confianza legítima*, inherente al principio de la buena fe como aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica y que expresa la confianza o la esperanza en una actuación correcta del otro, implicando un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales. ¹³⁸ 240

...

Por su parte, en sede arbitral se ha reafirmado lo anterior, en los siguientes términos:

De acuerdo con los documentos en mención y las conclusiones de los peritos, resulta evidente que las partes determinaron responsabilidades específicas respecto de un número determinado de sitios críticos o inestables dentro del proyecto vial concesionado, las cuales no pueden ser obviadas por ellas en el presente trámite arbitral, dada la presunción de legalidad que irradian los documentos contractuales en mención y la aplicabilidad de la teoría de los actos propios, referida anteriormente en la presente providencia, según la cual nadie puede venir contra sus propias actuaciones en el marco de una relación jurídica contractual y contra el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. En este sentido, en virtud del principio de la autorresponsabilidad, no le es dable a las partes obviar el cumplimiento de las obligaciones y de las consecuencias jurídicas derivadas de sus propios actos, sean tales consecuencias favorables o desfavorables, ya que sus actuaciones estuvieron enmarcadas dentro de la autonomía de la voluntad y porque, en este caso particular, debían conocer de antemano la existencia de efectos jurídicos concretos de carácter vinculante, muchos más tratándose de la suscripción de actos de cumplimiento de obligaciones contractuales principales y contratos estatales de adición. En este sentido, en virtud del principio de la autorresponsabilidad, no le es dable a las partes obviar el cumplimiento de las obligaciones y de las consecuencias jurídicas derivadas de sus propios actos, sean tales consecuencias favorables o desfavorables, ya que sus actuaciones estuvieron enmarcadas dentro de la autonomía de la voluntad y porque, en este caso particular, debían conocer de antemano la existencia de efectos jurídicos concretos de carácter vinculante, muchos más

¹³⁷ ²³⁹ Ver al respecto LUÍS DIEZ PICAZO, La doctrina de los propios actos. Barcelona, 1961.

¹³⁸ ²⁴⁰ Ver al respecto LUÍS DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción Teoría del Contrato. Tomo I. Editorial Civitas: Madrid, 1996. Quinta Edición. Pág. 51.

tratándose de la suscripción de actos de cumplimiento de obligaciones contractuales principales y contratos estatales de adición”¹³⁹242.

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL SA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

De esta manera, la excepción presentada por el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** en el sentido de que se produjo un incumplimiento de la sociedad **AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A.** que impide que se declare su responsabilidad contractual constituye, en sentido técnico y a la luz del artículo 1609 del Código Civil, una excepción de contrato no cumplido.

80. En efecto, el artículo 1609 del Código Civil señala que *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*. La norma citada consagra la figura que la jurisprudencia y doctrina han denominado excepción de contrato de no cumplido.

En virtud de lo dispuesto en la citada norma, aplicable a la contratación estatal de conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a pesar de que objetivamente una parte haya dejado de cumplir con una obligación contractual a su cargo, no se considerará en cumplimiento si la otra parte del contrato no ha dado cumplimiento a sus propias obligaciones contractuales.

En materia de contratos estatales, a pesar de una cierta reticencia de la doctrina administrativista a aplicar la mencionada figura en los contratos de la administración pública, la jurisprudencia del Consejo de Estado desde hace tiempo ha considerado que la excepción de contrato no cumplido sí resulta aplicable a la contratación estatal, pero bajo unos supuestos y exigencias especiales, los cuales tienen relación directa con la finalidad de los contratos estatales que consagra el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

¹³⁹ ²⁴² Tribunal de Arbitramento Departamento de Cundinamarca contra Consorcio Concesionaria Desarrollo Vial de la Sabana DEVISAB, Laudo de 21 de septiembre de 2009.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado que para la aplicación de la mencionada excepción de contrato no cumplido en la contratación estatal, *“no basta con que se registre un incumplimiento cualquiera de parte de la administración para que su contratista se encuentre excusado de cumplir con sus deberes jurídicos; debe tratarse de inobservancia de tal importancia de sus buena fe o el de justicia, que impiden entender que el contratista, a toda costa, debe, a pesar de tal modo de proceder de la Administración, honrar sus propios compromisos contractuales”*¹⁴⁰50.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado como requisitos generales para la invocación de la excepción de contrato no cumplido, los siguientes:

Esta Corporación ha aceptado entonces la aplicación de la excepción de contrato no cumplido siempre condicionada a los siguientes supuestos:

- i) La existencia de un contrato fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas...*
- ii) La no ejecución de prestaciones a cargo cada una de las partes contratantes...*
- iii) Un incumplimiento de la Administración grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista...*

La Sala precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (art. 83 Constitución Política).

*En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desdibuja el incumplimiento del contratista, pues conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., él no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando la entidad contratante incumplió las propias. Así, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para el juez o árbitro de declarar el incumplimiento del contratista*¹⁴¹51.

...

¹⁴⁰ 50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 22.714.

¹⁴¹ 51 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de Diciembre de 2008, expediente 35.843.

En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que la demora del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** y del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** para obtener el concepto vinculante del Ministro de Transporte no solo constituye un incumplimiento contractual, sino que generó como consecuencia la imposibilidad para la sociedad concesionaria de lograr el cierre financiero y, al mismo tiempo, hizo que el plazo de la etapa de preconstrucción se extendiera por un periodo adicional al que las partes inicialmente habían previsto. Pero, además, para el Tribunal es también claro el incumplimiento contractual de los **DEPARTAMENTOS** porque a pesar de haberse obtenido el concepto vinculante por parte del Ministro de Transporte, lo cierto es que jamás se expidió el acto Administrativo mediante el cual se determinarían los precios de los peajes.

Ahora bien, destaca el Tribunal que está probada la voluntad de la sociedad concesionaria **AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A.** de cumplir con las obligaciones contractuales a su cargo, pues no obstante este incumplimiento de parte del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** y del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER**, está probado que se logró el cierre financiero, es decir, que la sociedad concesionaria hizo las gestiones necesarias para lograr finalmente el cierre financiero con base simplemente en el concepto vinculante del Ministro de Transporte, lo cual es prueba fehaciente de su voluntad de cumplimiento del contrato.

...

Es decir, que para el Tribunal los incumplimientos contractuales también tuvieron como consecuencia la imposibilidad de suscribir el acta de inicio de la etapa de construcción y rehabilitación, así como la terminación anticipada del contrato de concesión.

...

Frente a esa perspectiva del problema, para el Tribunal es claro que el simple hecho de que la terminación anticipada del contrato de concesión se hubiera producido por el acuerdo mutuo entre las partes del mismo (mutuo disenso expreso o resiliación bilateral), no excluye la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios derivados precisamente de la extinción anticipada del vínculo negocial, especialmente cuando se trata de incumplimientos imputables a la parte concedente.

La anterior conclusión se deriva de que el concesionario siempre tiene la posibilidad alternativa de o bien acudir al juez del contrato y solicitar la resolución del contrato por el incumplimiento de la administración, con la correspondiente indemnización de perjuicios (Código Civil, artículo 1546 y Código de Comercio, artículo 870); o bien terminarlo de común acuerdo con la posibilidad de acudir al juez del contrato a solicitar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. En cambio, la entidad concedente, siempre que encuentre que existan incumplimientos del concesionario, podrá acudir a sus poderes de control y vigilancia en la ejecución del contrato, sea para reajustar la conducta desviada del concesionario, para dar por

terminada de manera unilateral la relación comercial o para lograr el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento del concesionario.

...

95. Frente a ese régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, debe hacerse notar que el mismo artículo 1616 del Código Civil señala en su inciso final que *“las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”*, lo cual se traduce en que el régimen legal de responsabilidad contractual no es de orden público, sino que se trata de reglas que tienen un carácter apenas supletivo. De la igual manera, el artículo 1604 del mismo Código Civil señala *“todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”*, ratificando el carácter meramente dispositivo del régimen legal de responsabilidad contractual ¹⁴²59.

En consecuencia, es perfectamente válido que las partes incluyan cláusulas de limitación, extensión y, en general, regulación de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato (...).

...

De acuerdo con lo anterior, a la luz del inciso final del artículo 1604 y del inciso final del artículo 1616 del Código Civil, es claro que en el derecho colombiano son válidas las cláusulas que modifican el régimen legal de responsabilidad contractual. Dentro de estas cláusulas se incluyen, entre otras, las que hacen más exigente la responsabilidad, así como las que la atenúan y las que la excluyen. De esa manera, es perfectamente válido que las partes señalen un valor fijo de indemnización ante la ocurrencia de un evento de incumplimiento del contrato o un valor específico de compensación por la terminación anticipada del mismo contrato.

Es decir, que en principio el deudor contractual debe indemnizar la totalidad de los perjuicios que se deriven de su incumplimiento, de la lesión al derecho de crédito del acreedor, en desarrollo del principio de reparación integral del daño. Sin embargo, también es válido que las partes de un contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan acoger un régimen específico de responsabilidad contractual, ya sea eliminando la responsabilidad, limitándola o haciéndola más gravosa. Dentro de estas cláusulas se encuentra también las llamadas cláusulas penales e, incluso, aquellas que fijan el valor de los intereses compensatorios o moratorios ¹⁴³61.

¹⁴² 59 ÁLVARO PERÉZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1957, p. 41: *“...la responsabilidad contractual, a diferencia de la delictual, no es de orden público, siendo éste una de las diferencias salientes entre ambos órdenes de responsabilidad”*.

¹⁴³ 61 Sobre las diversas modalidades de cláusulas relativas a la responsabilidad contractual, cfr. FRANCOIS pág. TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1993, n° 590 y ss.

...

En resumen, de conformidad con los artículos 1604 y 1616 del Código Civil, es perfectamente lícito pactar un régimen de responsabilidad contractual particular para el contrato y diferente al de la ley, siempre que dicha renuncia sea conscientemente aceptada por el acreedor. Sin embargo, este régimen será nulo o inaplicable cuando la lesión al derecho de crédito provenga del incumplimiento doloso del deudor, así como cuando desconozca una norma imperativa o estén prohibidas en la ley.

96. Ahora bien, la aplicación del anterior esquema es absolutamente claro en el derecho privado. Sin embargo, aparece la inquietud sobre la validez de estas cláusulas en la contratación estatal, concretamente en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Al respecto, el Tribunal considera que a la luz de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y con amparo en la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad a la contratación estatal, así como de las normas del Código Civil analizadas, son válidas las cláusulas de modificación del régimen legal de responsabilidad, por supuesto con algunos límites que se desprenden del mismo Estatuto. En efecto, uno de los principios sobre los cuales descansa el Estatuto es precisamente el de la autonomía de la voluntad (...).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública garantiza la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en diversos asuntos. Así, en primer lugar, en virtud de ese postulado, las partes pueden pactar toda clase de contratos, los mencionados en el mismo Estatuto, los propios del derecho privado y aún los contratos atípicos e innominados (artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Igualmente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, en su expresión de libertad en la determinación del contenido del contrato, en los contratos estatales las partes pueden señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que *“de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*. Igualmente, en los contratos estatales *“podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”* (artículo 40 de la Ley 80 de 1993)

**CONVOCANTE: RAHS INGENIERÍA S.A. y CIPRECON S.A. Miembros del CONSORCIO
PROTECCIÓN GASODUCTO
CONVOCADO: PROMIGAS S.A E.S.P.**

ÁRBITROS: ERNESTO RENGIFO GARCÍA, ALBERTO MONTAÑA PLATA, JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA

Laudo: agosto 6 de 2014

...

Como bien es sabido, en materia civil la culpa grave se asimila al dolo, entendiéndose por tal la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro¹⁴⁴ 66.

Las voces utilizadas por la ley para definir el dolo, concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia¹⁴⁵ 67.

...

Se ha dejado ya en claro que el Consorcio, efectivamente y como quedó acreditado en el proceso, incumplió con sus obligaciones plasmadas en la oferta mercantil CPG 13072011 y el acuerdo modificatorio perfeccionado con la comunicación del 22 de marzo de 2012. Pero dicho incumplimiento, como igualmente quedó establecido *supra*, no contempló, en cabeza del Consorcio, al propósito deliberado y consciente de no cumplir, ni tampoco develó el demandante en reconvención, ni arrimó al proceso, prueba alguna determinante de la existencia de dicho propósito, lo que en últimas se traduce en que no puede válidamente el Tribunal calificar el comportamiento del demandado en reconvención como revestido de dolo contractual.

La legislación civil, determina que el dolo no se presume sino en los casos expresamente previstos en la ley¹⁴⁶ 69, y dado el severo efecto que se prevé en materia de responsabilidad para el deudor que en él incurre (es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento)¹⁴⁷ 70, la calidad probatoria desplegada por el

¹⁴⁴ 66 Artículo 63 del Código Civil.

¹⁴⁵ 67 Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Tomo. LXVI, p.356

¹⁴⁶ 69 ARTICULO 1516. Presunción de dolo. *El dolo no se presume (sino en los casos especialmente previstos por la ley.) En los demás debe probarse.*

¹⁴⁷ 70 ARTICULO 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. *(Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento:*

acreedor, que precisamente persigue este efecto, debe ser completa, sin ambages¹⁴⁸71, sin que al juzgador le quede duda alguna acerca del deliberado propósito del deudor en no cumplir, así no tenga necesariamente la intención de causar daño.

EL DAÑO

CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS.

Laudo: junio 9 de 2014

269. Así las cosas, puede este Tribunal entonces afirmar de los apartes transcritos de la doctrina en referencia que, las características del daño deben ser: (i) que sea cierto, (ii) que sea personal, es decir, que haya sido sufrido por la persona que reclama su indemnización y, (iii) que existe un nexo causal entre el daño y perjuicio, es decir, que el daño deberá ser directo, para efectos de imputar responsabilidad civil contractual a quien en su actuar causó un perjuicio.

271. El daño reparable debe ser cierto. Establece Javier Tamayo Jaramillo, en la mencionada obra *“Tratado de Responsabilidad Civil”*¹⁴⁹ 383 que el daño indemnizable debe ser cierto, y en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva.

275. El perjuicio debe ser personal. Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia Colombianas se refieren a que el perjuicio debe ser personal para que haya lugar a indemnización. Sin embargo, una acción dañina que en principio solo lesiona en forma inmediata un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima directa, puede afectar otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, ya sea de la víctima o de terceras

¹⁴⁸ 71 Artículo 167 del CGP. Carga de la prueba, Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

¹⁴⁹ 383 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007-Página 356

personas, lo que no impide que desde el punto de vista de la causalidad, todos ellos se consideren como perjuicios directos y personales ¹⁵⁰ 384.

317. Del análisis del contenido del dictamen pericial rendido por Integra que se acaba de transcribir, puede concluir este Tribunal que las erogaciones o costos asumidos para recuperar, construir, transportar e instalar el emisario submarino, ascienden a la suma de cincuenta mil doscientos noventa y tres millones ochocientos setenta y seis mil quinientos ochenta y tres pesos (\$50.293.876.583.00), valor éste que no hubiera tenido que pagarse si no se hubiera producido el hundimiento del emisario submarino con todas sus secuelas.

CONVOCANTE: CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARQ, JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GEHEM

CONVOCADO: FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA

ÁRBITROS: MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VÁSQUEZ, VIRGILIO J. ESCAMILLA ARRIETA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI

Laudo: febrero 18 de 2016

En relación al daño moral pretendido por los convocantes, en la suma de CIEN MILONES DE PESOS (\$100.000.000,00),(sic) es pertinente reseñar la evolución de la jurisprudencia por daños inmateriales derivados de la actividad contractual:

"En materia de perjuicios morales en la actividad contractual no siempre la jurisprudencia ha sido la de aceptarlo; tesis actual. En un principio esta Corporación negó la procedencia de la indemnización de perjuicios morales reclamados con fundamento en la actividad contractual de la Administración. La denegatoria se fundamentó en que los daños morales sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto; situación que no se daba en las relaciones contractuales, porque, afirmó en esa época la Sala, los daños morales en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que, daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio. Sin embargo (sic) en importantes providencias posteriores rectificó tal posición y dispuso la condena al pago de perjuicios morales, causados con ocasión de la celebración o ejecución de contratos celebrados con la Administración. Se observa como en la actualidad la tesis jurisprudencial de aceptación de la procedencia de indemnización de perjuicios morales con fundamento en la actividad contractual tiene su

¹⁵⁰ 384 Página 425

raíz jurídica en que el legislador garantiza la indemnidad de todo perjuicio sin diferenciar sus clases, con las características anotadas, y siempre y cuando se demuestren los hechos en que se sustenta. Así las cosas, los perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento (...)" **CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA-Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ** –Bogotá D.C, ocho (08) de febrero de dos mil uno (2001)-Radicación número: **20001-23-31-000- 1995-2313-01(12848)**

NULIDAD DEL CONTRATO

EFFECTOS DE LA NULIDAD

CONVOCANTE: DOLMEN S.A E.S.P.

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JUAN ACOSTA-ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ALEKSEY HERRERA ROBLES, ALBERTO MONTAÑA PLATA y JUAN CARLOS

EXPÓSITO VÉLEZ

Laudo: abril 21 de 2015

(...)

En este punto, es evidente entonces, que las causales 1,2 y 4 del artículo 44 del Estatuto de Contratación Estatal, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, permite también a la administración pública, hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales. Ambas figuras, sin embargo, están dotadas de consecuencias completamente distintas.

Al respecto, el Tribunal destaca que la jurisprudencia, tanto contenciosa administrativa como constitucional, ha señalado de manera reiterada que la potestad administrativa de terminación unilateral del contrato, cuando se configura una causal de nulidad absoluta prevista en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, tiene un régimen jurídico y unas consecuencias diferentes a la declaración judicial de nulidad del contrato.

...

El efecto concreto de las anteriores posiciones jurisprudenciales, a la luz de lo que interesa en el caso concreto, se encuentra en que no se puede pretender aplicar las reglas de la responsabilidad generada por la terminación unilateral del contrato a las indemnizaciones o reparaciones derivadas de la nulidad judicial, cuando concurre una causal de nulidad; pues lo cierto, es que la entidad estatal, en ningún momento, declara inválido el contrato, sino que se limita a impedir que continúe su ejecución, y, por el contrario, el juez del contrato si declara la ilegalidad de este, con el fin de evitar que siga produciendo efectos.

En consecuencia, en el caso concreto tienen plena aplicación los artículos 1756 del Código Civil y 48 de la Ley 80 de 1993, pues ambas disposiciones se refieren a los efectos de la declaración judicial de nulidad absoluta del contrato. En ese sentido, recogiendo lo expresado por la jurisprudencia trascrita, este Tribunal destaca que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato tiene como consecuencia retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si este en realidad nunca hubiere existido, es decir, que está llamada a generar efectos " ex tunc" o retroactivos.

Lo anterior, de manera alguna implica que los gastos en que incurrió el contratista y los valores recibidos con ocasión del contrato se encuentren desamparados, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 "*...la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria...*", e inclusive, "*... habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido...*"

...

En el ordenamiento jurídico colombiano las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad, por su efecto retroactivo, generan para cada una de las partes la obligación de devolver a la otra lo recibido en virtud del negocio que ha sido invalidado. Sin embargo, tal como se analizó en acápite anterior, existen varias excepciones y entre ellas, la contenida en el artículo 48 de la ley 80 de 1993 para los contratos estatales, en lo relacionado con " las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria" de nulidad.

Por otra parte y en lo relacionado con otros aspectos propios de la restitución como el de los frutos, mejoras e intereses, al no existir disposición especial en el Estatuto de Contratación Estatal, por mandato del artículo 13 del propio estatuto, resulta aplicable lo previsto en el inciso 2° del artículo 1746 del Código Civil conforme a lo cual, cada uno responde por estos, teniendo en cuenta de todas maneras, la actuación de buena o mala fe de las partes.

Respecto de las prestaciones ejecutadas, su reconocimiento se encuentra sujeto a los siguientes requisitos:

- a. Debe tratarse de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución o prestación se prolonga en el tiempo o se ejecuta en diversos momentos o etapas, como efectivamente ocurre en el caso de los contratos de concesión;
- b. Debe probarse las prestaciones ejecutadas las cuales debieron haber generado un beneficio a la entidad contratante. En virtud de lo anterior, tales prestaciones están referidas únicamente a los costos directos es decir, aquellos que han sido probados y que están relacionados de manera inmediata y directa, con el cumplimiento del objeto contractual. Contrario sensu, gastos precontractuales, de administración e imprevistos no están incluidos en tal concepto.
- c. Dichas prestaciones ejecutadas por el contratista debieron haber servido para satisfacer un interés público el cual en este caso resulta evidente si tenemos en cuenta que el objeto del contrato consiste precisamente en la prestación del servicio de alumbrado público y que las prestaciones ejecutadas estuvieron referidas a garantizar su cumplimiento.
- d. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia, *“Ha sido doctrina constante de la Corte la de que decreta judicialmente una reivindicación, las prestaciones recíprocas se producen de jure, lo que significa que no es preciso que hayan sido pedidas en la demanda o en su respuesta...”*¹⁵¹ 33

...

Más recientemente sostuvo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que la declaración judicial de nulidad, sea oficiosa o a petición de parte, impide el pronunciamiento sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato, así como una de resolución del contrato que es consecuencia, en los siguientes términos:

*“Ahora, sea que el pronunciamiento de la nulidad absoluta haya sido oficioso o como consecuencia de una pretensión, como la propuesta en el caso en la demanda de reconvención, lo claro es que tal decisión comporta la exclusión de la pretensión de resolución del mismo negocio jurídico y de sus pretensiones eventuales, porque nunca un incumplimiento o ejecución de un contrato y sus consecuencias, puede edificarse en un acto jurídico que no existe o que es nulo absolutamente”.*¹⁵² 38

¹⁵¹ 33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 26 de febrero de 2014. Expediente 00342.

¹⁵² 38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de agosto de 2003, expediente C-7.010.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa ha señalado que cuando se declara la nulidad absoluta del contrato estatal, no puede el juez proceder a pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato, pues la invalidez del mismo se lo impide, así:

*El pronunciamiento sobre el cumplimiento o el incumplimiento, condenas o restituciones consecuenciales, entre otras declaraciones, parte del presupuesto de validez del contrato estatal por ausencia de causales de nulidad absoluta consagradas en favor del interés colectivo, por lo que es evidente que en el caso de que el juez arbitral encuentre hechos probados dentro del proceso de que se trate que afecten la regularidad del negocio jurídico del cual las partes pretendan derivar derechos y obligaciones - como sería precisamente el hecho exceptivo de la nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitas-, está en la obligación de declarar oficiosamente esta sanción legal".*¹⁵³ 39

...

Frente a la anterior conclusión, el Tribunal debe precisar que, en todo caso y como lo ha dicho el Consejo de Estado, "como consecuencia de la declaratoria de nulidad de 'un contrato, no procede una indemnización de perjuicios como tal"¹⁵⁴ 46, de manera que en el reconocimiento de las prestaciones debidamente ejecutadas que se hará en esta providencia, no podrán incluirse valores como intereses moratorios u otra clase de factor que implique la indemnización de perjuicios, sin que ello impida el reconocimiento de la actualización de precios, pues dicho factor no implica una indemnización.

NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO POR DOLO

CONVOCANTE: BANCO DE LA REPÚBLICA

CONVOCADO: OBRAS Y MONTAJES S.A.S

ÁRBITROS: NICOLÁS GAMBOA MORALES, MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, JORGE SUESCÚN MELO

Laudo: noviembre 30 de 2007

128. Así las cosas, O & M solicita la declaración de la nulidad relativa del Contrato por dolo determinante, generado por maquinaciones engañosas y reticencia del Banco que produjeron en la Convocada un error excusable e insuperable, que la llevó a

¹⁵³ 39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31.354.

¹⁵⁴ 46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de octubre de 2012, expediente 23.192.

ofertar por una obra mucho menos compleja y costosa que la que luego se encontró en la realidad.

Tal solicitud de declaración está acompañada, además, por la petición de condena al pago de la indemnización de los perjuicios directos, tanto previsibles como imprevisibles, que se le hayan irrogado, según lo prescribe el artículo 1616 del C.C.¹⁵⁵80

131. La anulación de un contrato sólo procede por las causas precisas establecidas en la ley, cuya demostración es una carga que le incumbe a quien reclama tal consecuencia jurídica, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado advierte:

“[N]i siquiera toda irregularidad que ocurra en las etapas de selección y perfeccionamiento del contrato producen, irremediamente, su nulidad. Sólo producen esa consecuencia los defectos que se enmarquen, con precisión, en las causales legales o constitucionales.”¹⁵⁶81

132. Las normas del Código Civil que regulan la nulidad relativa del contrato por *dolo*, además del artículo 63 que lo define como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”, son las siguientes:
- a. El artículo 1740, conforme con el cual, “*es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*”
 - b. El artículo 1741, que distingue entre nulidad absoluta y relativa y califica en el segundo orden aquellas que se refieren a “*la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.*”
 - c. El artículo 1502, que establece como requisito de validez de los actos jurídicos la expresión del consentimiento *libre de vicios*.
 - d. El artículo 1508 que establece que los vicios del consentimiento son el error la fuerza y el dolo.

¹⁵⁵ 80 “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

¹⁵⁶ 81 Consejo de Estado – Sentencia del 13 de abril de 2015 – Radicación No.:08001-23-31-000-2001-01156-01 (30.685).

e. Y los artículos 1515 y 1516 que disponen, respectivamente:

“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.”

“El dolo no se presume sino en los casos especialmente pre-visto por la ley. En los demás debe probarse.”

133. A su turno, las orientaciones jurisprudenciales que esclarecen la noción de dolo como causal de nulidad de los contratos (*dolo dirimente*), son del siguiente tenor:

“El dolo es la maquinación fraudulenta o engañosa que despliega una persona con el fin de obtener el consentimiento de otra u otras para celebrar un determinado negocio jurídico.

Ahora bien, para que el dolo se constituya en un vicio que afecte el consentimiento, amén de estar probado, debe ser de-terminante para la celebración del acto o negocio jurídico, es decir debe constituirse en el móvil que indujo a la persona a contratar.”¹⁵⁷ 82

134. A juicio del Tribunal, la Convocante no cumplió con la carga de acreditar que el Banco incurrió en maniobras dirigidas a engañarla acerca de la naturaleza de la labor materia del Contrato, que le permita decretar su anulación con base en la normativa anteriormente citada.

CONFIANZA LEGÍTIMA

CONVOCANTE: SISTEMA OPERATIVOS MÓVILES SA-SOMOS K S.A.

CONVOCADO: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A

ÁRBITROS: JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, DAVID LUNA BISBAL, ADRIANA POLANIA POLANIA

Laudo: septiembre 15 de 2016

83. Por tanto, la interpretación tardía y en clara contravía a su conducta anterior, reiterada y prolongada en el tiempo, desde septiembre 20 de 2012, fecha en que

¹⁵⁷ 82 Consejo de Estado-Sentencia del 26 de noviembre de 2015-Radicación No.52.423

se solicitó la vinculación de los articulados K-159 y K-160 (ver folio 495 y 496, cuaderno de pruebas Nro. 01), determinada que tal conducta generó una **legítima confianza en Somos K**, en relación a que la flota de reserva, efectivamente, no requería cumplir con la reposición, tal como lo considera la jurisprudencia:

“La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro.

Se protege, la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas”. (F. Castillo Blanco, La protección de confianza en el derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.108; Eduardo García De Enterría, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo, Civitas, Madrid, 2003, págs. 33 y ss).

84. Considera el tribunal en consecuencia que se cumplen los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para configurar la legítima confianza¹⁵⁸31 así:

¹⁵⁸ 31 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp: 22 637, actor: TV 13 Ltda. y otros, C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

“Según la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se origina las siguientes condiciones³¹:

10.2.15.1. **Primero.** *La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos.* Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al árbitro de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de lo cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados.

10.2.15.2. **Segundo.** *La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza.* Se configura cuando existe un proceder continuo,

85. En efecto, primero *se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que general estados de confianza en los sujetos*, en el momento en que TRANSMILENIO, efectivamente consideró que los articulados K-159 y K-160, no requerían acreditar el cumplimiento del requisito previo de la reposición como anteriormente lo había manifestado la subgerente jurídica de la misma entidad, al momento de expedir el certificado de vinculación.

86. El segundo supuesto, *o sea la conducta uniforme e inalterada de la administración* articulado como ya está dicho se da cuenta mediante carta del 03 de diciembre de 2013, Somos K solicitó a Transmilenio la vinculación de este articulado, como flota de reserva, y que el subgerente de servicios técnicos de Transmilenio respondió, sin solicitar la reposición previa de vehículos, tal como se había realizado el trámite de los articulados K-159 y K-160 hecho que probablemente fundó en la parte actora el estado de confianza.

87. Finalmente, *el impacto del aspecto patrimonial del defraudado*, en el evento de no cumplirse, se refleja claramente en las manifestaciones de Transmilenio sobre el incumplimiento contractual, la inmovilización del vehículo y su desvinculación del Sistema, manifestaciones que claramente tienen un efecto patrimonial.

88. En resumidas, se en apoyo en el artículo 1618 de Código Civil sobre interpretación de los contratos, o en apoyo en la teoría de la buena fe que dimana del artículo 871 del Código Civil, especialmente en su modalidad conocida como los actos propios, se tiene que de conformidad con el contrato de concesión 017 de 2003, Somos K no tiene la

ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza, en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serio previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo.

10.2.15.3. **Tercero.** *El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.* Una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado asumió determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

10.2.15.4. **Cuarto.** *La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados.* Debe haber un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal que vulnera de manera cierta y razonable las expectativas legítimas frente a la ley de consolidación el derecho en vía de serlo y estados de confianza de los asociados nacidos en virtud de la confianza generada y tolerada por el Estado.

10.2.15.5. **Quinto.** *La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación.* El Estado debe haber omitido cuatro deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: El Estado debe haber omitido deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: i) *fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adecuarse y adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas; ii) crear mecanismos idóneos para que los afectados puedan acoplarse a las nuevas medidas y iii) adoptar mecanismos de compensación.*

obligación de proceder a la chatarrización de los vehículos que conforman la flota de reserva.

BUENA FE CONTRACTUAL

CONVOCANTE: FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO Y JUAN PABLO PORTILLA FANDIÑO

CONVOCADO: MUNICIPIO DE SILVANIA CUNDINAMARCA

ÁRBITROS: ÁLVARO CUBIDES CAMACHO, EURÍPEDES DE JESÚS CUEVAS C, JESÚS

CARRILLO BALLESTEROS.

Laudo: diciembre 7 de 2017

El Tribunal considera importante pronunciarse sobre la conducta de ambas partes en el desenvolvimiento de la relación contractual, que a la postre terminó con la terminación abrupta del contrato celebrado entre ellas.

Afirma la Corte Suprema de Justicia ¹⁵⁹3 sobre la buena fe contractual y la autonomía de la voluntad *“(…) consistiendo el negocio jurídico y, más concretamente el contrato, en un acuerdo dispositivo de intereses, es elemental la “regulae”, “principiee” o “principia” de su utilidad y eficacia, en tanto sus autores lo celebran para el desarrollo de concreta función práctica o económica social y bajo el entendimiento recíproco de su utilidad y eficacia. Con esta inteligencia, el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (Utile per inutile non viatiatur), tanto cuanto más por la relevancia abstracta del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de **legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el iter negotti la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (ignoranti legis non excusat), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto.***

*En singular, el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, **asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia.***

¹⁵⁹ 3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL. M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Ref.: 2001-06915-01, 7 de febrero de 2008.

Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente **por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento.** Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.

Los principios generales del derecho, estándares inspiradores e informadores de todo el ordenamiento jurídico, son reglas hermenéuticas del contrato (G. ALPA., *principi generali*, en *Tratatto di diritto privato a cura di G. Iudica e Paolo Zatti*, Milano, 1993, pp. 15 y ss.; L. BIGLIAZZI, GERI, *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1991, ps. 1 y ss.; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989, pp 1 y ss.). Así la Constitución Política de 1991, previa indicación "De los principios fundamentales" (Título I), al tratar "De la rama judicial", remite a los "principios generales del derecho" dentro de "los criterios auxiliares de la actividad judicial". En especial, la buena fe impone una cláusula general de corrección proyectada en un deber de conducta ética y jurídica de singular connotación en todas las fases de la relación obligatoria, la responsabilidad y el negocio jurídico (artículos 863 y 871 del C. de Co. y 1.603 del C. C.), apreciable en la interpretación en su perspectiva objetiva, esto es, en cuanto regla directiva del comportamiento recto, probo, transparente, **honorable "en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)**, (cas. civ. abril 19/1999, exp. 4929, febrero 2/2001, exp. 5670 y agosto 2/2001)." (Negrilla fuera de texto)

De la jurisprudencia transcrita se pueden extraer las cargas de la autonomía de la voluntad a saber: legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial.

Observa el Tribunal que ambas partes faltaron a las cargas que supone la autonomía de la voluntad en la medida que el Municipio como autoridad pública y conociendo la calidad en la que actuaba (administrador de los bienes secuestrados y embargados) y la existencia del proceso de jurisdicción coactiva decidió celebrar un contrato de arrendamiento por siete años.

Por su parte los ARRENDATARIOS en su calidad de comerciantes del ramo y por lo tanto profesionales a sabiendas de la deuda del Señor Andrés Pulido (como quedó demostrado) aceptó (sic) el contrato bajo esas condiciones.

Quisiera el Tribunal resaltar el principio de la buena fe y de la cooperación negocial conductas contractuales que deben ser observadas antes, en y después del contrato, los cuales no fueron observados por las partes.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

CONVOCANTE: CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARQ, JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GECHEM

CONVOCADO: FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA.

ÁRBITROS: MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VÁSQUEZ, VIRGILIO J. ESCAMILLA ARRIETA, CARLOS E. PAREJA EMILIANI.

Laudó: febrero 18 de 2016

Igualmente, se plantea por el actor en el hecho 5 de la demanda, que, considerando su petición para este restablecimiento del equilibrio del contrato, y ante la ausencia de respuesta oportuna por parte de CORVIVIENDA, se configuró un silencio administrativo positivo protocolizado en la escritura No. 3249 de fecha 4 de septiembre del 2009, otorgada y autorizada en la Notaria 3 de Cartagena "*acumulando /as pretensiones, que asciende a \$1.588.203.486.71.*"

(...) En consecuencia, como supuestos de hecho del silencio positivo contractual se tienen los siguientes, que: El contratista presente una solicitud ajustada a derecho; la solicitud se presente en el curso de la ejecución del contrato y, la entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación. Sobre lo anterior esta Corporación se ha pronunciado, en diversas oportunidades; así: "la Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. **En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la**

administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio."(...) (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01 (20912)

Igualmente, la corporación **recordó que la omisión de la administración de responder las reclamaciones económicas presentadas por los contratistas no constituye título ejecutivo;** al respecto, en providencia del 27 de enero de 2000. se indicó:

"La no respuesta administrativa no crea ni establece una obligación clara. expresa y exigible. Y no puede hacerlo, como ya se precisó, porque el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre -verdaderamente- con los requisitos descritos, solo autoriza. habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional **está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario**".

Así mismo, las reclamaciones deben contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista, pues **el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes**, indicó. (C.P. Carlos Alberto Zambrano - Consejo de Estado Sección Tercera, Auto 85001233100020140007401 (51635), 8/26/2015) (Tomado de ámbito jurídico- Sept. 18/15 -ww.ambitojuridico.com)

...

Por consiguiente, si bien puede establecerse que entre las obligaciones de CORVIVIENDA, estaba la de entregar el predio y se generó una demora comprendida entre la fecha de celebración del contrato noviembre de 2005 y la fecha de disposición del inmueble para el inicio de la ejecución de las obras en marzo de 2007, y para que los convocantes asumieran sus obligaciones, no puede el Tribunal reconocer la cantidad que se presenta como de exigibilidad clara, líquida y expresa, en el procedimiento para el indicado silencio administrativo positivo, dado que, en el ámbito estricto de la liquidación, tendría ésta que estar soportada de acuerdo con los documentos que demuestren efectivamente las cantidades concretas que adeudadas por la entidad estatal tuvieron efectiva incidencia en la ruptura de la ecuación económica del contrato, causa de esta pretensión liquidatoria, especialmente en el contenido de la prueba pericial con la rigurosa sustentación contable requerida por el Tribunal al decretar oficiosamente la práctica de la experticia en esta especialidad.

...

No obstante, no es suficiente el silencio administrativo para incluir en la liquidación la indicada suma y sus conceptos, como adeudada a los convocantes y a cargo de la demandada, considerando, especialmente, que no existen en los diferentes dictámenes aportados pruebas contables en las cuales se discriminen estas erogaciones aumentadas en mayores costos, como efectivamente ejecutados, asumidos y cancelados por la demandante quebrando la ecuación financiera de los contratos.

FUERZA MAYOR

CONVOCANTE: FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A FENOCO SA

CONVOCADO: CNR TRANSPORT S.A.S

**ÁRBITROS: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, JOSÉ EDUARDO BONIVENTO
FERNÁNDEZ, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA**

Laudo: septiembre 20 de 2016

Llegado a este punto el análisis, a la luz de los hechos establecidos en el proceso y que se dejan reseñados, conviene hacer memoria a continuación de las reglas de conformidad con las cuales se configura la noción jurídica de la fuerza mayor, advirtiendo que sobre el particular dijo la Corte Suprema de Justicia (Cas.Civ.Sent. 26 de julio de 2005. Exp: 050013103011-1998 6569-02), reiterando orientaciones de jurisprudencia civil bien conocidas:

“Según esa doctrina de la Sala, para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito-fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no existía manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora.

“Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales pueden faltar a la hora de establecer si la situación invocada por parte que aspira a beneficiarse desea causal eximente de responsabilidad inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal.”

Es pertinente señala (sic) que en algunas sentencias la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el hecho debe ser externo para que constituya una fuerza mayor. Así, en sentencia del 26 de noviembre de 1999 (S-104-99) expresó:

“... estas expresiones normativas se refieren, esencialmente, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales de una causa extraña que a este no le sea imputable”

De acuerdo con la prueba que obra en el proceso, en el caso que se analiza el hecho que impidió la construcción de la línea férrea tal como se encontraba prevista, fue la dificultad de negociar los terrenos en los que había de construirse el nuevo ramal, lo que condujo a cambiar los diseños y, por consiguiente, a requerir una nueva autorización de la autoridad competente.

Ahora bien, determinarse si tal hecho es imprevisible. A este respecto vale la pena recordar que en sentencia parcialmente transcrita la Corte Suprema de Justicia señaló que es “necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en forma de condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva”. De esta manera lo imprevisible es lo que no debe preverse en condiciones de normalidad, así pueda llegar a imaginarse la posibilidad de que se produzca. Así en sentencia del 27 de septiembre de 1945 (G.J. tomo 59 Págs. 441-444) a Corte había dicho *“Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional”*. Igualmente hizo referencia para que un evento reúna tal condición es menester que *“no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva”* (Sentencia 11001310300219950711301 de noviembre 21 de 2005 que reitera jurisprudencia anterior). Precisó que *“si él acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...(G.J., tomos LIV, pág. 377, y CLVIII, pág. 63)”, siendo necesario, claro está, examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual’, desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: ‘1)El referente a su normalidad y frecuencia; 2) el atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo’(Sent. Jun. 23/2000, exp. 5475)”* (Sentencia S-078 de 2000). Igualmente ha dicho que en material de responsabilidad contractual para que el hecho sea imprevisible es necesario *“... que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con*

respecto al acontecimiento, una posibilidad vaga de realización (Cas. Civ. Jul.5/35)“(Cas.Civ.,Sent. Jul. 4/2002, exp.6461)”

Como se puede apreciar, la imprevisibilidad toma en cuenta lo que una persona normal debió prever en las circunstancias, en el sentido de que era razonable que tal hecho se pudiera presentar dado el curso normal de los eventos.

Para el Tribunal es claro que no puede considerarse impredecible la dificultad de negociar un terreno y que se hagan pretensiones desproporcionadas, particularmente cuando se trata de una empresa de reconocida solvencia que además claramente necesita los terrenos que quiere adquirir.

Por lo que se refiere a la irresistibilidad, de un acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la fuerza mayor (sentencia del 26 de julio de 2005 Ref.: Exp:050013103011-199806569-2) “... *‘Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos ‘ (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J.CXI y CXII pág 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias” (Se subraya; sent. del 26 de enero de 1982, G.J, G.J. CLXV; pág.21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer imponente”.*

En el presente caso es claro que no es posible afirmar que el evento era irresistible, pues realmente era posible que se adquiriesen los terrenos. De hecho como se deduce de la declaración testimonial, tanto aquellos con quienes inicialmente se comenzó la negociación, como aquel a quien se acudió posteriormente exigieron el mismo precio desproporcionado, sin embargo se llegó a un acuerdo con este último en condiciones que no están acreditadas en el proceso.

Por los demás en una situación como la que se presentó cuando se celebró el contrato de asociación, era lógico esperar que podría haber tropiezos en la negociación de los terrenos y a la luz del texto del acto administrativo que había concedido la autorización ambiental al puerto era previsible esperar que si no se adquirían los terrenos inicialmente previstos iba a ser necesario solicitar la autorización de la autoridad ambiental, la que como es sabido puede tener demoras.

Por todo lo anterior es claro que en el presente caso no prospera la excepción de fuerza mayor.

ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

PARTE CONVOCANTE: CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ, GERMÁN ALONSO GOMÉZ BURGOS, WILSON TONCEL GAVIRIA.

Laudo: marzo 4 de 2013

En este punto, recuerda el Tribunal que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en que la ejecución de trabajos para una entidad estatal sin el respectivo soporte contractual implica un enriquecimiento injustificado del Estado, el cual debe corregirse en el ámbito de las relaciones extracontractuales, estableciendo en cada caso concreto la procedencia de su reconocimiento, dependiendo del comportamiento de las partes, así:

[N]o es lo mismo pretender el cumplimiento e indemnización derivados de un contrato estatal, que solicitar la indemnización de perjuicios originada en la actividad extracontractual de la administración pública, por cuanto si bien, ambos eventos jurídicos tienen su razón de ser en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cierto es que en tratándose de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el origen o fundamento de la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener vía judicial, determina la acción a ejercer para obtener la declaración correspondiente.

Ahora bien, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que, aunque en principio pueden nacer de un acuerdo de voluntades, lo cierto es que ante el incumplimiento de ciertas formalidades ad substantiam actus (art. 40 ley 80 de 1993), extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otros ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento injustificado.

(...)

En ese orden, en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular en la órbita contractual, puesto que, precisamente, hay una ausencia absoluta de negocio jurídico. Así mismo, no resulta viable encuadrar la eventual reclamación en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto que la administración pública en estos supuestos no genera como tal un perjuicio o lesión al particular, sino que, por el contrario, sin que exista causa

jurídica de por medio, genera una expectativa en el sujeto particular que desencadena el desplazamiento patrimonial injustificado.

(...)

[L]a Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad- (31), si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por cuanto, se reitera, la teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

¹⁶⁰ 211

Aunado a lo anterior, el mismo Consejo de Estado de manera reciente y en el marco de la unificación jurisprudencial, ha manifestado que dicho enriquecimiento sin causa requiere como presupuesto para su procedencia y validez que no se haya violado ninguna norma imperativa, lo que en el caso de la ejecución de actividades solicitadas por la administración a otra entidad pública o a un particular, implica que no se haya pretermitido el requisito del contrato previo y escrito que soporte la prestación a ejecutarse y la obligación de pago, así:

*[L]a Sala empieza por precisar que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹⁶¹ 212 a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la

¹⁶⁰ ²¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 22 de julio de 2009, Exp. 35.026

¹⁶¹ ²¹² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

(...)

[L]a Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo

caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.¹⁶² 213.

Es así como, en el caso concreto objeto de estudio el Tribunal observa que la existencia de un procedimiento expreso en el contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 plenamente conocido tanto por la parte Convocante como por la Convocada acorde con los postulados del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que consagra el carácter solemne del contrato estatal, obligan a considerar que las obras relativas a la conexión entre el Hotel Decameron de la Isla de Barú y la vía objeto de los trabajos contratados por la entidad estatal no hacen parte de la relación jurídica, y que en consecuencia no es posible reconocer el incumplimiento de la parte Convocada del contrato VAL-02-06 por este concepto; y si a ello se suma el hecho de que desde la misma demanda arbitral y a lo largo del proceso, la parte Convocante ha reconocido que la porción que correspondía pagar a la Convocada en el marco del acuerdo informalmente celebrado sí fue cumplida por ésta, y que la deuda recae sobre un tercero ajeno a la relación contractual solemnemente configurada, no existe violación alguna a la buena fe ni un enriquecimiento sin causa para el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** que deba reconocerse en esta providencia.

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL SA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

Tampoco podrá prosperar esta solicitud por cuanto el enriquecimiento sin causa constituye una pretensión de origen extracontractual que queda por fuera del ámbito jurisdiccional otorgado por el convenio arbitral, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

¹⁶² ²¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Exp. 24.897.

Sin embargo para el Tribunal resulta importante efectuar unas breves consideraciones sobre el tema del enriquecimiento sin causa. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado *“la figura del “enriquecimiento sin causa” es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho”*¹⁶³ 46.

¹⁶³ 46 Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de 30 de marzo de 2006, expediente 25.662

Para que opere esa figura es necesario que un patrimonio se incremente o acrezca y simultáneamente otro patrimonio se empobrezca sin que exista una razón jurídica que justifique esa circunstancia.

Lo primero entonces que cabe preguntarse es si en el presente caso la entidad convocada recibió un incremento patrimonial a costa de un empobrecimiento de las sociedades demandantes? (sic) Desde el punto de vista jurídico el hecho de que a un contratista se le incrementen los costos de sus insumos no puede ser entendido como una circunstancia generadora de enriquecimiento patrimonial para una entidad. El enriquecimiento se da cuando la entidad recibe bienes o servicios sin pagar por ellos, no cuando estos últimos resultan costosos para el contratista. Invías contrató con las convocantes la realización de unos determinados trabajos por un precio convenido entre ellos y contablemente no aparece acreditado que haya recibido más trabajos de los contratados. El hecho, se reitera, de que los costos de ejecución de las obras se hayan visto incrementados por las razones tantas veces mencionadas, no conlleva a que la entidad haya recibido más de lo contratado a cambio de nada. La documentación allegada como prueba y las declaraciones de todos los testigos ponen en evidencia que las obras contratadas y solo las obras contratadas fueron recibidas por la entidad sin que pueda concluirse que ésta recibió trabajos o beneficios adicionales a los inicialmente convenidos sin haber pagado por ellos.

Para que pudiera abrirse paso la figura del enriquecimiento sin causa sería indispensable que la convocada se hubiese visto beneficiada con obras no contempladas en el objeto del contrato y por ende no previstas en el precio cobrado por los demandantes, pues en ese evento resultaría evidente que la entidad habría recibido efectivamente más beneficios sin contraprestación alguna de su parte. El acervo probatorio permite concluir que las obras ejecutadas por los convocantes fueron pagadas íntegramente por la demandada y la circunstancia de que los costos de algunas de aquellas hayan sido elevados para los contratistas desde ningún punto de vista implican que por ellas no haya habido pago, ni mucho menos que no haya existido causa que las justifique.

La circunstancia de que respecto de algunas de las prestaciones contractuales un contratista no reciba beneficio o incluso sufra una pérdida, no puede ser entendida como un enriquecimiento carente de causa por parte de la entidad contratante, pues lo que resulta inobjetable es que ellos se ejecutan por virtud de un contrato (causa) y se pagan al precio convenido, es decir, son objeto de una contraprestación.

PAGO HECHO POR TERCEROS

CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED

ÁRBITROS: JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS.

Laudo: junio 9 de 2014

379. Con base en este enunciado, el Tribunal tratará de resolver el siguiente problema jurídico: ¿El pago hecho por un tercero de los daños que ha soportado la víctima en materia de responsabilidad civil, exonera de responsabilidad al autor del daño (sic)

381. Si se toma en consideración que la relación obligacional derivada del contrato de interventoría, se dio entre el Distrito de Cartagena, representada por Acuacar, y Halcrow, tal como lo hemos concluido a lo largo de este laudo, sin lugar a dudas el pago hecho por Acuacar de parte de los perjuicios causados por el hundimiento del emisario submarino, es un clásico pago hecho por un tercero, ajeno a esa relación contractual, más concreta y precisamente a esa responsabilidad contractual (sic)

383. Entonces surge la pregunta de si Acuacar, al asumir como tercero el pago de la obligación indemnizatoria, estaría, a su vez, tomando, de manera automática, la vocación o legitimación para reclamar el importe de ese pago y sus accesorios frente a Halcrow ; la respuesta es negativa, por cuanto no se dio en este caso un fenómeno de subrogación, entendida ésta como "...la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga", que en este caso sería la transmisión de los derechos del Distrito de Cartagena a Acuacar por el hecho del pago realizado (sic)

384. En efecto, en este caso no se ha producido subrogación legal, por cuanto el asunto que nos ocupa no encaja en ninguno de los casos plasmados por el artículo 1668 del Código Civil y normas concordantes o complementarias, así como tampoco se ha generado una subrogación convencional, por cuanto no existe un pacto entre el acreedor (Distrito de Cartagena) y el tercero (Acuacar), en que al recibir el pago de los perjuicios provenientes de ésta última, le transmite voluntariamente todos los derechos y acciones que le corresponden como acreedor, frente a Halcrow, tal como lo señala el artículo 1669 del Código Civil; en efecto, ello no se evidencia en el acuerdo de arreglo directo suscrito entre el Distrito de Cartagena y Acuacar, ni en ningún otro documento suscrito entre las partes.

385. Entonces, si no hay pago con subrogación, entonces qué efectos o consecuencias tiene el pago hecho por Acuacar? (Sic) El Tribunal considera que la respuesta a este

interrogante se encuentra en las normas que regulan el pago hecho por terceros, pues tales normas son las que regulan las relaciones que se suscitan entre el sujeto que pagó, sin ser deudor, y el deudor.

388. En efecto, según el artículo 1631 del Código Civil “El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue”, lo cual quiere decir que el presente proceso no es el escenario propicio y adecuado jurídicamente para que Acuacar reclame sus perjuicios contra los responsables del hundimiento del emisario submarino, y en particular contra Halcrow, sino a través de la acción de reembolso, pues se considera que este pago configura una nueva obligación, cuyo acreedor es Acuacar (quien pagó como tercero) y cuyo deudor sería o serían los sujetos de derecho que se persigan como responsables del colapso del emisario submarino.

ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL

CONVOCANTE: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.P

CONVOCADO: MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO

ÁRBITROS: ARNOLDO MENDOZA TORRES, MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS, ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: mayo 21 de 2015

...

Adicionalmente, la jurisprudencia ha fijado algunos criterios que el Tribunal tendrá en cuenta al momento de analizar las objeciones formuladas:

- (i) El error en cuanto a su naturaleza y carácter, no puede ser cualquier clase de error, deba ser garrafal, protuberante y determinante. Ha señalado al respecto el Consejo de Estado que: *“Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. (...)”*¹⁶⁴¹⁴
- (ii) En cuanto al objeto, para que prospere la objeción por error grave, deba ser totalmente distinto; la Corte Constitucional ha señalado que si bien se ha estimado que la variación en el objeto de estudio puede llegar a constituir un error grave en el peritaje, es necesario que se haya tomado *“ como objeto de la*

¹⁶⁴ 14 Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009.

*que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto”, es decir, que el peritaje se haya realizado desconociendo radicalmente lo solicitado por el juez, hasta el punto de ignorarlo.”*¹⁶⁵15

En este sentido, cuando el dictamen va más allá de lo pedido pero incluye el objeto principal del mismo, el Juez valorará lo pertinente. Ha señalado la misma Corporación que el haberse pronunciado más allá de lo pedido, incluye el objeto de lo pedido, por lo que no se puede predicar la manifiesta equivocación del peritazgo. En tal sentido, concluye que: *”El Tribunal consideró que el peritazgo emitido dentro del proceso adolecía de error grave, toda vez que se había pronunciado sobre un objeto diferente al solicitado. La Sala observa que tal calificación del peritazgo es errada, toda vez que si bien, en un comienzo, el experticio pudo haberse extralimitado en lo pedido la extralimitación no implicaba un objeto de estudio fundamentalmente distinto al que era materia del dictamen, debido a que comprendía en su plenitud lo pedido, pero iba más allá.”*¹⁶⁶16

- (iii) El desacuerdo que surja de teorías o criterios técnicos o científicos en los que se sustenta el análisis contenido en el dictamen o simplemente, el hecho de que éstas no estén conforme a los intereses o necesidades de las partes, no pueden ser consideradas como error grave.

- (iv) El dictamen debe cumplir con los requisitos previstos en el numeral 5º del artículo 226 del Código General del Proceso que dispone que: *”...Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhausto y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones...”* Al respecto, señala el profesor Devis Echandía que: *“...el fundamento de mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte del hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen,*

¹⁶⁵ 15Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011

¹⁶⁶ 16Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2004

gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esto fines, en forma explicada, motivada y conveniente...”

- (v) El artículo 226 del CGP es claro en el sentido que en los dictámenes no son admisibles puntos de derecho. Sin embargo, no siempre es fácil definir esa línea cuando la verificación de circunstancias fácticas objeto del dictamen parten del entendimiento de condiciones establecidas en el contrato y sujetas a interpretación. No obstante lo anterior, tal extralimitación no constituye fundamento para considerar que el dictamen adolece de error grave pues frente a éstas afirmaciones, el dictamen adolece de error grave pues frente a éstas afirmaciones, el Tribunal simplemente hace caso omiso de las mismas y se formará su propio juicio a partir de la valoración en conjunto del acervo probatorio.

CONVOCANTE: PAVIMENTO UNIVERSAL S.A

CONVOCADO: SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA SA E.S.P TRIPLE DE BARRANQUILLA SA ESP

ÁRBITROS: DAGOBERTO CARVAJAL CASTRO, CARLOS PONCE CABALLERO, ALEKSEY HERRERA ROBLES

Laudo: febrero 20 de 2014

(...)

SEGUNDO: Ha señalado el Consejo de Estado que “Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación del tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos...” Posteriormente, la misma Corporación insistió: “Ahora bien, no advierte la Sala, la existencia de errores graves en experticia rendida por los peritos, por cuanto no se demuestra “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, por cuanto el error grave de una experticia es “el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den u falsas las conclusiones que ellos se deriven”. De igual manera, la Corte Constitucional reiteró:”... si bien se ha estimado que la variación en el objeto de estudio puede llegar a constituir un error grave en el peritaje, es necesario que se haya tomado “como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto”, es decir, que el peritaje se haya realizado desconociendo

radicalmente el objeto”, es decir, que el peritaje se haya realizado desconociendo radicalmente lo solicitado por el juez, hasta el punto de ignorarlo.”

Así las cosas, el dictamen presentado por el perito Casas Castro recayó sobre el objeto del proceso, sus conceptos y opiniones están sustentadas en la realización de apiques y ensayos de laboratorio que reposan en el expediente y en la documentación aportada por las partes no solo con la demanda y su contestación sino durante la prueba pericial misma de tal manera que el dictamen cumple con los requisitos previstos en el numeral 5º del artículo 237 del Código de Procedimiento civil que dispone que: “El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.”

CONVOCANTE: AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL SA

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

ÁRBITROS: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ MILÁN

Laudo: febrero 18 de 2013

26. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, las partes pueden controvertir los dictámenes periciales presentados mediante la formulación de aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave, siendo ésta última aquella que *“se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él otro sería el resultado del dictamen”*¹⁶⁷ 16.

En este sentido, el error grave aducido como fundamento de la objeción por la parte procesal debe revestir un grado de obviedad y contradicción con la realidad de los hechos objeto del dictamen, que del análisis objetivo y concreto que se haga de los argumentos se concluya de manera clara y simple el error, el cual por demás debe ser determinante de las conclusiones a las que llegó el perito o conducir a un yerro de igual entidad en las deducciones efectuadas por éste, tal como lo consigna el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, no constituyen un error grave en sí mismo los desacuerdos o divergencias de opinión entre dos o más expertos¹⁷, ni las diferencias de criterio relativas a las metodologías adoptadas por los peritos, pues tales aspectos pertenecen a la órbita del juez en el marco de su función de evaluación y ponderación del acervo probatorio,

¹⁶⁷ 16 JAIRO PARRA QUIJANO. *Manual de derecho probatorio*, 15ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2006, p. 638.

quien está legalmente facultado como parte de su labor de estudiar el dictamen pericial para determinar su pertinencia, conducencia y utilidad dentro del proceso puesto en su conocimiento, con base en los argumentos fácticos y jurídicos a que haya lugar.

Es así como, la parte que aduce un error grave en un dictamen pericial debe cumplir con el deber procesal de precisar e individualizar el error encontrado en el mismo, aportar o solicitar las pruebas que considere necesarias para demostrarlo, y acreditar que dicho error fue determinante en las conclusiones del perito o que de éstas deriva el error.

COMISIÓN DE ÉXITO

CONVOCANTE: ÁVILA LTDA, C&C ARQUITECTURA E INGENIERÍA S.A Y H&H ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE

CONVOCADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

ÁRBITROS: EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO, RICARDO HOYOS DUQUE, LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA

Laudo: abril 29 de 2014

Una de las formas de extinguir las obligaciones es el pago y si este consiste en “la prestación de lo que se debe” y además debe hacerse “bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación, resulta evidente que cuando en la promesa por otro el tercero ratifica, el promitente ha pagado y por ende su obligación se ha extinguido.

Si su obligación se ha extinguido es irrazonable sostener que luego puede ser incumplida.

En efecto, no se ve como podría incumplirse una obligación que ya no existe.

En conclusión, si la obligación del prominente es obtener la ratificación del tercero y ha obtenido, ha actuado de acuerdo con el tenor de la obligación puesto que ha satisfecho la prestación de lo que debía y por consiguiente su obligación se ha extinguido por la vía del pago, y si el vínculo obligatorio ha desaparecido del mundo jurídico, desde luego ya no podrá ser incumplido”[...]

Dicho de otra manera, en contrato de consultoría No. 460 de 2009 y en lo tocante a la promesa por otro que el contiene, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DE CAUCA se obligó a obtener de los contratistas concesionarios la ratificación de que estos pagaría la comisión de éxito y como quiera que esto precisamente obtuvo puesto que en los contratos de concesión cada concesionario se obligó a pagar la mencionada comisión, resulta que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DE CAUCA cumplió con su obligación, o, lo que es lo mismo ella se extinguió por la vía del pago.

Y como los concesionarios ratificaron, la obligación de pagar la comisión de éxito quedo radicada en los negocios jurídicos donde se plasmó la ratificación, esto es en los contratos de concesión 001, 002 y 003 del 2010, y por ende los concesionarios son los llamados a pagarla y por consiguiente es un absurdo pensar que alguien pueda incumplir una obligación que no tiene a su cargo, es decir, es un ex abrupto sostener que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA incumplió el contrato porque no se pagó la comisión de éxito puesto que él no era el llamado a pagarla”¹⁶⁸ 18

...

El Tribunal denegará esta petición por las siguientes razones:

1. El contratista por voluntad propia convino en dar por terminado el contrato de común acuerdo con el Departamento del Valle del Cauca, lo cual implica que no haber alcanzado la utilidad esperada, se debió a un acto volitivo de él y no a una decisión unilateral de la entidad contratante que conllevó dicha privación. Al respecto rememora el Tribunal que la jurisprudencia del Consejo de Estado apunta a reconocer la utilidad dejada de percibir cuando un oferente es despojado ilegítimamente de la adjudicación que no es el caso en el proceso que ocupa la atención de este Tribunal. Advierte también que la postura actual no reconoce para esos casos, el valor asegurado con la garantía de seriedad de la oferta, tal como erradamente lo planteó la parte convocante. Además del evento indicando y con fundamento en el artículo 17, numeral 1º, de la ley 80 de 1.993, habría que decir que podría caber el reconocimiento de una utilidad dejada de percibir para cuando se haya terminado unilateralmente el contrato estatal mediante acto administrativo motivado que entraña el uso de un poder exorbitante, lo cual tampoco aconteció en este caso.

...

En efecto, la Cláusula 32 estableció una fórmula de liquidación, y en la misma cláusula se estipuló que: “las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación anticipada de este contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares.”

¹⁶⁸ 18 Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Expediente 47.590. C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES

CONVOCANTE: MARCO ANTONIO MARÍN RAMÍREZ

CONVOCADO: MUNICIPIO DE JAMUNDÍ

ÁRBITROS: FRANCISCO CHAVES CAJIAO, FABIO DÍAZ MESA, CARLOS ARTURO COBO GARCÍA

Laudo: junio 11 de 2014

La anterior postura, frente a la delegación en los particulares de funciones públicas, fue igualmente abordada por el Consejo de Estado-Sección Tercera, en sentencia del 17 de mayo de 2007, (Rad. Exp. No. 2004-00369-01(en la que intervino como demandante el señor **Diego Omar Pérez Salas** y como demandados el **Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda.**, y en la que intervino como consejero Ponente el Dr. **Ramiro Saavedra Becerra**, que involucraba un contrato de prestación de servicios derivados, el cual vinculaba las labores propias de la jurisdicción coactiva, el cobro coactivo y persuasivo respecto de obligaciones tributarias vencidas a favor de dicho municipio. Señaló el Consejo de Estado que:

“4.5.1. Atribución de funciones administrativas de cobro coactivo a particulares.

El objeto del contrato, tanto en su clausulado original, como en el otrosí y en la ejecución práctica del mismo, comprende una atribución de funciones propias de la administración a favor de particulares, con vulneración del orden jurídico imperante.

No otra conclusión puede tener la Sala al presenciar en todo el desarrollo del contrato, desde su etapa preparatoria hasta la ejecución, el desempeño de la jurisdicción coativa por los particulares. La cifra presentada por el mismo contratista de 751.045 diligencias cumplidas e un año es una demostración contundente de que la Alcaldía de Neiva cedió a particulares la prerrogativa exorbitante y excepcional, propia de las entidades estatales, de cobrar administrativamente acreencias.

Con respecto a la atribución de funciones administrativas a particulares para el cobro coactivo, dicha la (sic) Sala afirmó que no era posible, si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la administración es remplazada totalmente en su función en la expedición del mandamiento de pago, la

solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., tales actuaciones no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa; bajo ninguna circunstancia la administración podrá atribuir a los particulares las atribuciones relacionadas con la investigación de los bienes de los deudores, habida consideración de que el artículo 825-1 del Estatuto Tributario ha investido al funcionario de cobranzas para esa finalidad con las mismas facultades del funcionamiento de fiscalización, prescritas por el artículo 684 del Estatuto Tributario, y tales actividades son exclusivas de la administración; Las (sic) actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la información,¹⁶⁹7 son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial. Teniendo en consideración la naturaleza de la información, y la circunstancia que dos puntos neurálgicos para adelantar la operación de cobro coactivo (determinación de las obligaciones tributarias e investigación de los bienes del deudor), la base de datos con la cual contará el contratista, provista exclusivamente por la administración, estará restringida a lo estrictamente necesario, se sujetará a la regulación, control, vigilancia y orientación de la entidad estatal, y será de la propiedad exclusiva de esta última.

...

Descendiendo al caso que nos ocupa, en especial, a lo que se encuentra probado en la plenaria, tenemos que en el desarrollo del contrato de Prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011 entre el **Municipio de Jamundí** por una parte y el convocante **Marco Antonio Marín Ramírez**, se debe analizar si el convocante desarrolló funciones administrativas y la representación de la entidad estatal ante particulares para el cobro y la negociación de los acuerdo de pago; si este tenía el manejo, confidencialidad y seguridad de la información de los contribuyentes morosos; si redactaba y proyectaba los mandamiento de pago, los actos administrativos con los cuales se resolvieran los recurso en la vía gubernativa, si redactaba las órdenes de embargo y secuestro, y si efectuaba los acuerdos de pago, quedándole solamente a la administración Municipal la

¹⁶⁹ 7 Artículo 693:

“Reserva de los expedientes. Las informaciones tributarias respecto de la determinación oficial del impuesto tendrán el carácter de reservadas en los términos señalados en el artículo 583”

Artículo 583:

“La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales solo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva”.

labor de firmarlos, e incluso si la labor de notificación de los mismos la hacía el actor **Marco Antonio Marín Ramírez**; si efectuaba la investigación de los bienes de los deudores, en abierta violación artículo 825-1 del Estudio Tributario y si fungiendo como funcionario de fiscalización, de acuerdo con el artículo 684 del Estatuto Tributario, dicho convocante era quien determinaba la obligación tributaria, es decir, desarrollaba labores de determinación y fiscalización tributaria; si la base de datos con que contaba el actor **Marco Antonio Marín Ramírez** no estaba restringida para este sino más bien para la administración Municipal, por lo cual la misma no estaba regulada, controlada, vigilada y orientada por el Municipio de Jamundí, ni era de la propiedad exclusiva de esta última.

Analizados los anteriores aspectos facticos y legales, teniendo en cuenta el concepto que se tiene de “*gestión tributaria*” y que se define como una serie concatenada de actividades desarrolladas con el fin de determinar los tributos y su fiscalización; entendiendo que al **Municipio de Jamundí** le correspondía la actividad tendiente “*a establecer, de conformidad con las prescripciones legales correspondientes, la obligación tributaria sustancial*” (determinar el tributo), al igual que efectuar labores de “*fiscalización*”, entendiéndola como “*(...)la atribución que tiene la administración de impuestos de realizar todas aquellas diligencias e investigaciones, enumeradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario,* ¹⁷⁰16 *con el fin de precisar correctamente los tributos*”, ¹⁷¹17 y soportado en los artículos 66 de la Ley 383 de 1997¹⁷² 18 y de la Ley 788

¹⁷⁰ 16 “Art. 684.- Facultades de fiscalización e investigación. La administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales. Para tal efecto podrá:

- a) Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario;
- b) Adelantar las investigaciones tributarias, no declarados;
- c) Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios;
- d) Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que restringen sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;
- e) Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar contabilidad;
- f) En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación”.

¹⁷¹ 17 Sobre el tema de la determinación y fiscalización de los tributos, se pueden consultar las siguientes sentencias del Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta: sentencia del 12 de julio de 2002, Radicación 13001-23-31-000-1993-9477-01(12637), Actor: Sociedad Braceros del Norte Ltda., Demandado: La Nación-DIAN, M.P. Germán Ayala Mantilla; sentencia del 2 de noviembre de 2001, Radicación 08001-23-31-000-1993-9477-01(126637), Actor: Textiles Saab de Colombia Ltda., Demandado: La Nación, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; sentencia del 17 de octubre de 1997, Radicación: 8505, Actor: Ladrillera Santa fe S.A., Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

de 2002,¹⁷³ 19 que ordenan perentoriamente al **Municipio de Jamundí** aplicar las normas del Estatuto Tributario en todo lo relacionado con el procedimiento tributario y su gestión tributaria, encuentra este Tribunal que, el texto y el desarrollo de las labores derivadas del Contrato de prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011, por el señor **Marco Antonio Marín Ramírez**, no le han conferido, sin duda alguna, facultades para realizar funciones administrativas propias de la “*gestión tributaria*” en los términos aquí definidos, que como, se han resaltado, **no pueden ser encargados a particulares conforme a la Ley y a la Constitución** y como lo ha concluido el Consejo de Estado, no sería viable jurídicamente la delegación o atribución a favor de particulares de la facultad de fiscalizar y determinar los tributos, **ni la de efectuar las actuaciones preparatorias correspondientes**

...

Por ello podemos concluir sin ninguna duda que en el desarrollo del contrato de Prestación de servicios No. 34-14-08-265 del 1 de abril de 2011 entre el **Municipio de Jamundí** por una parte y la (sic) **Marco Antonio Marín Ramírez** el convocante no desarrolló funciones administrativas, ni la representación de la entidad estatal ante particulares para el cobro y la negociación de los acuerdos de pago; si bien es cierto redactaba y proyectaba los mandamiento de pago y otros actos administrativos, y efectuaba los acuerdos de pago, no ejerció las funciones de fiscalización prescritas por el artículo 684 del Estatuto Tributario, ya que no fue el encargado de determinar la deuda de los contribuyentes, y adicionalmente la base de datos con que contaba en actor **Marco Antonio Marín Ramírez** estaba restringida para este, siendo la administración Municipal la que tenía su manejo, quien regulaba, controlaba, vigilaba y orientaba, siendo de propiedad exclusiva del **Municipio de Jamundí**.

¹⁷² 18 “Art. 66.- Administración y control. Los municipios y distritos para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos aplicarán los procedimientos establecidos en el estatuto para los impuestos del orden nacional”

¹⁷³ 19 “Art. 59.- Procedimiento tributario territorial. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el estatuto tributario nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluido su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El momento de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de éstas respecto del monto de los impuestos”.

LA CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PROPIO DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

CONVOCANTE: COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA

CONVOCADO: EPM TELECOMUNICACIONES SA UNE EPM TELCO SA

**ÁRBITROS: JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO, ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, CARLOS
IGNACIO JARAMILLO**

Laudo: marzo 2 de 2015

EL Acuerdo de Cartagena, en el artículo 47, contempló la solución de controversias para conflictos que surjan con ocasión de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, para lo cual se seguirán las normas del Tratado que crea el Tribunal.

Posteriormente, el 21 de mayo de 1996, al probarse el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se incluye dentro de las consideraciones que los Gobiernos firmantes declaran estar seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se deriven deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los países Miembros y de otros órganos del Acuerdo, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.

En desarrollo de lo anterior, cuando los jueces nacionales de los países miembros deban aplicar normas andinas, hacen parte del sistema andino de justicia, pues es a ellos a quienes internamente les es conferida la obligación de aplicarlas en casos concretos ¹⁷⁴38 ¹⁷⁵39 ¹⁷⁶40 ¹⁷⁷41.

¹⁷⁴ ³⁸ Cfr. Arts, 35 y 36 de la Decisión 472 de la CAN:

“DECISIÓN

Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

(...)Sección Tercera

472

...

Con fundamento en lo anterior, dado que de acuerdo con el artículo 127 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este Tribunal de Arbitramento, como conductor del presente proceso y consultante de la interpretación prejudicial del Tribunal Justicia de la Comunidad Andina, debe adoptar en el laudo dicha interpretación, y dado que se ha verificado en el mismo que los hechos y pretensiones de la demanda están circunscritos a la etapa de ejecución del contrato de interconexión No. 050821405, no puede haber lugar a que este Tribunal de Arbitramento no acate las reglas de competencia establecidas por normas de rango supranacional, resolviendo de fondo la controversia en cuestión y así lo declarara en la parte resolutive de este laudo.

De la Interpretación Prejudicial (...)

*Artículo 35- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.
Artículo 36- Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en Particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección.”*

^{175 39} Cfr. Arts. 127 y 128 de la Decisión 500 de la CAN:

“DECISIÓN

500

**Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
(...)**

CAPITULO

III

DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. (...)

Artículo 127.- *Obligación especial del juez consultante
EL Juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.*

Artículo 128.- *Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observación por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal. En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.”*

^{176 40} Cfr., entre otras, las siguientes sentencias del TJCA: 03-AI-2010, 57 –IP-2012 Y 255-IP-2013.

^{177 41} Cfr., entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Fecha: 9 de agosto de 2012, Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281), Actor: COMCEL S.A., Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – E.T.B. S.A. E.S.P., SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Fecha 9 de agosto de 2012, Radicación número: 11001032600020120001800(43.195), Actor: COMCEL S.A., Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – E.T.B. S.A. E.S.P. y SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Fecha: 9 de agosto de 2012, Radicación número 1101-03-26-000-2012-00013-00(43045), Actor COMCEL S.A., Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – E.T.B. S.A. ESP..

Por tanto, no puede este Tribunal de Arbitramento entrar a alterar el alcance de las conclusiones, ni menos la decisión de la interpretación prejudicial del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, no sólo porque se expone a invadir la competencia de éste sino también porque siendo claras dichas conclusiones en relación con la competencia que, en la ejecución de la interconexión, tiene la autoridad de telecomunicaciones, la eventual alteración de su alcance comportaría apartarse de las mismas. Conforme lo anota el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el efecto de no respetar la competencia de dicho organismo respecto de las controversias de interconexión durante la ejecución del contrato, se memora de nuevo, acarrearía la nulidad por vicio de incompetencia.

Como consecuencia, de lo anterior, este Tribunal forma parte del sistema de justicia de la comunidad Andina, según se desprende de la Interpretación prejudicial No. 57-IP-2012, por lo cual el citado Tribunal de justicia de la Comunidad Andina sostuvo que la justicia arbitral forma parte del sistema de justicia de la Comunidad Andina y que los árbitros se asemejan a cualquier otro funcionario de la rama jurisdiccional cuando imparten justicia y debe proceder a aplicar normas emitidas por el CAN.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL COMO HERRAMIENTA DEL SISTEMA ANDINO DE JUSTICIA

CONVOCANTE: COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA

CONVOCADO: EPM TELECOMUNICACIONES SA UNE EPM TELCO SA

ÁRBITROS: JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO, ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, CARLOS IGNACIO JARAMILLO

Laudo: marzo 2 de 2015

En el tratado de creación del TJCA, se establece la institución de la interpretación prejudicial (arts. 32 a 36), la que se reglamenta en la Decisión 500 de la CAN y que consiste en la obligatoriedad del juez nacional de (i) pedirla cuando se deba aplicar normas andinas y el trámite sea de única instancia o que se encuentre en última instancia y sin lugar a recursos ordinarios en el derecho interno – art, 123- y (ii) de acatarla al momento de decidir el caso concreto –art.127-; en casos cuyo trámite no es de única o última instancia, la consulta del juez es facultativa, pero su deber de acatarla se mantiene.

Esta interpretación prejudicial ha sido entendida como una de las herramientas en las que se apoya la Comunidad Andina con el fin de armonizar y homogenizar la aplicación de las normas supranacionales andinas en los países miembros; con todo, es conveniente estudiar si su naturaleza jurídica es la de erigirse como un requisito que debe adoptarse en los procesos internos en los países miembros o si es la de una prueba (...)

...

Por todas las consideraciones anteriores, es forzoso concluir que la naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial no es la de una prueba, sino la de un requisito esencial para emitir fallo de única o de última instancia en aquellos procesos en que debe aplicarse normas supranacionales emitidas por la Comunidad Andina.

Luego, partiendo de la naturaleza jurídica de la interpretación prejudicial como requisito para fallar, tenemos que hay dos obligaciones según lo mencionado *supra*, la obligación de pedirla (art. 123 de la Decisión 500) y la obligación de acatarla (art.127 id.) (...)

...

Con fundamento en lo anterior, dado que de acuerdo con el artículo 127 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este Tribunal de Arbitramento, como conductor del presente proceso y consultante de la interpretación prejudicial del Tribunal Justicia de la Comunidad Andina, debe adoptar en el laudo dicha interpretación, y dado que se ha verificado en el mismo que los hechos y pretensiones de la demanda están circunscritos a la etapa de ejecución del contrato de interconexión No. 050821405, no puede haber lugar a que este Tribunal de Arbitramento no acate las reglas de competencia establecidas por normas de rango supranacional, resolviendo de fondo la controversia en cuestión y así lo declarara en la parte resolutive de este laudo.

Por tanto, no puede este Tribunal de Arbitramento entrar a alterar el alcance de las conclusiones, ni menos la decisión de la interpretación prejudicial del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, no sólo porque se expone a invadir la competencia de éste sino también porque siendo claras dichas conclusiones en relación con la competencia que, en la ejecución de la interconexión, tiene la autoridad de telecomunicaciones, la eventual alteración de su alcance comportaría apartarse de las mismas. Conforme lo anota el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el efecto de no respetar la competencia de dicho organismo respecto de las controversias de interconexión durante la ejecución del contrato, se memora de nuevo, acarrearía la nulidad por vicio de incompetencia.