

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ

CONTRA

DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

Y

**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE
CARTAGENA DE INDIAS**

LAUDO ARBITRAL

Cartagena, D. T. y C., diecisiete (17) de mayo (17) de dos mil dieciséis (2016)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** y el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** con ocasión del contrato VAL-02-06, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

CAPÍTULO PRIMERO:
ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

I. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Mediante escrito presentado el día 7 de abril de 2015 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, los integrantes del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** (en adelante **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**), a través de apoderado, formularon demanda arbitral en contra del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** y el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** (Folios 1 A 59 siguientes Cuaderno Principal)

II. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral del presente trámite, se encuentra consagrado en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión No. val-02-06 de veintinueve (29) de diciembre de 2006, en los siguientes términos:

"Agotados los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales sin llegarse a acuerdos, las partes someterán las diferencias existentes en relación con el presente contrato por razones de su celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Independiente, que fallará en derecho y se regulará por la forma prevista en el artículo 70 de la ley 80 de 1993, en armonía con lo establecido en el Código de Comercio, y su sede será la ciudad de Cartagena. El tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, abogados titulados designados de común acuerdo entre las partes, y en su defecto por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, a petición de cualquiera de las partes."(Cursivas nuestras).

III. TRÁMITE INICIAL

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, se surtió el trámite ordenado por la ley de la siguiente forma:

A. Nombramiento del Tribunal

- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante comunicación del 27 de abril de 2015, recibidas por los destinatarios el día 28 de abril de 2015 procedió a citar a las mismas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias a la audiencia de designación de árbitros el día 4 de mayo de 2015, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula compromisoria transcrita (Folios 101 a 106, Cuaderno Principal).
- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante comunicación del 4 de mayo de 2015, recibida por los destinatarios los días 5 y 6 de mayo de 2015, procedió a citar nuevamente a las mismas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias a audiencia de designación de árbitros el día 11 de mayo de 2015, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula compromisoria transcrita (Folios 107 a 114, Cuaderno Principal).
- El día 11 de mayo de 2015 se llevó a cabo la audiencia de designación de árbitros citada, en la cual las partes de común acuerdo designaron a los doctores **CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI, JORGE PERALTA NIEVES** y **NESTOR DAVID OSORIO MORENO** (Folios 115 y 116, Cuaderno Principal).
- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena mediante comunicación 12 de mayo de 2015 informó a los doctores **CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI, JORGE PERALTA NIEVES** y **NESTOR DAVID OSORIO MORENO** de su designación como árbitros mediante pacto arbitral (Folios 154 a 157, Cuaderno Principal).

- Mediante comunicación 14 de mayo de 2015, el doctor **CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folios 160 y 161, Cuaderno Principal).
- Mediante correo electrónico de 19 de mayo de 2015, el doctor **JORGE PERALTA NIEVES** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folios 162 y 163, Cuaderno Principal).
- Mediante comunicación de 21 de mayo de 2015, el doctor **NESTOR DAVID OSORIO MORENO** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folio 158 y 159, Cuaderno Principal).

B. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante comunicaciones de 29 de mayo de 2015 citó a las partes, al Ministerio Público, a los Árbitros, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el día treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010) (Folios 164 a 184, Cuaderno Principal).

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como presidente al doctor **NESTOR DAVID OSORIO MORENO** y como secretaria a la doctora **MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ**, se reconoció personería al apoderado de la parte convocante y se fijó como sede del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena (Folios a 185 a 188, Cuaderno Principal).

- Posteriormente, una vez posesionada la secretaria del Tribunal y de acuerdo con lo ordenado en la audiencia de instalación, mediante Auto No. 2 de 3 de julio de 2015 se procedió a admitir la demanda arbitral, providencia que fuera notificada personalmente a la parte Convocada y al Ministerio Público, y por estado a la parte Convocante, el día 8 de julio de 2015, e informada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediante Oficio 001 de 22 de julio de 2015 (Folios 217 a 234, Cuaderno Principal).

- El día 22 de julio de 2015 se procedió a entregar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el traslado respectivo de la demanda arbitral, en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto No. 2 de 3 de julio de 2015; no obstante, la entidad rehusó recibir dicha documentación por cuanto la entidad demandada no es del orden nacional, y mediante comunicación 20152400069231-AC de 24 de julio de 2015, manifestó que por mandato del artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, junto con la Circular 007 de 25 de julio de 2013, la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ordenada por el artículo 612 del Código General del Proceso solamente será procedente cuando se trate de procesos en los que se encuentren involucrados intereses litigiosos de la Nación, en los términos del párrafo del artículo 20 del Decreto Ley 4085 de 2011, razón por la cual la entidad no recibiría dichos documentos en medio físico en la sección de correspondencia de la Agencia (Folios 237 y 238, Cuaderno Principal).

C. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas.

- El día 14 de septiembre de 2015, el doctor **JOSÉ RAFAEL BELTRÁN MORENO** presentó poder especial conferido por el doctor **JAIME RAMÍREZ PIÑEREZ** en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y en calidad de apoderado especial de la parte Convocada, en la misma fecha y dentro del término legal y oportuno, presentó memorial de contestación de la demanda arbitral (Folios 239 a 269, Cuaderno Principal).
- El día 15 de septiembre de 2015, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal y de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del CPACA y el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, por Secretaría se corrió traslado al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** de la contestación a la demanda presentada por el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, y el día 22 de septiembre de 2015, dentro del término fijado para el efecto, el apoderado del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** presentó escrito de pronunciamiento sobre las excepciones

formuladas por el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**. (Folios 270 a 297, Cuaderno Principal).

- Mediante Auto No. 3 de 23 de septiembre de 2015 el Tribunal reconoció personería al apoderado de la parte Convocada, dio por contestada la demanda arbitral citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia de conciliación y en caso de que ésta fracase, para establecer los gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento, el día 2 de octubre de 2015 a las diez de la mañana (10:00 a.m.). Dicha providencia fue notificada a los apoderados de las partes y al Ministerio Público el día 24 de septiembre de 2015, y se citó a las partes mediante Oficios 002 a 004 remitidos por correo electrónico el día 29 de septiembre de 2015. (Folios 298 a 316, Cuaderno Principal).

D. Audiencia de Conciliación

- Mediante correo electrónico recibido el 2 de octubre de 2015 a las 10:08 am, día programado para la audiencia de conciliación, el doctor **JORGE ELIÉCER PERALTA NIEVES** presentó renuncia a su condición de árbitro dentro del presente trámite, debido a problemas judiciales que debe atender personalmente en su anterior trabajo en Fiduciaria La Previsora S.A.
- Por lo anterior, el Tribunal mediante Auto No. 4 de la misma fecha acepto la renuncia presentada, y en cumplimiento de lo dispuesto por las partes presentes en la audiencia, ordenó comunicar al doctor **WILSON TONCEL GAVIRIA** su designación y suspender la audiencia de conciliación hasta que se surtiera tal procedimiento, y reanudar la misma si había aceptación del designado el día 19 de octubre de 2015 a las tres y treinta de la tarde (3:30 pm).
- El día dos (2) de octubre de 2015, el doctor **WILSON TONCEL GAVIRIA** aceptó su designación como árbitro dentro del presente trámite mediante comunicación radicada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias., allegando con ella las manifestaciones correspondientes en relación con su deber de información

en los términos del artículo 15 de la Ley 1563 de 2015 (Folios 323 a 326, Cuaderno Principal).

- En la continuación de la audiencia de conciliación, dado que no hubo ánimo de arreglo entre las partes, el Tribunal estimó que en dicha oportunidad no era posible llegar a una solución conciliatoria, declarando fracasada la audiencia de conciliación mediante Auto No. 5 de 19 de octubre de 2015 (Folios 327 a 332, Cuaderno Principal).

A. Honorarios y gastos del Tribunal

- Una vez agotado el trámite de la demanda arbitral y su contestación, el pronunciamiento hecho sobre las excepciones de mérito por la parte Convocante, el Tribunal mediante Auto No. 6 de 19 de octubre de 2015 procedió a fijar los gastos y honorarios de conformidad con las tarifas fijadas por el Decreto 1069 del de 2015, por tratarse de un arbitraje de carácter legal en los términos de numeral 3º del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad (Folios 332 a 338, Cuaderno Principal).

IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

- Fracasada la audiencia de conciliación y pagados los honorarios y gastos decretados, el Tribunal mediante Auto No. 7 de 17 de noviembre de 2015 citó a las partes y al Ministerio Público a la primera audiencia de trámite en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias el día 27 de noviembre de 2015, providencia que fue notificada el día 23 de noviembre de 2015 (Folios 350 a 358, Cuaderno Principal).
- El día 27 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se pronunció sobre su competencia, teniendo en cuenta el Tribunal para el efecto el contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, según quedó antes transcrita, y además, los siguientes aspectos entre otros:

A. Las partes y su representación

Las partes son personas jurídicas plenamente capaces, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación.

A) Parte Convocante:

La parte Convocante en este proceso arbitral es el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, conformado por las siguientes personas jurídicas:

- **CONSTRUCTORA EMMA LTDA.**, domiciliada en la ciudad de Cartagena, D. T. y C. y representada legalmente por el señor **EFRAÍN FERNANDO AMÍN BAJAIRE**, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.
- **KMA CONSTRUCCIONES S.A.**, domiciliada en la ciudad de Bogotá, D. C. y representada legalmente por el señor **MENZEL AMÍN BAJAIRE**, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.
- El **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** fue constituido mediante documento privado de veintiséis (26) de octubre de 2006, y está representado legalmente para efectos contractuales por el señor **EFRAÍN AMÍN BAJAIRE**; no obstante, la constitución del mismo fue modificada mediante acuerdo de treinta (30) de enero de 2013 como consecuencia de la cesión de participación de los miembros iniciales a las sociedades **CONSTRUCTORA EMMA LTDA. y KMA CONSTRUCCIONES S.A.**, aprobada por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital como parte contratante mediante Resolución No. 2712 del 11 de diciembre de 2012, según consta en el expediente, y apoderado a la fecha de la presente providencia el Dr. **JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ**, debidamente reconocido por el Tribunal, previa aceptación de la revocación del poder al doctor **JORGE LUIS PADILLA SUNDHEIN** mediante Auto No. 11 de 18 de enero de 2016 (Folios 383 a 388, Cuaderno Principal).

B) Parte Convocada:

- La parte Convocada en este proceso arbitral es el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, entidad del orden distrital representada por el Alcalde Mayor de la ciudad, quien delegó la función de otorgar poderes en nombre y representación del Distrito para comparecer en procesos judiciales, tribunales de arbitramento y en actuaciones extrajudiciales o administrativas ante entidades de cualquier orden, relacionadas con asuntos en los cuales tenga interés o se encuentre vinculado, en el(a) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, según consta en el artículo 17. 1 del Decreto 0228 de 26 de febrero de 2009 (Folios 250 a 268, Cuaderno Principal).

- En el presente proceso, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para la época de la contestación a la demanda arbitral, **JAIME RAMÍREZ PIÑEREZ**, otorgó poder al doctor **JOSE RAFAEL BELTRÁN MORENO** (Folio 249, Cuaderno Principal), siendo el mismo suficiente para la representación de las dos entidades convocadas en el presente proceso, por cuanto el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** es una entidad del orden central de la Administración Distrital, sin personería jurídica.

B. La demanda

La reforma de la demanda arbitral presentada contiene pretensiones declarativas y de condena, fundamentos de hecho, y de derecho, solicitud del decreto de algunas pruebas y se aporte de otras.

1. Hechos en que se sustenta la reforma de la demanda

En la reforma de la demanda se plantearon los hechos en los que se basan las pretensiones, a los cuales se hará referencia de manera detallada en el acápite de las consideraciones del Tribunal.

2. Las pretensiones

A continuación se transcriben las pretensiones formuladas en el escrito de reforma de la demanda:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

PRIMERA: *Que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 por parte de las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), por no haber pagado los errores de riego de valorización, entre otros, conforma a la cláusula vigésima tercera (23ª) del contrato, referente a la Garantía de Ingreso de los recursos causados por valorización.*

SEGUNDA: *Que se declare el incumplimiento del Contrato de No. VAL-02-06 por parte de las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), por no honrar sus obligaciones contractuales conforme a lo señalado en los (sic) la cláusula séptima (7ª) del contrato, entre otras, las referentes a la obligación de adquisición y legalización de predios, atendiendo que expidió los actos administrativos (ofertas de compra) mucho tiempo después de la disposición de los predios y de la ejecutoria de la resolución de asignación de la contribución de valorización.*

TERCERA: *Que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 por parte de las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), por no haber garantizado el ingreso pactado por valorización del 10% del descuento que contempla el artículo 79 del acuerdo 010 de 2005, los cuales afectan el valor del contrato y disminuyen el ingreso esperado y pactado en el contrato a favor del Consorcio Isla Barú.*

CUARTA: *Que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 por parte de las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE*

CARTAGENA DE INDIAS) del reconocimiento y pago de las obras complementarias necesarias para el adecuado funcionamiento del proyecto de acuerdo con exigencias técnicas y funcionales, que fueron ejecutadas por el Consorcio Vial Isla Barú en desarrollo del Contrato de Concesión VAL- 02-06.

QUINTA: *Que se declare patrimonialmente responsable a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS) por los daños antijurídicos sufridos por parte del convocante (Consorcio Vial Isla Barú) en la ejecución del contrato de concesión VAL 02-06, por los actos, hechos y omisiones antijurídicas que se probarán en el curso del proceso.*

PRETENSIONES DE CONDENA:

PRIMERA: *Que, como consecuencia de la declaración contenida en la Pretensión Primera (1ª) Declarativa, se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS) a reconocer y pagar al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ las siguientes sumas de dinero:*

- a. **DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENA (sic) Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$295.661.690) MONEDA LEGAL COLOMBIANA,** *por concepto de errores de riego por disminuciones de áreas grabadas (sic) por las Resoluciones No. 2658 de 21 de junio de 2010; 3126 del 03 de mayo de 2011; 0467 del 28 de enero de 2011; 0011 del 05 de enero de 2011; 2407 del 29 de octubre de 2012; 4153 del 18 de julio de 2011 y 0068 del 27 de enero de 2012.*

- b. **UN MIL SETECIENTOS DIECISÉIS MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.716.516.544) MONEDA LEGAL COLOMBIANA,** *por concepto de saldo de errores de riego por cambios de nombres del sujeto pasivo de la contribución de valorización, reconocidas por la Resolución No. 5108 del 28 de octubre de 2012.*

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la Pretensión Segunda (2ª) Declarativa, se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a reconocer y pagar al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, la suma de **SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$749.835.238) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, por concepto de disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación de 15% del descuento que contempla el artículo 112 (numeral 1º) del Acuerdo Distrital No. 010 de 2005 (Estatuto de Valorización Distrital), soportadas en las Actas de Compensaciones de Obligaciones que suscribió la Tesorería Distrital de Cartagena (Unidad de Jurisdicción Coactiva) con las sociedades PRIMEVALUESERVICIOS S.A.S. e INVERNAC S.C.A. donde se aplicó el 15% de descuento a las contribuciones de valorización que adeudan los predios de estas sociedades.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la Pretensión Tercera (3ª) Declarativa, se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a reconocer y pagar al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, la suma de **UN MIL NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$1.096.434.833) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**. Por concepto de disminuciones de las contribuciones de valorización por la aplicación del 10% del descuento que contempla el artículo 79 del Acuerdo Distrital No. 010 de 2005.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la Pretensión Segunda (2ª) Declarativa, se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a reconocer y pagar al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, la suma de **NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES VEINTISÉIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS**

(\$918.026.995,48) MONEDA LEGAL COLOMBIANA; por concepto de la realización de las obras complementarias para el adecuado funcionamiento del proyecto denominado: "Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú" conforme el Acta de Ejecución de Obras Complementarias evaluadas por la interventoría del `proyecto (universidad de Cartagena) y reconocidos por el Distrito de Cartagena de Indias D.A.V.D.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración contenida en las Pretensiones Declarativas 1º, 2º, 3º y 4º , se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a pagar a las sociedades miembros de CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, todos los perjuicios materiales presentes y futuros (consolidados y no consolidados) que se prueben dentro del presente proceso, originados con ocasión al cumplimiento del contrato por parte de las convocadas.

SEXTA: Que se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a pagar al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, todos los perjuicios moratorios que se prueben dentro del presente proceso, sufridos por la parte Convocante como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Concesión VAL-02-06.

SÉPTIMA: Que se condene a las convocadas (DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), a pagar al Consorcio, el valor de los perjuicios que sufrió el contratista en la modalidad de daño emergente, como consecuencia del pago que a modo de Cuota Litis que debe pagar (sic) el citado consorcio al suscrito; lo anterior, de conformidad con el valor de la condena que en el laudo se ordene y según el pacto de honorarios conforme al contrato de prestación de servicios profesionales que se anexa.

OCTAVA: Que las sumas reconocidas por las pretensiones condenatorias, se actualicen debidamente mediante la aplicación del índice de precios al consumidor (I.P.C.) y las fórmulas de corrección monetaria que ha establecido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo anterior, para efectos de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

NOVENA: *Que el laudo que dé mérito favorable a las pretensiones de la demanda, se le ordene el cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA.*

DÉCIMA: *Que se condene a las entidades convocadas, al pago de las costas que le ocasione a la convocante la presente convocatoria y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferir el laudo arbitral que ponga fin al presente proceso.*

UNDÉCIMA: *Que se ordene a las entidades convocadas reconocer a cada una de las sociedades miembros del CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ sobre las sumas de dinero objeto de condena, intereses moratorios conforme lo indica el CPACA.*

DUODÉCIMA: *Que se ordene a las parte (sic) demandadas dar cumplimiento a la sentencia dentro de un término no mayor de Diez Meses (10), contados a partir de su fecha de ejecutoria del laudo.*

C. Contestación a la demanda y excepciones

- El apoderado de la parte Convocada dio respuesta a la demanda dentro del término legal, proponiendo para el efecto las siguientes excepciones:
- *INEXISTENCIA DE LAS CAUSAS ALEGADAS COMO GENERADORAS DE LAS PRETENSIONES.*
- *EXCEPCIONES INNOMINADAS OFICIOSAS.*

D. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal

Al decidir sobre su competencia, el Tribunal manifestó que al analizar el contenido de las controversias puestas en su conocimiento encuentra acreditada la existencia del pacto arbitral, las controversias planteadas están cobijadas por el mismo, y son

susceptibles de disposición y transacción, con lo que se ha cumplido cabalmente el trámite inicial previsto en la Ley 1563 de 2012, el cual se encuentra agotado en debida forma, de modo que se reúnen los presupuestos necesarios para que el Tribunal asumiera competencia.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal resolvió declararse competente para decidir en derecho, las diferencias sometidas a su consideración tanto en la demanda como en la contestación a la misma, mediante Auto No. 8 de 27 de noviembre de 2015 (Folios 359 a 373, Cuaderno Principal).

V. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite, mediante Auto No. 9 de 27 de noviembre de 2015 decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1. Documentales

- En el expediente obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocante junto con (i) la demanda arbitral, enunciados y numerados en el acápite "9.1. DOCUMENTALES APORTADAS LITERAL I)", y (ii) el pronunciamiento sobre excepciones propuestas por la parte Convocada, enunciados y numerados en el acápite II MEDIOS DE PRUEBAS - 2.1. DOCUMENTALES APORTADAS, NUMERALES 1 A 54" (Folios 52 a 56 Cuaderno Principal No. 1; Folios 1 a 635, Cuaderno de Pruebas No. 1; Folios 1 a 581, Cuaderno de Pruebas No. 2; Folios 1 a 606, Cuaderno de Pruebas No. 3; Folios 1 a 602, Cuaderno de Pruebas No. 4; Folios 1 a 622, Cuaderno de Pruebas No. 5; Folios 1 a 654, Cuaderno de Pruebas No. 6; Folios 1 a 639, Cuaderno de Pruebas No. 7; Folios 217 a 222, Cuaderno de Pruebas No. 8).
- Igualmente, obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocada junto con la contestación de la demanda, enunciados y numerados en el acápite "PRUEBAS" y "Documento de pago hecho por el Distrito a favor del Convocante" (Folios 223 a 648, Cuaderno de Pruebas No. 8; Folios 1 a 470, Cuaderno de Pruebas No. 9).

- Adicionalmente, al expediente se incorporaron los documentos que fueron allegados en respuesta Oficio 005, dirigido a la **NOTARÍA SEGUNDA DE CARTAGENA DE INDIAS**, para la práctica de la prueba trasladada ordenada por el Tribunal (Folios 471 a 492, Cuaderno de Pruebas No. 9).

2. Dictámenes periciales

- Se decretaron como prueba los dictámenes periciales de parte relacionados en el acápite "9.1. DOCUMENTALES APORTADAS LITERAL H), NUMERALES 59 A 61" aportados con la demanda, en los términos del artículo 227 del Código General del Proceso. (Folio 640, Cuaderno de Pruebas No. 7; Folios 1 a 216, Cuaderno de Pruebas No. 8).

3. Testimonios

- El día 18 de enero de 2016 se practicó el testimonio de **JAIME FORTICH GUTIÉRREZ** (Folio 389, Cuaderno Principal).
- El día 18 de enero la parte Convocante desistió de los testimonios de **NORBERTO SABOGAL** y **ALEJANDRO PEREIRA**, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 12 de la misma fecha (Folios 384 a 388, Cuaderno Principal).

VI. TÉRMINO DEL PROCESO

Analizada la cláusula compromisoria y su modificación, no se encuentra en ella previsión sobre la duración del proceso, por lo cual, tratándose de un Tribunal de carácter legal, tienen aplicación los artículos 10 y 30 de la Ley 1563 de 2012.

Durante el trámite, se decretaron las siguientes suspensiones:

- Mediante Auto No. 10 de 27 de noviembre de 2015, se suspendieron los términos del proceso entre el 28 de noviembre de 2015 y el 17 de enero de 2016, ambas fechas inclusive, con amparo en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 (Folios 377 y 378, Cuaderno Principal).

- Mediante Auto No. 12 de 18 de enero de 2016, se suspendieron los términos del proceso entre el 21 de enero y el 11 de febrero 2016, ambas fechas inclusive, con amparo en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 (Folios 387 y 388, Cuaderno Principal).

De acuerdo con lo anterior, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

VII. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En audiencia que tuvo lugar el día 3 de marzo de 2016, los apoderados de las partes y el Ministerio Público presentaron verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregaron un resumen escrito que fue incorporado al expediente (Folios 403 a 466, Cuaderno Principal).

La parte demandante es del criterio que se han estructurado en el caso los elementos de la responsabilidad contractual, arguyendo incumplimiento del DISTRITO en la ejecución del Contrato de Concesión No.VAL-02-06 celebrado con el Consorcio Vial Isla Barú, así como por ruptura del equilibrio contractual por causas imputables al Distrito. Dice que "está probado que el daño o perjuicio irrogado al CONSORCIO VÍAL ISLA BARÚ fue acreditado en el informe pericial financiero contable (Ver Folks. 1 al 202 del Cuaderno de Pruebas No. 8) donde se presenta el grado de afectación económica causado a la convocante, entendiendo que están probados los perjuicios que aduce, así:

"A.-) ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO.

i.) Por errores de riego la cifra de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$295.661.690).

ii.) Por el saldo de errores de riego MIL SETECIENTOS DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.716.516.544).

iii.) Por la disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación del 15% de descuento, la suma de SETECIENTOS

CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$749.835.238).

iv.) Por la disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación del 10% de descuento, la suma de MIL NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$1.096.434.833)

*Las anteriores cifras se les incluyeron intereses por parte del perito al momento de la presentación del dictamen, arrojando un valor de TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCO PESOS (\$ 3.858.448.305) **(Pág. 22 del Dictamen Financiero y/o Fol. 24 del Cuaderno de Pruebas No. 8)***

*De igual forma, en el Acta de Evaluación y Ejecución de Obras Complementarias necesarias para el correcto funcionamiento del proyecto denominado "Construcción y Mejoramiento Transversal de Barú Contrato de Concesión VAL 02-06", se establece que las obras complementarias, fueron por valor de NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON CUARENTA Y OCHO (\$ 918.026.995.⁴⁸) **(Ver Fols. 552 al 577 del Cuaderno de Pruebas No. 7)***

B.-) IMPUTACIÓN CAUSA DEL DAÑO:

La causa dañosa –sin lugar a dudas– tiene su origen en el incumplimiento de las cargas obligaciones a cargo del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, se evidencia como nexo causal en la relación directa de todas las vicisitudes planteadas y el efecto económico adverso evidenciados con las pruebas periciales, testimoniales y documentales, donde se verifican el incumplimiento contractual del Distrito.

(...)

"VI.- PETICIONES:

... que se declare el incumplimiento del contrato por parte del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL, y consecuentemente se ordene el reconocimiento y pago de acreencias adeudadas al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ dentro del contrato de concesión No. VAL-02-06, por concepto de: i.-) Errores de riego, ii.-) Disminución de las contribuciones de valorización por el incumplimiento de los plazos de la contratante en la compra de predios que dio lugar a la aplicación de descuentos en los ingresos esperados, iii.-) Disminución de las contribuciones de valorización por descuentos por pronto pago, los cuales afectan el valor del contrato y disminuyen el ingreso esperado, pactado y garantizado en el contrato a favor del Consorcio Vial Isla Barú, y iv.-) Obras complementarias necesarias realizadas y no pagadas, razón por la cual, deberá restablecerse en forma "INTEGRAL" al Concesionario según los perjuicios acreditados por el perito a efectos de garantizar el patrimonio del contratista."

La parte demandada en su alegato dice:

"Deberá el honorable tribunal deprecar negativamente las pretensiones de la demanda arbitral, por cuanto las mismas carecen de fundamentos jurídicos y fácticos, tal como quedó acreditado con la contestación de la demanda y la sustentación de las excepciones de mérito que fueron presentadas.

Desde ya solicitamos que los argumentos y fundamentos expuestos como sustento de las respectivas excepciones que se presentaron con la contestación de la demanda sean incorporadas como parte de nuestros alegatos de conclusión.

Tal como lo manifestamos al sustentar nuestras excepciones, efectivamente, las pruebas obrantes y especialmente las documentales que obran en el expediente demuestran que el Distrito

de Cartagena no ha incumplido el contrato de concesión VAL-02-06; sino que por el contrario la entidad contratante se ha allanado al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En cuanto al pago de errores de riego, se encuentra acreditado que el Distrito de Cartagena mediante la Resolución número 5108 del 28 de octubre de 2011, cuya copia fue aportada por el convocante, le reconoció y pagó a éste de la suma de \$2.202.535.954 por concepto de error de riego de la contribución por la obra de Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal Isla Barú, en virtud del Contrato de Concesión VAL-02-06. Así mismo, fue expedida la Resolución número 5501 del 20 de diciembre de 2011, en la cual fueron incluidos en el riego de valorización dos (2) predios que habían sido excluidos previamente en la Resolución número 5108 ibídem; se trató de los predios identificados con los números 980 y 981 a nombre de Lucía Alvarado Pacheco y Francisco Villarreal Herrera, por valor de \$222.183.620 y \$45.995.988., respectivamente...”.

En el concepto del Ministerio público este comienza por estudiar “lo concerniente al contrato de concesión según la Ley 80 de 1993 que establece en su artículo 32 numeral cuarto (4º)” tal vez para puntualizar la naturaleza del contrato fuente de controversia y concluye que se debe **ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda dice que:

“si la entidad convocada hubiera ejercido sus obligaciones oportunamente no se hubiera desencadenado la disminución en los ingresos recibidos como forma de pago. Por lo anterior consideramos que debe prosperar el pago por parte del concedente de la suma correspondiente a los descuentos de 15% efectuados”; también concluye que en cuanto al incumplimiento por disminución del ingreso previsto por valorización por aplicación del 10% que trae el acuerdo N° 010 de 2005 como incentivo al pago de la valorización, “no es procedente la pretensión puesto que esto ha debido ser previsto por el concesionario al momento del contrato, ya que dicho acuerdo existía con anterioridad y a diferencia del descuento reclamado en la

pretensión anterior no estaba supeditado a ningún comportamiento por el Distrito”.

En cuanto a las mayores cantidades consideramos que no es esta instancia la propia para exigir su cumplimiento, pues ya fue asunto de discusión en un Tribunal de Arbitramento anterior.

CAPÍTULO SEGUNDO:

ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LA DEMANDA

Observa el Tribunal que los presupuestos procesales, es decir, los requisitos formales necesarios e indispensables para resolver el fondo del litigio, convergen en el presente proceso, debido a que las partes cuentan con plena capacidad, y han acudido al presente proceso debidamente representadas. Así igual, no hay duda sobre la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la controversia, y que la demanda, que suscito el presente proceso, reúne los requisitos legales de forma.

En rigor lo medular del asunto es determinar si existe o no incumplimiento del Contrato de Concesión VAL-02-06 por parte del **DISTRITO TRURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, para ello se impone estudiar la naturaleza del contrato y según sea el contrato, de obra o de concesión, apreciar si la demandada incurrió en los yerros que puntualiza la demandante en su demanda y alegato final, como también estudiar la procedencia de los argumentos de oposición alegados por la parte convocada, y lo expuesto por el Ministerio Público, en su alegato de conclusión. Después se ha de abordar el estudio de los problemas jurídicos relevantes planteados por la parte demandante.

1. NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRATANTE Y RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO VAL 02-06

1.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRATANTE:

En el caso *sub litis*, es evidente que una de las partes en conflicto es el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, que es

una entidad territorial del Estado¹, persona jurídica de derecho público con autonomía para la gestión de sus intereses² y la otra, es el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, integrada por las sociedades **KMA CONSTRUCCIONES S.A.**, identificada con Nit 830.094.920-5 y **CONSTRUCTORA EMMA LTDA.** Identificada con Nit. 806.014.108-1, ambas inscritas en las Cámaras de Comercio de Cartagena.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de entidad de derecho público del contratante, le es aplicable el ordenamiento jurídico de contratación estatal referenciado en la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas vigentes para la época de celebración y ejecución del contrato, en virtud de lo señalado en el artículo 1 de dicho Estatuto contractual, donde se determina que ese régimen aplica a las entidades estatales y, en su artículo 2, literal a), se incluye dentro de éstas, a los Distritos.

A igual conclusión se llega de la interpretación de las estipulaciones contractuales convenidas por las partes. Así, por ejemplo, la Cláusula Cuadragésima Octava del negocio referenciado, establece que:

Son documentos complementarios de este contrato los siguientes: (...)

6. La Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y complementarias.

(...)³.

Así las cosas, sin hesitación alguna observamos que el contrato de concesión VAL 02-06 se regula por las normas de la contratación estatal, puesto que una de las partes del mismo es una entidad estatal, y además, se pactó en él que la ley por medio del cual se regulan los contratos estatales hacen parte del mismo.

¹ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Art.286).- "*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley*". (Subrayas Nuestras)

² Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Art.287).- Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.

³ Cfr. Contrato de Concesión VAL 02-06 (Visible en el folio 20 del CUADERNO PRINCIPAL No. 1)

1.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO VAL 02-06

Es pertinente identificar a cual tipo de contrato responde el que se estudia, que si bien explícitamente no es tema objeto de controversia en este proceso arbitral, debe tenerse en cuenta que en la labor de interpretación de los contratos, el operador jurídico no debe olvidar que de la naturaleza jurídica de un contrato así será su régimen jurídico aplicable y aquella no depende de la denominación que las partes le den al contrato, sino de su esencia⁴.

En el presente caso, estamos frente a un contrato celebrado entre las partes referenciadas, denominado por las mismas **CONTRATO DE CONCESIÓN VAL 02-06**, cuyo objeto es otorgar al contratista: "*la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú*", vislumbrándose así la ejecución de una obra por parte del contratista, con la fórmula de pago que más adelante se establece.

Respecto los contratos estatales de obra y de concesión, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en sus numerales 1º y 4º, respectivamente, señala:

***"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.
(...)***

Numeral 1º:

"Contrato de Obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

⁴ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil, Sentencia de Septiembre 11 de 1984, entre otras.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.” (...)

Numeral 4º consagra:

4o. Contrato de concesión.- *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio 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, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

1.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

La doctrina ha explicado la figura del contrato de obra pública de la siguiente manera:

Por tal se entiende el acto en cuyo mérito el Estado conviene con un tercero la realización de una obra que le permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios.

Si la "obra" no se vinculare a "funciones esenciales o específicas" del Estado, a "fines públicos" propios del mismo, el contrato no sería "administrativo", pues entonces el Estado, en lugar de realizar "funciones" esenciales y específicas puestas a su cargo por la Constitución, en lugar de cumplir "fines" públicos propios de su calidad de Estado, sólo estaría realizando

meras "actividades" instrumentales, como las que podría realizar cualquier administrado o particular⁵.

Así mismo, se ha dicho sobre el contrato de obra pública:

El contrato de obra pública tiene por objeto la realización de una obra pública, es decir, y conforme a la noción que de esta última hemos dado, obtención de un bien inmueble o mueble, de un objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener en forma directa e inmediata el logro o la satisfacción de un interés público. Este objeto, así explicado, permite fijar adecuadamente la noción del contrato de obra pública, al centrarlo en un área que ha quedado claramente delimitada.

Finalmente, se deja suficientemente claro en la definición propuesta, que la obra pública que es el objeto del contrato de obra pública se obtiene mediante el pago de un precio, que es satisfecho por la administración pública, con lo que son excluidas (sic) las otras situaciones que ha hecho referencia precedentemente y que quedan comprendidas dentro del contrato de concesión de obra pública⁶.

Se notan, así, rasgos generales en la doctrina sobre el contrato de obra pública que reflejan en todo caso la consecución de un particular para la intervención material de un bien de la Administración pública.

Asimismo, el contrato de obra pública lo define el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993 de manera amplia, ya que permite encuadrar en la misma cualquier actividad material sobre un bien público al consagrar que "*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*".

⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Teoría general, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1995, pp. 536 y 537.

⁶ HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. II, Buenos Aires, ed. De Palma, 1979, 181 y 182.

Entonces, resulta claro para el Tribunal que la Ley 80 de 1993, estableció unos elementos específicos, que estableció el numeral 1 del artículo 32 para identificar los contratos de obra pública, así:

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 segundo.

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*"⁷.

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 Decreto Ley 222 de 1983, que indicaba de manera expresa las formas bajo las cuales se podía contratar una obra pública. Así lo ha expuesto la jurisprudencia contenciosa administrativa:

Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe ésta precisar las condiciones de costo, las obras o

⁷ 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.

servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5º, literal c)º.

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.

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”*⁹. 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.

1.4 NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

La doctrina encuentra como elementos identificables de la concesión de obra pública, los siguientes:

La concesión de obra pública es el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla.

Dos elementos esenciales integran esta definición: a) construcción de una obra pública; b) financiación a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio¹⁰.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 18.080.

⁹ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, s.f., p. 37.

¹⁰ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.

En la Ley 80 de 1993 se estableció entonces la concesión de obra pública como un contrato autónomo frente a la obra pública. Ya no se habla de una forma de pago del contrato de obra pública, sino de una tipología contractual individual con rasgos plenamente diferenciables, consagrados en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio 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, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Como se observa, la Ley 80 de 1993 estableció a la concesión como un contrato autónomo que tiene tres variables: (i) un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

Entre los elementos que contiene el 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: En la actualidad los riesgos deben asumirse por quien esté en mejor condición de soportarlos, así se desprende del artículo 4º de la ley 1150 de 2007¹¹ y decretos que lo han desarrollado, lo que no ocurría para la época de los contratos de concesión de primera generación donde prácticamente no había reparto de riesgo y eran asumidas por la entidad.
- Forma de financiación: cualquiera que las partes acuerden. Vemos que la Ley 80 de 1993 no estableció 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. En esa medida, el concesionario puede no pagarse con la utilidad esperada de quien hace uso de la infraestructura.

Entre otras de las sentencias que se ocupan del tema citamos la C-068/2009 en la cual la Corte Constitucional se refirió así al contrato de concesión, en los siguientes términos:

"(...)La Corte Constitucional¹² y el Consejo de Estado¹³ han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características de la figura, así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública

¹¹Artículo 4º. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

¹² Sentencia C-250 / 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-711 / 1996, M.P. Fabio Morón Díaz

¹³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diciembre 9 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921) Magistrado Ponente. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 19 de junio de 1998, Radicación 10217. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque

mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) 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; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) 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; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

De esta manera, puede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos -como en el caso que se estudia- existiendo en muchos casos la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión.

3.2.2. Esta Corte ha avalado la constitucionalidad de las concesiones, como instrumento de gestión que promueve la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos. Así, en Sentencia C-407 de 1994, la Corte avaló la constitucionalidad de la prestación de los servicios de correos por los particulares, mediante contratos de concesión, al declarar exequible el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 precisó:

«... el artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada -como lo señala el demandante-, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos -como especies del género común de servicios postales-, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada.»

En relación con los contratos de concesión, la Doctrina especializada¹⁴ ha señalado:

*"El contrato estatal se configura, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, como el instrumento más importante y expedito, en la hora actual de nuestras instituciones constitucionales y administrativas, para hacer viable los propósitos concesionales, en su doble connotación de concesiones de servicios públicos, y **de concesiones de obras públicas**, o para la ejecución de la necesaria infraestructura que reclama el desarrollo económico nacional; modalidades, que no obstante, la diferencia que de ellas hacen algunos ordenamientos, se encuentran ligadas por un mismo destino y sendero histórico, dado el carácter prácticamente complementario de los objetos que ambas persiguen para la satisfacción de las necesidades de la comunidad; objetos que, en muchos casos son articulados en los modelos financieros y económicos, estructurados, para atender, por la vía del*

¹⁴ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Tesis Doctoral "El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos" Universidad Carlos III de Madrid. 2010, p. 58-60.

contrato, las necesidades de la comunidad, en procura de ofrecer respuestas integrales en relación con las mismas, generando una muy interesante comunidad jurídica y financiera, (...)

Por otra parte, de 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 consiste 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, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la "prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público".

Sin embargo, y en esto se observa el carácter abierto y de objeto plural del modelo concesional adoptado en la legislación de contratos públicos nacional, es perfectamente posible y válido, que surjan contratos de concesión que conjuguen ambas hipótesis, esto es, ejecutando obra pública en la perspectiva del servicio mismo, lo que denota, efectivamente, que en 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".

"Los contratos de concesión son (...) instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de

telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes (...)

A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos (...)¹⁵.

En jurisprudencia reciente, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, expuso sobre el particular, lo siguiente:

"En cuanto a la definición de los contratos de concesión, se sabe que "Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

(...)

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 300 de 2012. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La concesión administrativa es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes – dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras – infraestructura pública, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos – negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas⁷– para explotarlos económicamente⁵⁸ con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador.

Esta Corporación ha manifestado con relación al contrato de concesión:

"La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual".

De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión⁶⁹: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato...¹⁶.(Cursivas fuera de texto).

2. BASES ECONÓMICAS DEL CONTRATO VAL 02-06,

2.1 Condiciones financieras pactadas en el Contrato.

Del estudio, de entre otras, cláusulas del Contrato de Concesión VAL 02-06, como sus cláusulas 1ª su objeto, 2ª plazo de ejecución, 5ª forma de pago y 7ª otras obligaciones del concedente, apreciamos cuál es su estructura económica, y ello nos muestra el tipo de contrato que es, que para mejor comprensión transcribimos:

"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- *El objeto del presente contrato es el de otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión "Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú" el cual incluye: a.) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato. b.) Construcción de la vía (31kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kmts*

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 22 de octubre del 2015. Exp. No. 48.061.

aproximadamente); c.) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.

CLAUSULA SEGUNDA: PLAZOS (...)D) *El plazo total para la ejecución de las tres etapas del contrato es de sesenta y seis (66) meses, contados a partir de la fecha de iniciación de la etapa de programación, el cual podrá prorrogarse según las circunstancias que se prevén en este contrato.*

CLAUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO. *EL CONCEDENTE pagará al CONCESIONARIO la recuperación de la inversión en el proyecto, más el mantenimiento y en general todos los costos relacionados en la propuesta, durante la concesión, **mediante la cesión que EL CONCEDENTE hace a favor de EL CONCESIONARIO de los derechos de recaudo de la contribución de valorización decretada y liquidada para este proyecto que EL CONCEDENTE garantiza** (...) (resaltados del Tribunal)*

CLAUSULA SEPTIMA. OTRAS OBLIGACIONES DEL CONCEDENTE. (...)2. Obtener la Licencia Ambiental y la Aprobación del Plan de Manejo Ambiental del proyecto y cederlo a EL CONCESIONARIO."4. Adelantar los procesos de expropiación de los inmuebles afectados por el proyecto cuando ello sea necesario. (...) 8. EL CONCEDENTE garantizará prontitud en las acciones que le corresponda en la compra o expropiación de predios afectados por la vía".

Ahora, tal como lo indicamos antes, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el contrato de concesión la remuneración del contratista "puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden", y por ende, en el presente caso estamos frente a un contrato de concesión de obra pública.

2.2 Laudo Precedente

No es posible dejar de mencionar que de la "naturaleza jurídica del contrato VAL-02-06", hubo un pronunciamiento en un primer Tribunal de Arbitramento convocado por el **CONSORCIO ISLA BARÚ** contra el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA**, en el cual se debatieron otras pretensiones diferentes a las que se estudian en este proceso, y cuyo Laudo Arbitral fue proferido el 4 de marzo de 2013, donde se concluyó que el contrato no contempló la "**explotación de la infraestructura otorgada en concesión**" y entendió que en el contrato de concesión debe pactarse "**actividades propias de aprovechamiento de la infraestructura y de la explotación del mismo por parte del contratista**", concluyendo en consecuencia, que se trataba de "***un típico contrato de obra pública***"

2.3 Posición Precedente

No obstante la anterior conclusión, este Tribunal Arbitral tiene en cuenta el estudio del Árbitro Wilson Toncel Gaviria, quien aclaró su voto ante la posición mayoritaria de los Árbitros en el citado laudo arbitral, donde fue del criterio jurídico que el contrato VAL-02-06, sí es de concesión, y no de obra pública, argumentando insularmente en aquella oportunidad:

"(...) Al estudiar el objeto del contrato encontramos que fue estableció en la CLAUSULA PRIMERA: "de otorgar a EL CONCESIONARIO, la Concesión "Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú" el cual incluye: a) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato. b) 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); c) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.

La forma de pago del contrato quedó establecida así en la CLAUSULA QUINTA: "EL CONCEDENTE pagara al CONCESIONARIO la recuperación de la inversión en el proyecto, más el mantenimiento y en general todos los costos relacionados en la propuesta, durante la concesión, mediante la cesión que EL CONCEDENTE hace a favor de EL CONCESIONARIO de los derechos de recaudo de la contribución de valorización decretada y liquidada para este proyecto, que EL CONCEDENTE garantiza. Para la recuperación de la inversión se precederá así: Cesión de la contribución de Valorización decretada y liquidada por EL CONCEDENTE, según la oferta de EL CONCESIONARIO recauda en los montos y oportunidades establecidos en el Plan de Pagos, establecidos en la resolución de decretación (sic) y liquidación de la contribución, que se incluye como anexo No. 1 a este contrato, expresadas en pesos colombianos de 19 de diciembre de 2006 y serán actualizadas de acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo de la CLAUSULA CUARTA"

La definición legal del contrato de concesión la hace el artículo 32 numeral 4º de la ley 80 de 1993 donde nos dice que: "4º) Contrato de Concesión. "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario de la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicios 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, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"

Lo anterior va de la mano a lo establecido en el Ley 105 de 1993 donde en su artículo 30 con claridad se precisó la regulación sobre la recuperación de la inversión en los siguientes términos: "Art. 30. Del contrato de concesión. Del de La Nación, los departamentos, los

distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedara establecida en él y será de obligatorio cumplimiento para las partes"

En tanto que el contrato de obra pública mantiene una concepción amplia en la ley 80 de 1993 artículo 32 de la ley que establece: "Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago."

Así que en el contrato de concesión el Estado otorga a un particular, la prestación de un servicio público, la construcción de una obra o la explotación de un bien de uso público, actividades que se deben desarrollar por cuenta y riesgo del contratista, lo que implica que este aporta recursos propios para la ejecución del proyecto y también la financiación que obtenga por medio de créditos bancarios o negocios fiduciarios y para recuperar la inversión se le puede otorgar derechos, tarifas, tasas, valorización, No solo la participación que se le otorgue en la explotación del bien, obra o servicio, como lo entendió la posición mayoritaria de los Árbitros, aspecto diametralmente distinto a lo previsto para el contrato de obra, que repito, la retribución pactada fue "mediante la cesión que EL CONCEDENTE hace a favor de EL CONCESIONARIO de los derechos de recaudo de la contribución de valorización decretada y liquidada para este proyecto, que EL CONCEDENTE"

2.4 Posición de este Tribunal en cuanto al tipo contractual

Visto el estado de las cosas, con apoyo en el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, artículo 30 de la Ley 105 de 1993, Doctrina, jurisprudencia de la Corte Constitucional y el clausulado del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006, este Tribunal asume y hace suya la posición planteada por el Arbitro Wilson Toncel Gaviria dentro del proceso anterior en el Laudo Arbitral de 4 de marzo de 2013, por lo tanto, señalamos sin ninguna duda que en el presente caso, **estamos frente a un CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**, no sólo por estar así denominado en el contrato, sino que de su objeto y remuneración pactada, le correspondió al contratista la Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú y su remuneración la obtenía con dineros de recaudo por valorización que la entidad le cedió en la celebración del contrato, encontrándose entonces probado en el plenario los elementos que identifican un contrato de concesión de obra pública.

3. MARCO TEORICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN APLICABLE AL CONTRATO VAL-02-06

El Tribunal procede a hacer algunas precisiones sobre el concepto de incumplimiento contractual en razón a que las partes sientan posiciones contrarias, la convocante aduce incumplimiento de la convocada, y ésta repele esa afirmación, así como la procedencia de las pretensiones declarativas y de condena de la demanda.

Para hablar de incumplimiento de alguno de los cocontratantes dentro de la relación económica bilateral que los involucra, debe partirse de la premisa de la existencia de obligaciones impuestas por la ley y de acuerdos propiamente contractuales, incluidas en el pacto por decisión consensual en aplicación del artículo 1602 del Código Civil, como aplicación de la fuerza obligatoria del contrato y los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y reciprocidad de prestaciones. De conformidad con este principio, los co-contratantes se encuentran obligados a respetar los términos de los acuerdos legalmente pactados, incluyendo las consecuencias positivas y negativas de ello, es decir, el contrato legalmente celebrado se erige en una verdadera ley para las partes, las cuales se encuentran obligadas a respetarlo.

Entonces, a partir de estas consideraciones, se puede concluir desde un principio que el consentimiento libre frente a los aspectos regulados en el contrato permite deducir una voluntad consciente sobre lo que se está acordando, no pudiendo alegarse en etapa posterior ninguna circunstancia que atente contra la misma, en perjuicio de su cocontratante ni del desarrollo del contrato en general. La institución de los contratos está indisolublemente ligada con la autonomía de la voluntad, al punto que un elemento necesario para la existencia y validez de los negocios jurídicos, es la voluntad de las partes en la celebración del contrato¹⁷, y por consiguiente la autonomía de la voluntad, es un postulado perfectamente aplicable al contrato estatal, con los límites dados por el orden público y la ley¹⁸.

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 privado¹⁹. 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"*²⁰.

¹⁷RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 341.

¹⁸ "La autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la Ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de febrero de 2000, Expediente 16.394.

¹⁹RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 508.

²⁰*Ibidem*, p. 356.

Así, para poder llegar a esta grave conclusión para la economía del contrato, es necesario analizar a fondo el contenido del mismo, tanto de las condiciones de contratación como del acuerdo definitivo entre las partes, de tal forma que no quede duda alguna respecto de la violación de la *lex contractus*. Teniendo en cuenta que se trata de un contrato bilateral y conmutativo, la carga de responsabilidad por incumplimiento puede estar en cabeza de cualquiera de los cocontratantes, caso en el cual corresponde a éste asumir las consecuencias de su desobediencia frente a las estipulaciones contractuales que muchas veces pueden perjudicar no solamente a la entidad pública, sino también al mismo colaborador; y en este punto es primordial el análisis de las cláusulas del contrato como manifestación de la voluntad expresa e inequívoca de las partes.

En consecuencia, el incumplimiento contractual, 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 genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida²¹.

No cabe duda, entonces, que una vez perfeccionado un contrato celebrado válidamente, se sigue, como principal efecto inmediato, que las partes deban ajustar su conducta conforme a la reglamentación en él incorporada. Surge para los co-contratantes el deber de respetar y observar con fidelidad las disposiciones contractuales y la obligación de cumplir con las prestaciones que han asumido en la forma convenida. Por consiguiente, las partes pueden hacer todo aquello que el contrato les autoriza o les faculta, pero a su vez, tienen que cumplir y ejecutar todo aquello que el contrato les impone. En efecto, la celebración del contrato supone el estricto respeto de su fuerza obligatoria, lo cual impone el cumplimiento de cada obligación en el momento y en la forma prevista para su ejecución, es decir, tanto la Administración como su co-contratante tienen el estricto deber de dar cumplimiento a sus compromisos contractuales, so pena de incurrir en responsabilidad contractual.

²¹ Criterio señalado, entre otras, en las siguientes providencias: i.-) CONSEJO DE ESTADO – Sección 3ª, Subsección A, Sentencia del 12 de marzo de 2014, Exp. 32.796, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; ii.-) CONSEJO DE ESTADO – Sección 3ª, Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

Sobre este tópico esencial de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, el artículo 90 Constitucional, señala:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

El máximo intérprete de la norma suprema, ha delimitado el alcance del concepto antes señalado, en los siguientes términos: "...

La Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. La jurisprudencia constitucional ha tomado como base la del Consejo de Estado para subrayar la idea de que la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública..."²².(Cursivas fuera de texto).

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado, al analizar esta figura constitucional, manifestó:

"...[El daño -a efectos de que sea indemnizable- requiere estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez

²² Corte Constitucional. Sentencia C-254 del 25 de marzo del 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración..."²³.(Cursivas fuera de texto).

La responsabilidad contractual se genera, entonces, por la desviación de la conducta esperada por la otra parte del contrato y determinada en el mismo negocio jurídico bilateral. En este sentido ha dicho la Jurisprudencia Administrativa:

"El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende las dos modalidades de daño previstas en los arts. 1613 y 1614 del Código Civil, [...] Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas, con fundamento en el art. 50 de la ley 80 de 1993 según el cual "las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas", eventos en los que "deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista". De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre del 2015. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp.38522.

imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)²⁴.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2011, manifestó:

*"(...) Para resolver el caso que ahora se examina resulta necesario precisar el concepto de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, según el cual las entidades públicas están obligadas a indemnizar a sus contratistas por los daños antijurídicos que les sean causados con ocasión de los contratos celebrados con las mismas entidades." Y en sentencia proferida el 22 de julio de 2009, expediente 17.552, explicó el concepto de responsabilidad contractual por incumplimiento así: "Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: **(i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento**".*

En conclusión y una vez sentadas las anteriores bases jurisprudenciales, para que se configure responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la actividad contractual, se requiere la configuración de los siguientes elementos: i.-) El incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; ii.-) Que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, iii.-) Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2002, Expediente No. 14.112, Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.

CAPÍTULO TERCERO: **CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

El Tribunal procede a analizar las pretensiones y excepciones formuladas por las partes en la demanda y en la contestación de la misma, a la luz de las pruebas y consideraciones jurídicas, para determinar si el **DISTRITO DE CARTAGENA - DEPARTAMENTO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplió sus obligaciones emanadas del **CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA VAL-02-06** de 29 de diciembre de 2006 y para ello abordará el estudio de los problemas jurídicos planteados en la demanda, que son los siguientes:

1. Errores de riego por valorización
2. Disminución de las contribuciones de valorización por el incumplimiento de los plazos de la contratante en la compra de predios que dio lugar a la aplicación de descuentos en los ingresos esperados.
3. Disminución de contribución de valorización por descuentos por pronto pago que afectan el valor del contrato y disminuye ingresos esperados garantizados;
4. Existencia o no de obras complementarias o adicionales que hubiere ejecutado el contratista demandante.

I. ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo las diferencias manifestadas por las partes, en relación con el supuesto incumplimiento del contrato por disminución del ingreso previsto por valorización, considera el Tribunal que los problemas jurídicos que se deben resolver, son los siguientes:

¿El reconocimiento de la disminución del ingreso previsto por valorización, resulta procedente a la luz del contrato de CONCESIÓN VAL-02-06?

¿Se configura incumplimiento contractual de la parte Convocada y produce daño antijurídico a la parte Convocante, que se disminuya el ingreso previsto por

valorización, con ocasión de la disminución de la liquidación de la contribución de valorización, por errores de riego?

¿Se configura incumplimiento contractual de la parte convocada y produce daño antijurídico a la parte Convocante, que se disminuya el ingreso previsto por valorización, con ocasión de la disminución de la contribución por valorización, por aplicación de los descuentos estipulados en el Acuerdo 010 de 2005?

En relación con las diferencias manifestadas por las partes, en torno a las supuestas obras complementarias, realizadas por el contratista, estima el Tribunal que los problemas jurídicos que se deben resolver, son los siguientes:

¿El reconocimiento de las obras complementarias, resulta procedente a la luz del contrato de CONCESIÓN VAL-02-06?

¿Se configura daño antijurídico para la parte CONVOCANTE, por el no reconocimiento y pago de las obras complementarias ejecutadas por él, por parte del Distrito de Cartagena?

1. ERRORES DE RIEGUE POR VALORIZACIÓN

La parte convocante pide al Tribunal que declare que la convocada incumplió el Contrato de Concesión No. VAL-02-06 por no haberle pagado los errores del riego de valorización, que emanan de estos dos conceptos: (i) de errores de riego por disminuciones de áreas grabadas en distintas resoluciones la suma de doscientos noventa y cinco millones seiscientos sesena y un mil seiscientos noventa pesos (\$295.661.690.00) moneda legal colombiana. (ii) de errores de riego por cambios de nombres del sujeto pasivo de la contribución de valorización, mil setecientos dieciséis millones quinientos dieciséis mil quinientos cuarenta y cuatro pesos (\$1.716.516.544,00) moneda legal colombiana.

No hay duda que contractualmente la parte convocada se obligó a garantizar el ingreso por valorización al contratista convocante y en caso de incumplir con el ingreso proyectado por la totalidad del contrato, asumía el pago del valor del mismo, como también la financiación mensual correspondiente durante los meses en que no ha tenido lugar dicho ingreso, junto con los intereses de mora de las

sumas debidas ya que en la cláusula vigésima tercera (23º) del contrato, referente a la "Garantía de Ingreso por Valorización", se acordó:

"CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: GARANTIA DE INGRESO POR VALORIZACIÓN.- (...)

EL CONCEDENTE como responsable de decretar, distribuir y liquidar la contribución por valorización, ASUMIRÁ EL VALOR TOTAL DE LAS DISMINUCIONES INDIVIDUALIZADAS DE LA CONTRIBUCIÓN causada por reducción de las liquidaciones debido a errores de riego o deficiencias de factorización, en las áreas o cabidas, en la inclusión indebida de precios en la zona de influencia, en errores aritméticos o causa similar, manteniendo siempre el equilibrio económico del contrato. La contabilización de estas disminuciones se efectuará trimestralmente a partir de la iniciación del recaudo y se pagará a más tardar al final del trimestre siguiente. En caso que el CONCEDENTE incumpla con dicho pago, pagará la financiación mensual correspondiente durante los meses en que no se ha efectuado el pago y unos intereses de mora que se calcularán de acuerdo a la cláusula quinta, parágrafo segundo del presente contrato".

¿Incumplió el DISTRITO la "GARANTÍA DE INGRESO POR VALORIZACIÓN" prevista en la cláusula 23 del contrato por incurrir en errores de riego? El demandante afirma que los errores de riego fueron:

1. Unos por disminuciones de áreas grabadas
2. Otros por cambios de nombre de sujetos pasivos de la contribución de valorización

- Errores de riego por Disminuciones de Áreas Grabadas

De la demanda y del contrato se aprecia que para financiar el proyecto vial referido en el Contrato de Concesión VAL 02-06 el Concejo Distrital de Cartagena expidió el Acuerdo 010 de mayo 20 de 2005, en el cual hizo el riego o asignó, distribuyó

e impuso a los propietarios o poseedores de inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia de la obra, la carga de pagar la contribución por valorización derecho que entregó a la demandante como pago de la concesión, pero el Consorcio Vial Isla Barú, detectó errores por disminuciones de áreas de los predios gravados, lo que reclamó al **DISTRITO**, y éste en efecto así lo reconoció en estas resoluciones que expidió:

- 2658 del 21 de junio de 2010, *"por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "Tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena"*.
- 3126 del 03 de mayo de 2011, *"por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "Tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena"*.
- 0467 del 28 de enero de 2011, *"por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "Tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena"*.
- 0011 del 05 de enero de 2011, *"por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 3 "Tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo continental" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena"*.
- 2407 del 29 de octubre de 2012, *"por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena"*.

- 4153 del 18 de julio de 2011, "por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena".

- 0068 del 27 de enero de 2012, "por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 3 "tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú, tramo continental" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena".

- 0799 del 19 de febrero de 2013, "por medio de la cual se modifica parcialmente el anexo No. 4 "tabla de riego y asignación individual proyecto obra vía transversal Isla Barú, tramo insular" de la resolución 2581 de 1 de diciembre de 2009 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena".

Como se afirmó, si bien la convocada aceptó haber reconocido esos errores con la expedición de las resoluciones anteriores, EXCEPCIONÓ no deber ya que en la resolución No 5108 de 2011 le reconoció al CONSORCIO \$2.202.535.954,00 por error de riego suma y le pagó \$1.900.000.000,00, la diferencia se aplicó al retenciones y cargas impositivas.

Estudio Probatorio de este error.

Del estudio de los documentos allegados a la demanda como Anexos 14 al 21 folios 339 al 454 del Cuaderno de Pruebas No. 1, cuaderno de pruebas No. 5 (folios 512 al 622), cuaderno de pruebas No. 6 (folios 1 al 654), cuaderno de pruebas No. 7 (folios 1 al 550) anexos 49 al 57 de la demanda, en armonía con el dictamen financiero contable (Fols. 1 al 202 del Cuaderno de Pruebas No. 8) se aprecia el valor de este perjuicio

De otro lado en el dictamen pericial Financiero Contable allegado con la demanda, (anexo No 13) el experto al valorar contablemente los errores de riego afirmó

que "los errores de riego por modificaciones de área fueron reconocidos a través de la Resoluciones 2658 de 21 de junio de 2011, resolución 4153 de 18 de julio de 2011, 0068 de 27 de enero de 2012, resolución 3126 del 3 de mayo de 2011, 0467 del 28 de enero de 2011, 011 del 5 de enero de 2011, 2407 del 29 de oct de 2011, y 0799 del 19 febrero de 2013 por un total de \$142.195.280, los cuales calculados a una tasa de interés del DTF más 6%, como interés de financiación y por mora del 12% anual, actualizado a la fecha de cálculo, desde la fecha de la modificación hasta febrero de 2015, producen un interés de \$153.466.410 y concluye que el total este concepto da una suma de \$295.661.690" (pág. 21 del Dictamen Financiero Contable y/o Fol. 23 del Cuaderno No. 8)

Este dictamen viene aceptado ya que no fue controvertido por la demandada, por lo que probatoriamente, se tiene por acreditado que por este error se debe a la demandante la suma de \$295.661.690,00

- Errores de riego por cambios de nombre de sujetos pasivos de la contribución de valorización

En este ítem de la demanda la discusión no se plantea en cuanto a la existencia o no de errores en la Tabla de Riego en cuanto a nombres de sujetos pasivos de la contribución de valorización, ello es aceptado por la parte convocada y se prueba con el aporte de la resolución No. 5108 de 2011 proferida por, el **DISTRITO-VALORIZACION DISTRITAL**, por medio del cual, se reconoció al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** por ese error la suma de \$2.202.535.954,00 (folios. 464 al 482 del Cuaderno No. 1) dinero que ciertamente pagó en dos contados, uno por \$ 1.398.000.000,00 y otro por valor de \$ 372.800.000,00 más deducciones impositivas

El debate se centra en establecer si los pagos se hicieron oportunamente o si por el contrario para cuando se entregaban los dineros habían generados intereses, como implícitamente afirma la demandante y niega la demanda que en su visión el valor de esa obligación se pagó en su totalidad, \$1.398.000.000,00 en julio de 2012 y \$372.800.000,00 en octubre de 2012

El debate es en derecho ya que si al hacerse los pagos quedaban saldos pendientes por pagar, ello generaba intereses de financiación como se pactó en la Cláusula Vigésima Tercera (23°) del Contrato de Concesión VAL-02-06, que en ese

aspecto señaló que "*...en caso que el concedente incumpla con dicho pago, pagará la financiación mensual correspondiente durante los meses en que no se ha efectuado el pago y unos intereses de mora que se calcularan de acuerdo a la cláusula quinta parágrafo segundo del presente contrato.*"

Ciertamente el Tribunal encuentra razón a la convocante cuando aduce que los pagos parciales que se realizaron se imputaron conforme al artículo 1653 del Código Civil Colombiano, que reza así: "***Imputación del pago a intereses: Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses (...)***".

Estudio Probatorio de este error.

El debate sobre errores de riego por cambios de nombre de sujetos pasivos de la contribución de valorización, también como lo estudió la parte demandante, viene acreditado mediante los documentos anexados a la demanda, especialmente en los "Folios 456 al 635 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y Folios 1 al 27 del Cuaderno No. 2, en los Anexos 22 y 23 de la Demanda Arbitral, los folios 512 al 622 del cuaderno de pruebas No. 5, folios 1 al 654 del cuaderno de pruebas No. 6, folios 1 al 550 del cuaderno de pruebas No. 7, correspondientes a los anexos 49 al 57 de la demanda.

La cuantificación viene hecha en el dictamen pericial financiero contable (folios 1 al 202 del Cuaderno de Pruebas No. 8) que hace plena prueba de su contenido y que fue aceptado implícitamente por el DISTRITO, pues nada dijo de él ni controvertió al experto.

El Perito Financiero, en el cálculo de los intereses en los errores de riego reconocidos, expresó:

"Los errores de riego reconocidos a través de la resolución No 5108 del 28 de octubre de 2011, ascienden a \$2.202.535.954. esta suma calculada a una tasa de interés del DTF mas 6%, como interés de financiación y por mora del 12% anual actualizado a la fecha de cálculo, de Noviembre de 2011 a febrero de 2015, produce un interés total de \$868.900.263 (ver anexo No 12).

En total este concepto arroja un saldo a favor de la parte demandante por la suma de \$ 1.716.516.544,00 (pág. 21 del Dictamen Financiero Contable y/o Folio 23 del Cuaderno de Pruebas No. 8)“.

2. DISMINUCIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES DE VALORIZACIÓN POR LA COMPRA DE PREDIOS QUE DIO LUGAR A LA APLICACIÓN DE DESCUENTOS EN LOS INGRESOS ESPERADOS.

2.1 POSICION DEL CONSORCIO CONVOCANTE:

EL CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ y sociedades que lo integran, en su segunda pretensión declarativa es del criterio que el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, también lo incumplió el **DISTRITO** en la obligación pactada en su cláusula séptima en lo relativo a la adquisición y legalización de predios, dice *“expidió los actos administrativos (ofertas de compra) mucho tiempo después de la disposición de los predios y de la ejecutoria de la resolución de asignación de la contribución de valorización,”* pretensión declarativa de la que solicita condena por la suma de \$749.835.238,00, valor del perjuicio que proviene de la disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación del 15% del descuento que contempla el artículo 112 (numeral 1º) del Acuerdo Distrital N°. 010 de 2005.

Funda su petición en el hecho que el Contrato de Concesión Val 02, en varias de sus cláusulas, establece la obligación al DISTRITO – VALORIZACION de realizar la afectación o gestión predial, por lo que debía adelantar la gestión de enajenación voluntaria o de expropiación de las franjas de terreno requeridas para la construcción del proyecto, deber que implicaba hacer las ofertas de compra necesarias para la adquisición de los predios de manera temporal, lo que tiene

fundamento normativo en la Ley 9 de 1989²⁵, Ley 388 de 1997²⁶, y Decreto 1420 de 1998²⁷.

Argumenta que el **DISTRITO** realizó la gestión predial de los bienes en la zona de influencia del proyecto en forma tardía, al hacer las ofertas de compras frente a los propietarios de los predios afectados por la obra, antes de la disposición de los predios y antes de la ejecutoria de la resolución de asignación de la contribución de valorización, lo que permitió que los propietarios contribuyentes exigieran el derecho al descuento del 15% sobre dicha contribución, que establece el artículo 111 y 112 del acuerdo 010 de 2005, descuentos que afectaron el costo del contrato del Consorcio Vial Isla Barú.

Esboza que, así las cosas, le resultó disminuido el ingreso esperado proveniente en parte en la cartera que se le cedió para el recaudo de la Contribución de valorización, por lo que en distintas oportunidades requirió del **DISTRITO** el pago de esas sumas de dinero, pero tales requerimientos no fueron atendidos.

Que en todo caso, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena en el proceso arbitral llevado entre las mismas partes **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** contra el **DISTRITO – VALORIZACIÓN-** el 4 de marzo de 2013 se profirió Laudo Arbitral, que declaró el incumplimiento de la obligación contractual que ahora se discute, al disponerse en el numeral cuarto de la parte resolutive:

"CUARTO: Declarar el incumplimiento de obligaciones por parte del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 en cuanto a la adquisición y legalización de predios,

²⁵ Ley 9 de 1989. "por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones".

²⁶ Ley 388 de 1997, "por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones".

²⁷ Decreto 1420 de 1998. por el cual se reglamentan parcialmente el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, el artículo 27 del Decreto-ley 2150 de 1995, los artículos 56, 61, 62, 67, 75, 76, 77, 80, 82, 84 y 87 de la Ley 388 de 1997 y, el artículo 11 del Decreto-ley 151 de 1998, que hacen referencia al tema de avalúos

en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo”.

Finalmente, estima que “el incumplimiento de la convocada viene probado en el laudo arbitral mencionado del 4 de marzo de 2013”, pero “la pretensión es distinta y, por ende, no es *“cosa juzgada”*, pues en la convocatoria anterior se solicitaron perjuicios por mayor permanencia de obra, y en este caso lo que se está solicitando es el pago de la disminución de la contribución de valorización a la que se vio avocada el consorcio por el descuento del 15% conforme lo señala el artículo 111 y 112 del acuerdo de valorización, con ocasión a la indebida gestión predial realizada por el Distrito de Cartagena –DAVD.

2.2. POSICION ASUMIDA POR EL DISTRITO-VALORIZACIÓN

La parte demandada acepta que “si bien es cierto la obligación de adelantar los procesos de expropiación de los inmuebles afectados por el proyecto fue radicada, contractualmente, en cabeza del distrito de Cartagena, no es menos cierto que la labor de Determinar la afectación predial, contratar y pagar avalúos, para efectos de la adquisición para el DISTRITO, de los predios afectados por las obras del proyecto, pagar su precio o las indemnizaciones que su expropiación genere, contractualmente se pactó en cabeza de ambos contratantes; es decir, tanto del Distrito como del ahora convocante, tal como lo establecen las estipulaciones contractuales citadas por el convocante. No obstante, el convocante no acredita haber realizado las actuaciones y diligencias a su cargo,” que entre otras eran: 1. Consecución de los insumos jurídicos necesarios (Escrituras públicas, folios de matrícula, cartas catastrales, Certificados de áreas del I.G.A.C) para que el Distrito D.A.V.D., elabore los Estudios de Títulos de las predios que resultaron afectados por el diseño, alineación y trazado del proyecto; 2. Contratar con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Sede central) para la elaboración de los informe de avalúos de las franjas de terreno requeridas para la construcción del proyecto; 3. Elaboración de la ficha técnica y plano de afectación de la franja de terreno requerida.

Concluye que, a la actuación arbitral no se allegó prueba que demuestre que el convocante cumplió con tales obligaciones a su cargo, cuyo cumplimiento es necesario para lograr que el distrito adquiera los predios privados afectados con el proyecto.

2.3. MINISTERIO PÚBLICO:

En síntesis manifiesta que, la obligación de "afectación predial" era del concedente según la cláusula séptima del Contrato de Concesión VAL-02-06 que reza: *"otras obligaciones del concedente. (...) 4. Adelantar los procesos de expropiación de los inmuebles afectados por el proyecto cuando ello sea necesario (...) 8. El concedente garantizará prontitud en las acciones que le corresponda en la compra o expropiación de predios afectados por la vía"*.

Que tales incumplimientos fueron reconocidos por el Laudo Arbitral del 4 de marzo de 2013, proferido por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, dentro del Tribunal de Arbitramento convocado por el Consorcio Vial Isla Barú contra el Distrito de Cartagena de Indias y el Departamento Administrativo de Valorización de Cartagena respecto a la mayor permanencia en obra.

2.4 ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL:

La tesis del Tribunal de arbitramento, consiste en que se encuentra probada que el **DISTRITO** realizó la gestión predial para adquirir los inmuebles ubicados en la zona de influencia del proyecto, en forma tardía, por ello ha de negarse la excepción a esa pretensión, y por el contrario, declarará la prosperidad de la pretensión, por aplicación a lo indicado en el Laudo Arbitral del 4 de marzo de 2013, proferido en este Centro de Arbitraje de Cartagena, en el proceso de Arbitramento trabado entre las mismas contendientes de este pleito, pero con pretensiones diferentes, proceso aquel de donde se tomará la ratio decidendi y se aplicará a este caso para resolver el problema que acá se estudia, no sin antes advertir que tal como se proponen las cosas se trata de un caso de obligaciones recíprocas o bilaterales que son aquellas donde existe una relación jurídica entre acreedor y deudor, pero cada parte, la acreedora o la deudora de una obligación bilateral es, a la inversa, deudora o acreedora de otra obligación recíproca, caso en el cual se predica, entre otras de las consecuencias, la necesidad del cumplimiento simultáneo, lo cual implica que no puede el acreedor de una obligación recíproca exigir al deudor su cumplimiento, sin que él haya cumplido o cumpla u ofrezca cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor, por lo que si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin

que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento contractual, lo que fluye de la aplicación e interpretación del artículo 1609 del Código Civil.

Finalmente, como se advirtió, en el laudo anterior se declaró el incumplimiento de obligaciones por parte del **DISTRITO DE CARTAGENA – VALORIZACIÓN DISTRITAL** del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 en cuanto a la adquisición y legalización de predios, al encontrar probado, entre otros de los extremos de esa discusión jurídica, los siguientes:

- *Que el numeral 1.1.5 del pliego de condiciones consagra en materia predial que "Los predios a intervenir por parte del Concesionario de la obra serán definidos por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital antes de la etapa de construcción y estos corresponden al trazado que se tenga en cuenta en el diseño y el Estudio de Riegue. Consecuente con lo anterior, El Departamento Administrativo de Valorización Distrital definirá al Concesionario la propiedad y extensión afectada por la construcción, y de ser necesario serán adquiridos por EL CONCESIONARIO para Valorización Distrital con los recursos de la provisión estimada (...)" (Folio 9, Cuaderno de Pruebas No. 2).*
- *Que en cuanto a obligaciones del contratista en el marco de las condiciones técnicas del proyecto, el mismo pliego de condiciones consagra que éste debe "i. Determinar, conjuntamente con el Departamento Administrativo de Valorización, la afectación predial, contratar y pagar los avalúos, adquirir los predios, para el DISTRITO, afectados por las obras del proyecto y pagar su precio o las indemnizaciones que su expropiación genere" y que la fase constructiva se prorrogaría en el evento de "I. La no adquisición de la totalidad de los predios por causas no imputables al Concesionario" (Folio 25, Cuaderno de Pruebas No. 2).*
- *Que el pliego de condiciones en el mismo numeral anteriormente referido establece como obligación de la entidad estatal contratante "Adelantar los procesos de expropiación de los inmuebles afectados por el proyecto cuando ello sea necesario" (Folio 26, Cuaderno de Pruebas No. 2)*

- *Que la cláusula segunda del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 sobre plazos consagra en el literal A) como parte de la etapa de diseños y programación que en términos de duración de la misma de seis meses el contratista deberá "Determinar conjuntamente con el **CONCEDENTE**, la afectación predial, contratar y pagar los avalúos, coadyuvar en la adquisición para el **DISTRITO**, de los predios afectados por las obras del proyecto, pagar el precio o las indemnizaciones que su expropiación genere" (Folios 9 y 10, Cuaderno de Pruebas No. 1)*

- *Que la misma cláusula anteriormente referida consagra en el numeral 3 del literal A) que "De manera simultánea al proceso de elaboración y aprobación definitiva de los diseños y de la distribución y liquidación de la contribución por valorización, **EL CONCESIONARIO** deberá determinar conjuntamente con **EL CONCEDENTE**, la afectación predial y contratar y pagar los avalúos. **EL CONCESIONARIO** coadyuvando con el **DISTRITO**, y utilizando este último los mecanismos de expropiación, si fueren necesarios, adquirirá a nombre del **DISTRITO**, y pagará los predios afectados por las obras del proyecto. Esta gestión se hará con base en las fichas prediales y avalúos suministrados por **EL CONCEDENTE**" y que "Si durante esta etapa no se han adquirido todos los predios, la adquisición continuará en la etapa de construcción. En el evento de no poderse adquirir la totalidad de los predios por causas no imputables a **EL CONCESIONARIO**, en la etapa de Construcción, a menos que acuerden otra prórroga, **EL CONCESIONARIO** podrá solicitar la terminación del contrato y **EL CONCEDENTE** le reconocerá la inversión en sus distintos componentes, realizados hasta ese momento, actualizada conforme al índice de inflación que se haya causado desde el día de la inversión, hasta el día del pago, y éste transferirá a **EL CONCEDENTE** los fondos sobrantes recaudados y los eventuales rendimientos obtenidos que se encuentren en la Fiducia constituida para tal efecto" (Folio 10, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que la cláusula sexta del contrato VAL-02-06, al consagrar otras obligaciones del contratista, estipula en el numeral 5 que éste debe "Determinar conjuntamente con **EL CONCEDENTE** la afectación predial, contratar y pagar los avalúos, Gestionar y coadyuvar al **DISTRITO** en la adquisición de predios por negociación directa, para elaborar las promesas y minutas de compraventa a nombre de **EL CONCEDENTE**, pagar a través del fideicomiso sus costos,*

*gestionar y pagar el registro de las mismas, entregar a **EL CONCEDENTE** las primeras copias de las escrituras debidamente registradas con los certificados de libertad y tradición respectivos donde conste la venta, Efectuar las demoliciones de las construcciones adquiridas y disponer libremente de los materiales sobrantes"; y en el numeral 6, "Solicitar oportunamente a **EL CONCEDENTE** la expropiación de los predios que no se puedan adquirir por enajenación voluntaria y preparar y aportar la documentación que tenga en su poder y que sea necesaria para la tramitación de la expropiación".*

- *Que la cláusula séptima del contrato de concesión VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 consagra como coligaciones de la entidad estatal contratante en su numeral 4 "Adelantar los procesos de expropiación de los inmuebles afectados cuando ello sea necesario", y en su numeral 8 estipula que "**EL CONCEDENTE** garantizará prontitud en las acciones que le correspondan en la compra y expropiación de predios afectados por la vía" (Folios 13 y 14, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que la cláusula décima séptima del contrato VAL-02-06 de 29 de diciembre de 2006 consagra específicamente en cuanto al aspecto de predios para el proyecto que "**EL CONCESIONARIO**, con el apoyo pertinente de **EL CONCEDENTE**, deberá adquirir y pagar los predios afectados por las obras del proyecto y podrá compensar el precio de las compra ventas o indemnizaciones de su expropiación, en su caso, deduciéndolo del valor de la contribución que corresponda a cada propietario. La diferencia a favor de los propietarios, entre la contribución de valorización y el valor de los predios afectados, si la hubiere, será asumida y cancelada por **EL CONCESIONARIO**. El costo de los predios, será pagado a los propietarios o poseedores por **EL CONCESIONARIO** por medio del **FIDEICOMISO**, con cargo a los recursos previstos para tal efecto en la oferta de **EL CONCESIONARIO** y la diferencia a favor o en contra entre lo previsto para ello en la oferta y las adquisiciones las asumirá **EL CONCESIONARIO**. En todo caso los predios deberán encontrarse disponible para la construcción de las obras sin que se obstaculice de manera alguna su ejecución. Si en algún caso fuere necesario recurrir a la expropiación de algún predio. **EL CONCESIONARIO** prestará el apoyo legal necesario para que **EL CONCEDENTE** efectúe las gestiones pertinentes y el pago de las correspondientes indemnizaciones las hará **EL CONCESIONARIO**, lo que*

realizará con cargo a los recursos asignados para adquisición de predios en su oferta.

- *El procedimiento para la adquisición de predios por parte de **EL CONCESIONARIO** consistirá: 1. Verificar las áreas de los terrenos y las mejoras que se necesita adquirir de conformidad con los diseños y fichas prediales. 2.- Obtener revisión de avalúos si fuere del caso, los cuales serán los establecidos para estos casos según la normatividad que rige. 3.- Efectuar la notificación personal a los propietarios. 4. Gestionar la adquisición de predios con los propietarios o poseedores. 5. Efectuar el estudio de títulos de propiedad. 6. Elaborar las promesas y minutas de compraventa a nombre de **EL CONCEDENTE** bajo su supervisión. 7.- **EL CONCEDENTE** efectuara la revisión de documentos y la firma de escrituras dentro de la etapa de diseño. 8. Formalizar las escrituras ante notaría y realizar la gestión de inscripción de las mismas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos. 9. Hacer entrega a **EL CONCEDENTE** de la primera copia de la escritura, con el folio de matricular inmobiliaria debidamente actualizada con el registro a favor del Distrito. 10. Gestionar la entrega y recibo de los inmuebles a favor del Distrito. 11. En los casos en que sea necesario adelantar procesos de expropiación, entregar a **EL CONCEDENTE** los documentos necesarios para la presentación de la demanda. 12. Efectuar las diligencias necesarias para la ocupación temporal de los predios para la ejecución de las obras, de manera que se encuentren disponibles de acuerdo con el cronograma de trabajo aprobado por **EL CONCEDENTE**” (Folios 16 y 16 anverso, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Con distintos oficios dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Miguel Ramírez Vásquez, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, el contratista de distintas maneras exigió el cumplimiento de la obligación de adquisición de predios, tales como el CVIB-095-97 de fecha 8 de octubre de 2007 (Folios 1 y 2, Cuaderno de Pruebas No. 3); CVIB-25-07 de 9 de mayo de 2007 (Folios 5 y 6, Cuaderno de Pruebas No. 3); CVIB-771-09 de fecha 25 de septiembre de 2009 (Folio 109, Cuaderno de Pruebas No. 1); CVIB-829-09 de fecha 20 de noviembre de 2009 (Folios 110 a 133, Cuaderno de Pruebas No. 1).; CVIB-861-09 de fecha 10 de diciembre de 2009. (Folio 115, Cuaderno de Pruebas No. 1); CVIB-919-10 de fecha 6 de*

enero de 2010. (Folio 117, Cuaderno de Pruebas No. 1). CVIB-957-10 de fecha 8 de febrero de 2010 (Folio 120, Cuaderno de Pruebas No. 1); CVIB-1013-10 de fecha 17 de marzo de 2010 (Folios 65 y 66, Cuaderno de Pruebas No. 1); CVIB-1082-10 de fecha 15 de abril de 2010 (Folios 56 y 57, Cuaderno de Pruebas No. 1). CVIB-1161-10 de fecha 24 de mayo de 2010 (Folio 223, Cuaderno de Pruebas No. 1

- *Que mediante oficio CVIB-095-97 de fecha 8 de octubre de 2007 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Miguel Ramírez Vásquez, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, se hace referencia a la información que necesita el concesionario para iniciar el contrato, manifestando que "Para poder llevar a cabo las labores a desarrollar, es indispensable tener el conocimiento de las actuaciones o diligencias desarrolladas por su Departamento para tal fin, y el suministro y aporte con la mayor brevedad de los siguientes documentos: (...) 3. Fichas prediales en las cuales se determine la identificación física y jurídica de los predios afectados por la vía junto con la documentación soporte (...) para efectos de realizar los estudios pertinentes. 4. Avalúos de los predios afectados por la vía, o en su defecto el estado de la contratación con la Entidad que determinará el valor comercial de los mismos. (...) 6. Actos administrativos en los cuales se encuentren señalados e identificados los predios afectados declarados en utilidad pública, área requerida, avalúo (precio indemnizatorio) y oferta de compra, debidamente ejecutoriados" (Folios 1 y 2, Cuaderno de Pruebas No. 3).*

- *Que lo anterior fue reiterado en los mismos términos en oficio CVIB-25-07 de 9 de mayo de 2007 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Miguel Ramírez Vásquez, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** (Folios 5 y 6, Cuaderno de Pruebas No. 3).*

- *Que mediante Oficio CVIB-771-09 de fecha 25 de septiembre de 2009 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ciro Castillo Cabarcas, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE***

INDIAS, se expresa que "Es apremiante como lo hemos manifestando (sic) en las múltiples comunicaciones que hemos remitido al Departamento Administrativo de Valorización, la expedición de los actos administrativos de oferta de compra por parte del DISTRITO. A la fecha los avalúos practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – Sede Central Bogotá, perdieron vigencia. (...) Es indispensable el cumplimiento por parte de la administración, en la expedición de los actos de su competencia, para adelantar sin demoras las obras a realizar" (Folio 109, Cuaderno de Pruebas No. 1).

- Que con Oficio CVIB-829-09 de fecha 20 de noviembre de 2009 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Mayron Vergel Armenta, representante legal de la interventoría), en el cual se responde al oficio No. 09-CB606-186 de fecha 19 de noviembre de 2009 que trataba sobre la supuesta falta de gestión frente a la afectación predial, la parte Convocante manifestó que "Se ha adelantado conjuntamente en función de la gestión que le corresponde al Consorcio colaborar en la definición de la afectación predial, definiendo la existencia de las situaciones de inmuebles de casos específicos los cuales han sido advertidos a la Administración para que perfeccionen los trámites y decisiones por ser solo de competencia del Distrito la definición de la compra de terrenos con relación a los efectos del proceso señalado en la Ley 388 de 1997. (...) Así mismo, hemos informado antes y después que los avalúos que remitió el Consorcio en forma puntual, perderían la vigencia legal de un año, provocando a la Administración la expedición de las ofertas de compra en forma inmediata, perdiendo la vigencia los avalúos se hace necesario repetir el proceso. (...) Nos encontramos a la espera que el Distrito defina la reubicación de servicios, aporte los nuevos avalúos, expida las correspondientes ofertas de compra, defina el tema de posesiones disposición y entrega de áreas con problemas de (...) posesión y demás, sin que previe (sic) la existencia de estos requisitos de ley no se puede formalizar la expropiación de predios". (Folios 110 a 133, Cuaderno de Pruebas No. 1).
- Que con Oficio CVIB-861-09 de fecha 10 de diciembre de 2009 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ciro Castillo Cabarcas, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** se manifiesta que "Han transcurrido más de dos años en los que el Consorcio hizo

entrega de los avalúos con el fin de que fueran expedidas oportunamente las ofertas de compra por parte, el retraso de la administración ha ocasionado la perdida (sic) de la vigencia de los avalúos oportunos. (...) La mayoría de predios no permiten el ingreso a sus propiedades ni la entrega anticipada de las áreas de afectación, sin que medien los actos legales que debe expedir la Administración, es por ello indispensable e imperioso el cumplimiento por parte de la administración de la expedición de las ofertas de compra y de los actos expropiatorios que se requieren para acceder a la construcción sin demoras ni tropiezos, hay que tener en cuenta que debe existir disponibilidad absoluta de los predios, porque es de mucha dificultad la construcción de la vía cuando se cuenta con la entrega de un predio si (sic) y un predio no, lo que hace el no cumplimiento del cronograma por hechos no imputables al Contratista". (Folio 115, Cuaderno de Pruebas No. 1).

- *Que mediante Oficio CVIB-919-10 de fecha 6 de enero de 2010 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz (Gerente Consorcio) a Ciro Castillo Cabarcas (Director Departamento Administrativo de Valorización Distrital), se reitera la problemática de la adquisición de predios en los mismos términos que en el Oficio CVIB-861-09 de fecha 10 de diciembre de 2009, manifestando que "Han transcurrido más de dos años en los que el Consorcio hizo entrega de los avalúos con el fin de que fueran expedidas oportunamente las ofertas de compra por parte, el retraso de la administración ha ocasionado la perdida (sic) de la vigencia de los avalúos oportunos. (...) La mayoría de predios no permiten el ingreso a sus propiedades ni la entrega anticipada de las áreas de afectación, sin que medien los actos legales que debe expedir la Administración, es por ello indispensable e imperioso el cumplimiento por parte de la administración de la expedición de las ofertas de compra y de los actos expropiatorios que se requieren para acceder a la construcción sin demoras ni tropiezos, hay que tener en cuenta que debe existir disponibilidad absoluta de los predios, porque es de mucha dificultad la construcción de la vía cuando se cuenta con la entrega de un predio si (sic) y un predio no, lo que hace el no cumplimiento del cronograma por hechos no imputables al Contratista". (Folio 117, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que en Oficio CVIB-957-10 de fecha 8 de febrero de 2010 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ciro*

*Castillo Cabarcas, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, se reiteró la problemática de la adquisición de predios en los mismos términos del Oficio CVIB-919-10 de fecha 6 de enero de 2010, diciendo "Han transcurrido más de dos años en los que el Consorcio hizo entrega de los avalúos con el fin de que fueran expedidas oportunamente las ofertas de compra por parte, el retraso de la administración ha ocasionado la pérdida (sic) de la vigencia de los avalúos oportunos. (...) La mayoría de predios no permiten el ingreso a sus propiedades ni la entrega anticipada de las áreas de afectación, sin que medien los actos legales que debe expedir la Administración, es por ello indispensable e imperioso el cumplimiento por parte de la administración de la expedición de las ofertas de compra y de los actos expropiatorios que se requieren para acceder a la construcción sin demoras ni tropiezos, hay que tener en cuenta que debe existir disponibilidad absoluta de los predios, porque es de mucha dificultad la construcción de la vía cuando se cuenta con la entrega de un predio si (sic) y un predio no, lo que hace el no cumplimiento del cronograma por hechos no imputables al Contratista". (Folio 120, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que en Oficio CVIB-1013-10 de fecha 17 de marzo de 2010 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ciro Castillo Cabarcas, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, se manifiesta que "Hemos requerido el suministro de la fecha de resolución de las ofertas de compra y notificación de las mismas a los propietarios, a la fecha desconocemos de estos trámites y de los actos administrativos de responsabilidad del DISTRITO. Así mismo desconocemos los trámites que la Administración ha adelantado referente a las áreas de terreno que se encuentran en posesión para la disposición de las mismas. En varias oportunidades hemos señalado las anteriores consideraciones de los trámites pendientes de atribución de la Administración y desembolsos contractualmente fundamentados, solicitándole nuevamente su oportuna gestión a los mismos, los cuales evitarán retrasos significativos en el avance del proyecto. Esperamos el cumplimiento del Distrito en sus compromisos, ya que ello impide el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Concesionario". (Folios 65 y 66, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que en Oficio CVIB-1082-10 de fecha 15 de abril de 2010 dirigido por el señor Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ciro Castillo Cabarcas, Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, se manifestó que "Hemos requerido el suministro de la fecha de resolución de las ofertas de compra y notificación de las mismas a los propietarios, a la fecha desconocemos de estos trámites y de los actos administrativos de responsabilidad del DISTRITO. Así mismo desconocemos los trámites que la Administración ha adelantado referente a las áreas de terreno que se encuentran en posesión para la disposición de las mismas. En varias oportunidades hemos señalado las anteriores consideraciones de los trámites pendientes de atribución de la Administración y desembolsos contractualmente fundamentados, solicitándole nuevamente su oportuna gestión a los mismos, los cuales evitarán retrasos significativos en el avance del proyecto. Esperamos el cumplimiento del Distrito en sus compromisos, ya que ello impide el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Concesionario". (Folios 56 y 57, Cuaderno de Pruebas No. 1).*
- *Que mediante Oficio VAL-DJ-4-2010 dirigido por el señor Ciro Castillo Cabarcas (Director del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, a Aníbal Avendaño Cruz, Gerente del Gerente del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, en respuesta a los Oficios CVIB-993-10 de 1 de marzo de 2010 y CVIB-1012-10 de 17 de marzo de 2010, manifiesta que "En oficio CVIB-993-10 y CVIB-1012-10 manifiestan que es apremiante la expedición de los actos administrativos de oferta de compra de los predios de la vía barú (sic) por parte del Distrito y que han perdido vigencia los avalúos, respecto de estos temas en múltiples ocasiones se ha autorizado por parte de este Departamento Administrativo al Consorcio Vial Isla Barú para contratar con el IGAC la actualización de los avalúos para de esa forma realizar las ofertas de compra de los predios requeridos, como constancia de lo anterior se tiene el oficio VAL – DJ No. 1461 de 2010 recibido el 9 de febrero del año en curso. Nos extraña cuando manifiestan desconocer los trámites y actos administrativos que ha adelantado el Distrito respecto de las ofertas de compras cuando ustedes (...) han estado participando activamente en los trámites que se han realizado (...) Por lo anterior expuesto, ustedes como concesionario deben contratar con el IGAC la actualización de los avalúos que*

ya han sido autorizados por este Departamento y de esta forma adelantar el trámite de ofertas de ofertas (sic) de compra de los predios requeridos por la vía Barú". (Folios 388 y 389, Cuaderno de Pruebas No. 2)

- *Que con Oficio CVIB-1161-10 de fecha 24 de mayo de 2010 dirigido por el señor Efraín Amín Bajaire, representante legal del **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, a Ramiro Díaz Posada, Subdirector Técnico del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, se manifiesta que "Sería conveniente que en vez de estar escribiendo cartas con contenidos equivocados y ajenos a la verdad, se dedique a invertir su tiempo en ayudar al **Departamento Administrativo de Valorización Distrital**, a solucionar los incumplimientos contractuales con el **Concesionario**, que a continuación le relaciono: (...) 3. Entregar al **Concesionario** las minutas para las ofertas de compra de los lotes que hay que adquirir en la realización del proyecto".) Folio 223, Cuaderno de Pruebas No. 1).*

- *Que en el Informe al Concejo Distrital de Cartagena de fecha 17 de junio de 2010 presentado por el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ** se expresa que "La desinformación de la Interventoría sobre este aspecto, nos hace necesario recordarle que la obligación de la compra de predios es de competencia única y exclusivamente de la Entidad facultada y competente que es el Concedente existen labores de gestión contempladas en el contrato de concesión muy puntuales por parte del Concesionario como es el de contratar y pagar los avalúos y una vez nos sean remitidos los actos administrativos en firme de ofertas de compra por parte de la Administración entraríamos a gestionar el acercamiento con los propietarios de los predios afectados (...) Referente a la obligación del concesionario de contratar y pagar los avalúos fu (sic) cumplida a cabalidad se contrató al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (...) para la elaboración de los mismos, los cuales fueron entregados por dicho Instituto en el mes de **FEBRERO** de **2008**, cancelados en su totalidad, avalúos que fueron remitidos en esa fecha en forma inmediata al Departamento Administrativo de Valorización Distrital, solicitando desde ese momento la expedición de las ofertas de compra correspondientes. Solo hasta el mes de febrero del presente año, es decir transcurrieron dos años, que Valorización Distrital se pronuncia al*

respecto ordenando la actualización de los avalúos ante en (...) IGAC” (Fols 390 y 391, Cuaderno de Pruebas No. 1).

Al hacer uso de la prueba trasladada de aquel proceso, debidamente incorporada en este, por solicitud de parte y aplicación en consecuencia de los artículos 211 del CPACA y 174 del Código General del Proceso, queda acreditado el incumplimiento endilgado y se concluye de igual forma:

“... el Tribunal advierte que resulta evidente que si al contratista inicialmente solo le correspondía en la primera etapa del proyecto la revisión de los diseños con que contaba la entidad estatal como parte de los insumos a ser entregados a la Convocante, la Administración debía contar al momento de la suscripción del contrato con los predios requeridos para ejecutar la obra pública; pero también encuentra que no habiéndose dado lo anterior, resulta palpable el compromiso adquirido por el contratista de colaborar en la gestión de la consecución de los predios y el pago de los mismos, asunto que no puede desconocer el Tribunal.”

En el presente proceso arbitral, está probado que en relación al asunto predial se pactaron obligaciones bilaterales y la entidad convocada incumplió las suyas o aquellas relativas a la escogencia oportuna de los predios sobre los cuales se adelantaría la afectación de la obra pública, aspecto que impidió que el contratista prosiguiera con sus actividades de negociación directa con los propietarios con base en las ofertas de compra, por ello se accederá a esa pretensión como ya se dijo, en la suma indicada en la dictamen rendido por el perito Financiero Contable.

3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. VAL-02-06 POR LA DISMINUCIÓN DEL INGRESO PREVISTO POR VALORIZACIÓN POR APLICACIÓN DEL DESCUENTO DEL 10% DEL ACUERDO 10 DE 2005

3.1. PARTE CONVOCANTE

Considera la parte convocante que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, incumplió el contrato de concesión VAL-02-06, al no haber garantizado, reconocido, y cancelado la disminución del ingreso previsto por la valoración, por la aplicación de los descuentos del 10% contemplados, en el artículo 79 del

Acuerdo 010 de 2005, los cuales afectan el valor del contrato y disminuyen el ingreso esperado y pactado en el contrato a favor del Consorcio Isla Barú y como consecuencia se ordene pagarle la suma de un mil noventa y seis millones cuatrocientos treinta y cuatro mil ochocientos treinta y tres pesos (\$1.096.434.833,00).

3.2. PARTE CONVOCADA

Por su parte, la convocada argumenta que las disminuciones del ingreso previsto por valorización, por aplicación de los incentivos que contempla el Acuerdo 010 de 2005 fueron consagrados con anterioridad a la celebración del contrato, y en consecuencia, no pueden aducirse como afectación al valor del contrato, y mucho menos, al equilibrio contractual.

3.3. MINISTERIO PÚBLICO

En este tópico, La Procuraduría considera que la disminución del ingreso previsto por valorización por aplicación del 10% que trae el acuerdo N° 010 de 2005 como incentivo al pago de la valorización no es procedente esa pretensión, ello ha debido ser previsto por el concesionario al momento del contrato, ya que dicho acuerdo existía con anterioridad y no estaba supeditado a ningún comportamiento por el Distrito.

3.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En el artículo 79 del Acuerdo Distrital N° 010 de mayo de 2005, se estableció como incentivo la aplicación del 10% de descuento, sobre el valor de la contribución inicial, siempre y cuando el contribuyente pague el gravamen designado dentro de los tres primeros meses contados a partir de la fecha en que quedo en firme la resolución de asignación individual de dicha contribución, lo que generó una disminución de quinientos veintisiete millones trescientos dieciocho mil cuatrocientos veinte pesos con noventa y tres centavos (\$527.318.427,93) en el recaudo que a su favor tiene el concesionario.

Ciertamente las tablas de riego hechas por el Distrito no contemplaron los descuentos del 10% que establece el artículo 79 del Acuerdo 010 de 2005

(Estatuto de Valorización). En este orden, tenemos que las contribuciones de valorización se vieron disminuidas por la aplicación de dicho descuento, lo que evidentemente afectó el valor del contrato, impactando negativamente al Consorcio Vial Isla Barú, puesto que está probado que propietarios de los predios gravados con Contribución de Valorización solicitaron al Consorcio Vial Isla Barú la aplicación del diez por ciento (10%) de descuento que ordena el artículo 79 del Acuerdo Distrital ya que pagaron el gravamen que les correspondía y les fuere asignado dentro de los tres (03) primeros meses contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de asignación individual, siendo entonces deber del contratista realizar ese descuento.

Señala así la norma en cuestión:

"Del pago de la Contribución: de contado, en dinero efectivo o cheque de gerencia, y/o en inmuebles. Deberá efectuarse dentro de los tres primeros meses a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de asignación, con un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la contribución".

Ahora bien, la disminución por la aplicación de la norma mencionada, implicó para la convocante la disminución del recaudo pactado y esperado en la suma de quinientos veintisiete millones trescientos dieciocho mil cuatrocientos veintisiete pesos con 93/100 centavos (\$527.318.427,93) y sin duda alguna, tales disminuciones de las contribuciones de valorización por la aplicación del 10% del descuento que contempla el artículo 79 del acuerdo 010 de 2005, impactaron el valor del contrato y disminuyen el ingreso esperado y pactado en el contrato a favor del Consorcio Isla Barú.

Como en las tablas de riego el DISTRITO no incluyó eventuales descuento por pronto pago como derecho de los asociados previsto en el citado acuerdo 010 de 2005, el punto está en determinar ¿quién asume el descuento, el concedente demandado o el concesionario demandante?

La tesis del Tribunal de Arbitramento es que debe asumirlo el **DISTRITO – VALORIZACION**, en razón a que si bien ambas partes contratantes conocían la existencia y vigencia del Acuerdo 010 de 2005 proferido por el Concejo de

Cartagena, el **DISTRITO** en su autonomía modeló las cláusulas de la licitación y del contrato de concesión y a sabiendas de lo establecido en el citado acuerdo, garantizó al CONTRATISTA el ingreso por valorización que cuyas tablas elaboró y rego entre los destinatarios del tributo, quiere ello decir que asumió el riesgo de ello, pues en las cláusulas quinta y veintitrés del contrato en forma expresa se estipuló:

"CLAUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO. EL CONCEDENTE pagará al CONCESIONARIO la recuperación de la inversión en el proyecto, mas el mantenimiento y en general todos los costos relacionados en la propuesta, durante la concesión, mediante la cesión que EL CONCEDENTE hace a favor de EL CONCESIONARIO de los derechos de recaudo de la contribución de valorización decretada y liquidada para este proyecto que EL CONCEDENTE garantiza..."

"CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: GARANTIA DE INGRESO POR VALORIZACIÓN.- (...) EL CONCEDENTE como responsable de decretar, distribuir y liquidar la contribución por valorización, ASUMIRÁ EL VALOR TOTAL DE LAS DISMINUCIONES INDIVIDUALIZADAS DE LA CONTRIBUCIÓN causada por reducción de las liquidaciones debido a errores de rieque o deficiencias de factorización, en las áreas o cabidas, en la inclusión indebida de precios en la zona de influencia, en errores aritméticos o causa similar, manteniendo siempre el equilibrio económico del contrato. La contabilización de estas disminuciones se efectuará trimestralmente a partir de la iniciación del recaudo y se pagará a más tardar al final del trimestre siguiente. En caso que el CONCEDENTE incumpla con dicho pago, pagará la financiación mensual correspondiente durante los meses en que no se ha efectuado el pago y unos intereses de mora que se calcularán de acuerdo a la cláusula quinta, parágrafo segundo del presente contrato".

3.5. CONSIDERACIONES PROBATORIAS.

Además de la prueba documental allegada por la parte demandante, a la demanda, que obra a Folios 244 al 602 del Cuaderno de Pruebas No. 4 y Folios 1 al 510 del Cuaderno de Pruebas No. 5, que corresponden a los Anexos 41 al

48 de aquella, el valor de las disminuciones y sus intereses fueron acreditadas en el dictamen financiero contable (Folios 1 al 202 del Cuaderno de Pruebas No. 8), en el cual se afirmó, lo siguiente:

Capital			
descuento del 10%	Interés financiación	Interés Mora	Total
\$527.318.428,00	\$263.145.187,00	\$305.971.218,00	\$1.096.434.833,00

En conclusión, la aplicación del descuento en cuestión disminuyó el valor de la cartera cedida al CONCESIONARIO, por lo que el demandado debe asumir la suma correspondiente a los descuentos otorgados, con el fin de garantizar el ingreso por valorización pactado en el contrato en la suma apreciado por el perito, lo cual se dispondrá en la parte resolutive del laudo.

4. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN EL PAGO DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS

4.1. POSICION DE LA PARTE CONVOCANTE

El Consorcio Isla Barú y las sociedades que lo integran solicita el reconocimiento y pago de obras que denomina "complementarias, no previstas", las que entiende como "completamente necesarias" para el adecuado funcionamiento de proyecto denominado: "Construcción y mejoramiento de la Vía Transversal de Barú", por un valor de \$918.026.995,48, de la que da cuenta el Acta de Ejecución de Obras Complementarias evaluadas por la interventoría del proyecto (universidad de Cartagena) y reconocidos por el Distrito de Cartagena de Indias Valorización Distrital

4.2. POSICION DE LA PARTE CONVOCADA

El DISTRITO – VALORIZACION, manifestó en su contestación que no existe prueba de la ejecución de las obras mencionadas, y mucho menos, se adjunta prueba del respectivo contrato adicional que para tales efectos, debió celebrarse.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

A su turno, la Procuradora Delegada en este asunto de las mayores cantidades estimó que "no es esta instancia la propia para exigir su cumplimiento, pues ya fue asunto de discusión en un Tribunal de Arbitramento anterior".

4.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.4.1. Existencia de contrato adicional

El actor en su pretensión cuarta declarativa pide el reconocimiento y pago de obras complementarias necesarias para el adecuado funcionamiento del proyecto de acuerdo con exigencias técnicas y funcionales, que fueron ejecutadas por el Consorcio Vial Isla Barú en desarrollo del Contrato de Concesión VAL- 02-06 y como consecuencia que se condene a la convocada al pago de \$918.026.995,48, por ese concepto.

Para abordar el presente extremo de la Litis, resulta conveniente en el presente asunto, traer a colación las cláusulas 1, 6 y 26 del Contrato de Concesión que señalan lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: *El objeto del presente contrato es el de otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión "Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú" el cual incluye: a.) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato. b.) Construcción de la vía (31kms 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); c.) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.*

(...)

CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO. OTRAS OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO- *Son obligaciones de EL CONCESIONARIO, además de las ya previstas, las siguientes: (...)*

4. Revisar los diseños presentados por el CONCEDENTE, elaborar y responder por el diseño definitivo del proyecto.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: PLANOS Y ESPECIFICACIONES, - El diseño definitivo de las obras es de la responsabilidad de EL CONCESIONARIO y cumplirá con las especificaciones que como mínimo sean solicitadas por EL CONCEDENTE.

En ese sentido, se observa en todas las cláusulas citadas, que de manera inequívoca y clara se endilgó al Concesionario, la obligación de responder por el diseño definitivo de las obras objeto del contrato.

Adicionalmente, las partes también acordaron en la cláusula 21 y 22 del Contrato de Concesión, lo siguiente:

CLÁUSULA VÍGESIMA PRIMERA: REAJUSTES. El CONCEDENTE en ningún caso reconocerá a EL CONCESIONARIO valor alguno por concepto de reajustes, por mayor cantidad de obra u obras adicionales, salvo que las partes acuerden lo contrario.

CLÁUSULA VÍGESIMA SEGUNDA: OBRAS NO PREVISTAS. Si durante el desarrollo del contrato se identifican por cualquiera de las partes contratantes, obras no incluidas dentro del alcance físico contrato, pero necesarias para el proyecto, el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO podrán acordar la ejecución de estas obras complementarias mediante la suscripción de un contrato adicional en el que consten los ítem, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si los ítem de estas obras complementarias están contempladas en la propuesta del CONCESIONARIO al licitar, el precio unitario con el que se pagará será el establecido para el ítem respectivo, en caso contrario, el precio unitario debe ser acordado por las partes. El valor adicional de la obra se pagará a precios de origen del contrato. (Cursivas fuera del texto)

De esa manera, las partes acordaron que por regla general las obras adicionales, no previstas o complementarias, no implicarían el reconocimiento alguno de su valor, por parte del Concedente, salvo que, pacten lo contrario, o que siendo necesarias para el proyecto, las partes acuerden su ejecución mediante un contrato adicional.

Sin embargo, analizadas las pruebas obrantes dentro del presente proceso arbitral, se observa que no se encuentra probado la existencia de algún contrato adicional, por medio del cual, las partes acuerden las obras complementarias que pretende reclamar la parte convocante, y en consecuencia, no se configura el presupuesto contractual que permita la procedencia de sus reconocimientos.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, sobre la aplicación de las normas civiles y comerciales en los contratos estatales, de la siguiente manera:

“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”.(Cursivas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 40 de la ley ibídem, establece:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales...”. (Cursivas fuera de texto).

Las normas legales antes citadas, permiten la aplicación del principio de la fuerza obligatoria y vinculante para los sujetos contratantes, que se encuentra señalado en el artículo 1602 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”.(Cursivas fuera del texto).

Sobre el particular, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado:

*“El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional.”*²⁸(Cursivas fuera del texto).

El principio traído a colación, tiene como presupuesto indispensable, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes del negocio jurídico, como desarrollo de la autorregulación de sus propios intereses y determinación de las reglas vinculantes incluidas en el acto jurídico.

Así las cosas, el reconocimiento de las obras complementarias, solicitadas por la parte Convocante, implicaría la contravención de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y adolece en consecuencia, de soporte jurídico válido, toda vez que las mismas no se encuentran amparadas por un contrato adicional, como se pactó en el mismo contrato de concesión

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 22 de julio de dos mil nueve 2009. Rad.: 17552C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

4.4.2. Demostración de la existencia de obras adicionales por fuera del alcance físico del contrato

Es también cierto y no se discute, por encontrarse probado por distintos vías, documental, pericial y testimonial, la existencia de obras realizadas por la convocante que no hicieron parte de las que constituyeron el alcance físico del objeto del contrato, como se observa en el Acta de evaluación y ejecución de obras complementarias necesarias para el correcto funcionamiento del proyecto denominado construcción y mejoramiento de la transversal de barú contrato de concesión vial 02 -06 de 04 de diciembre de 2012, donde consta que se reunieron el Representante legal del Consorcio Convocante, el Gerente del Consorcio, el ingeniero de Valorización Distrital y la Interventoría de la Universidad de Cartagena, Instituto de Hidráulica y Saneamiento Ambiental, quienes verificaron las cantidades de obras complementarias que se ejecutaron para que el objeto del Contrato Concesión Vial No 02-06 funcionara adecuadamente.

La citada acta, expresa:

"Que teniendo en cuenta que el Contrato Concesión tiene por objeto en términos generales y de conformidad con el art. 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.

Estas últimas actividades son llamadas "obras accesorias", las cuales pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla con su finalidad y sea debidamente aprovechada (b) De obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales.

...teniendo en cuenta que las obras complementarias objeto de evaluación dentro de la presente acta fueron ejecutadas dentro del mismo corredor vial, las parte reconocen:

PRIMERO: Que el Consorcio Vial Isla Barú ejecutó las cantidades de obras complementarias que se describen a continuación, conforme a los precisos contenidos en contrato de concesión Val – 02.

SEGUNDO: Que la interventoría – Universidad de Cartagena- Instituto de Hidráulica y saneamiento Ambiental supervisó la ejecución de las siguientes obras:

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VR/TOTAL
1	Transición del boxcoulvert del k7+990 con el canal recolector de aguas lluvias de la loma de Santana, lado izquierdo	ML	12	\$ 27.752.974,68
2	Tapa para canal de 30 x 2.20 x 0.20	ML	37,5	\$ 17.784.275,25
3	Pedraplen protector para boxcoulvert y taludes Emma	M2	7675,1	\$ 238.334.648,60
4	Prolongación del canal paralelo l= 49 ml, llevarlo hasta el boxcoulvert del k7+840.	ML	49	\$ 99.489.396,65
5	Prolongación de aletas en zona continental	M3	63,49	\$ 81.598.393,05
			TOTAL GENERAL:	\$ 464.959.688,23

"TERCERO: Que el Distrito- Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena, para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con la comunidad ubicada en el área de influencia del proyecto supervisó la ejecución de las siguientes obras:

1	Relleno en la vía de la Cangrejera - calle 12 Pasacaballos	M3	703,85	\$ 108.149.695,92
2	Relleno Pasacaballos - Jorge Eliecer Gaitán	M3	704,8	\$ 102.999.710,40
3	Relleno Pasacaballos - Jorge Eliecer Gaitán	M3	786,5	\$ 115.245.379,93
4	Adecuación vía para desvío en Santana por construcción vía principal	M3	292,5	\$ 51.360.445,80

5	Casa familia Cota en curva frente cementerio en la población de Ararca	M2	74	\$ 44.489.354,56
6	Aporte económico familia Cota	UNID	1	\$ 14.886.720,64
7	Casa familia David en curva frente cementerio en la población de Ararca	M2	27	\$ 15.936.000,00
TOTAL				
GENERAL:				\$ 453.067.307,25

GRAN TOTAL: NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES VEINTISÉIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON CUARENTA Y OCHO (\$ 918.026.995,48)

En efecto, tal como lo destaca la parte convocante, ella anexó a su demanda arbitral la denominada "Acta de evaluación y ejecución de obras complementarias necesarias" para el correcto funcionamiento del proyecto denominado: "Construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú" contrato de concesión VAL-02-06" de fecha 4 de diciembre de 2012, (Anexo No. 58 de la demanda, Folios 552 al 577 del Cuaderno de Pruebas No. 7).

Así mismo, la demandante se apoya en otros documentos, tales como actas de visita de obra e informes de interventoría, que dan cuenta de la necesidad de las obras (folios 305 al 349 del cuaderno de pruebas No. 8).

La prueba documental reseñada es armónica con las declaraciones recepcionadas en este proceso, tales como la del Ingeniero Civil JAIME FORTICH (Especialista en Vías), Director de la Interventoría del Proyecto (471 al 492 del Cuaderno de Pruebas No. 9), que en lo puntual a este tema precisó:

"DR. VASQUEZ: Para efectos de ahondar en mayor claridad frente al tema de las obras llamadas por ustedes complementarias pero que usted ya aclaró a este Tribunal corresponden a mayores cantidades, sírvase indicarle a este Tribunal si previo a la suscripción del acta existieron requerimientos al Distrito y al Departamento Administrativo de Valorización dándole la cuenta la necesidad de las mismas.

DR. FORTICH: *Si casi siempre había un Comité de Obras donde estaban los ingenieros de valorización, el Dr. Hermano del alcalde en ese momento Lucho Vélez, Luis Vélez; estuvo Norberto que es mi auxiliar, siempre ellos estuvieron ahí presentes conmigo en la obra, en la topografía que siempre supervisaba el control de obras igual que los inspectores y necesariamente ellos también tenían sus responsabilidades en las cuestiones de las obras, las obras se fueron midiendo de acuerdo al contratista y de acuerdo a la interventoría, por qué? Porque no puede haber menor o mayor cantidad de obras si no se tiene una medida exacta en que evaluarla, son obras adicionales y tienen algunas que son de mayor cantidad como cualquier obra cuando es necesario, insisto en lo mismo, en proteger y garantizar la durabilidad de la obra, porque vuelvo y le repito, el concepto que yo le hacía ahora de la expresión de la población es que las obras son costosas de por sí y el criterio que le tienen en vías es que eso se hace por kilómetros tantos miles de pesos, no voy a evaluar eso porque esa parte no me tocó a mí, ya ese ítem ya hace esas cosas, eso si ya venían establecidos los precios y la cantidad de cosas que están dentro del contrato sí?, esa era la vigencia yo no podía modificar ni precios ni cuestiones por el estilo, eso le corresponde a la parte pertinente económica, yo soy es un técnico de la parte especializada de vías, si está bien?*

... el fondo de esas cosas es pertinente en el sentido de que la interventoría de la universidad fue buscada porque teníamos los laboratorios, teníamos el personal bastante idóneo y cosas así por el estilo, el caso específico la construcción del puente también la llevó a cabo otro profesor como interventor que es el profesor Alves, también estuvo Norberto, yo iba a acompañarlos en algunas cuestiones de geometrías de la vía, ejemplo, los empalmes para subir el puente que era una pendiente de... digamos del 7% que es la máxima para subir un vehículo debía llegar con una pendiente mínima para empalmar y poder engranar el carro y subir la pendiente que había quedado fuerte eso son presentes máximas permitidas elocuentes que deber estar así aquí es la.. Pará bolas que es la plataforma del puente, lo que quiere decir que esas obras

fueron hechas a cabalidad en el sentido de la estructura del puente yo creo que no han tenido ningún inconveniente, lo que les dije de la estructura del suelo de las vías, es necesario tener implementado una cantidad de estudios que entre otras cosas el Dr. Álvaro Cogollo y Antonio Cogollo fueron pertinentes en eso, más que todo el Dr. Cogollo que era el que tenía el control de calidad, tuvo sus problemas pero él siempre estuvo presente, el doctor Cogollo murió después pero eso ya....

DR. VASQUEZ: *Sr. Jaime... Dentro de la ejecución de estas reuniones, cuál era la posición que tenía el representante del Distrito, el Sr. Luis Vélez Carrasquilla con relación a esta ejecución de obras complementarias, o sea se reunían en mesas de trabajo y con cuáles de la posición que tenía el representante del Distrito para el momento de suscribir estas actas de evaluación y ejecución de obras complementarias?*

DR. FORTICH: *Siempre que se hicieron las reuniones eran esos comités representados cada uno de sus partes: La Alcaldía, La Universidad de Cartagena como Interventor y unos Asesores que deben tener ellos, eso sí llegaron varios ingenieros, cosas así, no recuerdo exactamente quién pero si hubo varios que se llevaron a esos... a algunos comités por cuestiones técnicas.*

DR. VASQUEZ: *Dentro de dicha acta ya usted ha aclarado que corresponde a mayores cantidades de obras o ítems ya contratados o previstos dentro del proyecto, se describen aspectos como transición de boxculvert del K7 + 990 con el canal recolector de aguas lluvias de la loma Santana lado Izquierdo, pedraplen protector para boxculvert y taludes y demás, prolongación del canal paralelo, prolongación de aletas, relleno de la vía cangrejera, relleno pasacaballos, adecuación de vías para desvío en Santana por construcción de vía principal, como quiera el auditorio... está.. mayor compuesto por abogados ya usted dio una explicación inicial del mismo para efectos de mayor claridad, sírvase aclararle al Tribunal, en qué consiste de manera sencilla dichas obras y el por qué las*

mismas en criterios exactas resultaron necesarias para el correcto desarrollo del proyecto.

SR. FORTICH: *Si, la idea que cuando se hizo la vía ya la transversal hubo unas obras que eran necesarias porque influenciaban los municipios que existen o corregimientos porque son corregimientos y se vieron que habían unas inundaciones de unos canales de aguas que bajan de unas lomas etc., entonces nosotros consideramos que era necesario también complementar la llegada a esos barrios para... de esos pueblos de esas poblaciones poder entrar como variante, o sea entrar en una y tener una salida, porque una calle recta que tienen ellos para entrar los buses, las cargas de lo que está en el mercado o de lo que sacan de ahí, lo mismo pasó en Santana, eran necesario hacer esos boxculvert, primero había uno que estaba todo construido eso sí quedó viejo de la antigua carretera y se hicieron los canales empalme de Santana precisamente para desviar el agua y que no entrara a la población, se hizo la calle canal, los andenes como les dije y se sacó un arroyo que está cercano ahí que tiene creo que es la bahía El Cholón la parte donde tienen el puerto ahí en Santana y todas esas cosas, era necesario en Ararca también hacer lo mismo allí había una ciénaga que se fue secando precisamente porque algunas veces ya la gente lo utiliza para otras cosas y se fue secando pero eso no tiene nada que ver con la vía.*

Al lado de uno de... la parte lateral de allá de Santana también había una laguna, eso hubo la necesidad para estabilidad del talud tapar todo eso por qué? Porque si hay presencia de agua en la base de esas estructuras ellas pueden colapsar, sufrir asentamiento y se caen, lo que yo hablé de la erosión del boxculvert, si no entra con el ángulo debido del viaje la obra lateral se va destruyendo porque eso no es totalmente monolítico es una caja como yo dije, y una protección lateral para que el talud de la tierra que llega no va a quedar así recto, tiene que extenderse lateralmente y ocupa un área mayor también afectaba las cosas esas. Eso es una realidad, entonces pienso que las explicaciones que yo he podido dar tienen ciertas restricciones porque la verdad el lenguaje que yo hablo es un

lenguaje técnico, boxculvert, decía boxculvert, es una caja normal para que el agua pase y no erosione el piso, ni las aletas, esa es la idea.”

Por último y en la misma línea de análisis se debe tener en cuenta el dictamen pericial que obra a folios 578 al 640 del Cuaderno de Pruebas No. 7, prueba trasladada del proceso arbitral análogo mencionado en otros apartes del laudo; que dicho sea de paso no fue objetado, como tampoco la parte convocada ejerció su derecho de contradicción frente al mismo, ya sea solicitando aclaraciones o complementaciones de este. Además de encontrarse debidamente soportado científica y técnicamente por lo que se considerará plena prueba de los hechos de los que fue objeto el dictamen, donde el experto Ingeniero Civil ALFREDO PINEDA CORENA, puntualizó así:

"Conforme a la inspección visual realizada, las medidas tomadas en el terreno y la evaluación y análisis de toda la documentación técnica, recibida del concesionario, considero que las obras y sus cantidades, realizadas, y registradas y avaladas por el departamento técnico del Departamento Administrativo de Valorización Distrital y el Interventor Universidad de Cartagena, eran necesarias para la operatividad de la obra, para su estabilidad y durabilidad. El no haber ejecutado cualquiera de ellas, hubiese sido nefasto para el desarrollo del proyecto tanto desde el punto de vista técnico y operativo, como desde el punto de vista de las afectaciones a la población de los corregimientos localizados en el área de influencia del proyecto.”

En conclusión, está probado en debida forma que las obras, llamadas complementarias, fueron ejecutadas por el contratista, pero no se observa el cumplimiento del requisito exigido por los artículos 40 y 41 de la ley 80 de 1993, de la celebración del respectivo contrato adicional, por las parte del negocio jurídico bajo estudio, como se expone a continuación:

4.4.3. Análisis de la teoría del enriquecimiento sin justa causa.

Teniendo en cuenta que a la luz de lo dispuesto en las cláusulas 21 y 22 del Contrato de Concesión, no resulta procedente el reconocimiento de las obras

complementarias, salvo que pre-exista un contrato adicional donde se pacte la realización de las mismas, procederá el Tribunal a apreciar si procede su reconocimiento desde el análisis de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, para lo cual habría que aplicar al caso, el test de rigurosidad desarrollado por la Jurisprudencia hoy contenido en la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹, que limitó su procedencia, exclusivamente a los siguientes eventos:

“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* constrañó 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

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 19 de noviembre de 2012, Rad. 24897

esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, al confrontar la situación fáctica respecto a las pretensiones de la parte Convocante relacionadas con el reconocimiento de las obras adicionales, no encontramos que se tipifiquen dentro de los supuestos previstos por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación mencionada para que se pueda predicar la existencia de enriquecimiento sin justa causa, y por ende, las pretensiones habrán de denegarse.

Lo anterior resulta evidente, teniendo en cuenta que no se encuentra probado que la entidad debió legalmente declarar una situación de urgencia y omitió su declaratoria, así tampoco se encuentra probado de manera objetiva y manifiesta que fue urgente y necesario ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, 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.

Tampoco se prueba 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.

Así las cosas, el reconocimiento y pago de una obra adicional no contemplada en el contrato, ni soportada en un contrato adicional, no depende de la procedencia o conveniencia técnica de las mismas, sino de la confluencia de los ingredientes fácticos, descritos en la Sentencia de Unificación, los cuales no se adecuan típicamente a la situación fáctica y probada dentro del presente asunto.

En reciente jurisprudencia, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, denegó las pretensiones resarcitorias de la parte demandante, en un caso con similitud fáctica y jurídica, al que aquí se debate, en los siguientes términos:

*"Efectivamente, el señor Perea Mena realizó unas obras que beneficiaron a la entidad pública demandada, las cuales fueron objeto de verificación y certificación por parte de la Universidad Tecnológica del Chocó, cuyo pago se solicita ante esta Jurisdicción (...) **las pretensiones resarcitorias de la parte actora no están llamadas a prosperar, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia, por cuanto en el sub lite no se configuró alguna de las causales establecidas por la sentencia de unificación ya citada (...)** tanto la entidad como la misma parte actora afirmaron que las obras fueron autorizadas "verbalmente" y que según lo informó el demandante ya estaban ejecutadas el 12 de noviembre de 1998 en un 80% (...) con anterioridad siquiera a que se pudiera considerar la conveniencia de su realización (como se informó en oficio interno del 9 de noviembre de 1998, las obras ya estaban a punto de finalizarse, en abierta y grosera violación de los principios que rigen la contratación estatal (...) aun cuando se podría afirmar que la autorización verbal de las obras que la misma entidad aceptó, en oficio del 24 de noviembre de 1998, haber realizado, **tal situación no puede ser admitida como constitutiva del constreñimiento del contratista a ejecutar una obra sin soporte contractual con el lleno de las formalidades puesto que, el señor Perea Mena, como lo afirmó en el libelo introductorio de la litis, a sabiendas de que no existían recursos financieros para su realización y consciente de que no se estaban cumpliendo las formalidades propias de los contratos estatales, optó voluntariamente por ejecutar las referidas obras "complementarias" al contrato No. 0006 de 1997, cuyo monto, bueno es precisar, superó con creces el valor inicial de dicho contrato**".³⁰ (Cursivas y negrillas fuera del texto)*

En consecuencia, se denegaran las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de las obras adicionales ejecutadas, teniendo en cuenta, lo expuesto con anterioridad.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014, Radicado No. 27374.

CAPÍTULO CUARTO:

RESUMEN DE LOS RECONOCIMIENTOS HECHOS EN LA PROVIDENCIA

En consideración a lo expuesto en los ítems respectivos, este Tribunal, en la parte resolutive, condenará a la convocada a pagar a favor de las convocantes, las sumas de dinero que se indican, para lo cual, se tendrá en cuenta la conclusión expuesta en el dictamen pericial contable, así:

1. POR ERRORES DE RIEGUE:

- **DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA (sic) Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$295.661.690,00) M.L.C.** por concepto de errores de riego por disminuciones de valores de áreas grabadas en distintas resoluciones, allegadas al expediente. Dicha suma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se actualiza aplicando el Índice de Precios al Consumidor, tomando como índice inicial el último publicado a la fecha de presentación de la convocatoria arbitral (marzo de 2015), y como índice final el último publicado a la fecha de la presente providencia (abril de 2016), arrojando la suma de **TRESCIENTOS VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$320.833.746,00) M.L.C.**

- **MIL SETECIENTOS DIECISÉIS MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.716.516.544) M.L.C.,** por saldo de errores de riego por cambios de nombres del sujeto pasivo de la contribución de valorización. Dicha suma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se actualiza aplicando el Índice de Precios al Consumidor, tomando como índice inicial el último publicado a la fecha de presentación de la convocatoria arbitral (marzo de 2015), y como índice final el último publicado a la fecha de la presente providencia (abril de 2016), arrojando la suma de **MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$1.862.657.397,00) M.L.C.**

**2. POR DISMINUCIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES DE VALORIZACIÓN
POR LA APLICACIÓN DE DESCUENTOS EN 15%**

- **SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$749.835.238,00) M.L.C.** (disminuciones del quince por ciento). Dicha suma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se actualiza aplicando el Índice de Precios al Consumidor, tomando como índice inicial el último publicado a la fecha de presentación de la convocatoria arbitral (marzo de 2015), y como índice final el último publicado a la fecha de la presente providencia (abril de 2016), arrojando la suma de **OCHOCIENTOS TRECE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$813.674.740,00) M.L.C.**

**3. POR DISMINUCIONES POR DESCUENTOS EN UN 10% PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 79 DEL ACUERDO DISTRITAL No. 010 DE 2005.**

- **MIL NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$1.096.434.833,00) M.L.C.** Dicha suma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se actualiza aplicando el Índice de Precios al Consumidor, tomando como índice inicial el último publicado a la fecha de presentación de la convocatoria arbitral (marzo de 2015), y como índice final el último publicado a la fecha de la presente providencia (abril de 2016), arrojando la suma de **MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS (\$1.189.783.144,00) M.L.C.**

En esta medida, los reconocimientos hechos en esta providencia, actualizados en los términos de la normatividad aplicable, ascienden a la suma total de **CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES JOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL VEINTIOCHO PESOS (\$4.186.949.028,00) M.L.C.**

CAPÍTULO QUINTO: **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

1. COSTAS

El artículo 361 del Código General del Proceso, consagra que “Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho” y “serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”; por su parte, el artículo 365 ibídem establece reglas para la condena en costas, así: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...” 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En este punto, el Tribunal considera procedente la condena en costas, en atención a que para activar el proceso arbitral, por ley, cada parte debió pagar el cincuenta por ciento (50%) de lo que en el proceso se fijó por gastos y honorarios de árbitros y secretario, como también que las pretensiones prosperaron parcialmente, de cuatro solo prosperaron tres, por lo que proporcionalmente se condenará en un setenta y cinco (75%) de los gastos que le correspondió asumir a la parte convocante

Además, se evidencia en el Acta No. 6 de diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015) que la parte Convocada no consignó en la oportunidad procesal correspondiente los honorarios y gastos decretados que le correspondían, y que en consecuencia, la Convocante en el término adicional legalmente establecido, entregó al Tribunal la suma de **CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$184.298.262,52) M.L.C.**, por concepto del valor faltante para cubrir la totalidad de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, protocolización y otros que no fue aportado por parte del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, de conformidad con lo dispuesto en el Auto No. 6 de octubre 19 de 2015.

Siendo ello así, el Tribunal ordenará en la parte resolutive de esta providencia la devolución a la parte Convocante de dicho valor, con los efectos que le confiere la Ley a tal obligación.

2. AGENCIAS EN DERECHO

En cuanto a las agencias en derecho, que consisten en “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”³¹, el Tribunal las impondrá con base en lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, según el cual deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura y se tendrá en cuenta, naturaleza del pleito, calidad y duración de la gestión realizada, sin exceder el máximo de dichas tarifas”., razón por la que en este caso se impondrá honorarios de la citada tarifa que corresponde al cero punto cuatro por ciento (0.4%) de las pretensiones reconocidas y actualizadas, por la suma de **DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$16.747.796,00) M.L.C.**

CAPÍTULO SEXTO: **DECLARACIONES Y CONDENAS**

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar las excepciones de inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-02-06, en cuanto a errores de riego por disminuciones de valores de áreas grabadas por cambios de nombres del sujeto pasivo de la contribución de valorización, disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación de descuentos en 15%, por disminuciones por descuentos en un 10% previsto en el artículo 79 del Acuerdo Distrital No. 010 de 2005.

³¹ Artículo 2º, Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: Declarar que el **DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplió el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no haber pagado los errores de riego referente a la Garantía de Ingreso de los recursos causados por valorización.

TERCERO: Declarar que el **DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplió el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no haber pagado los errores de riego referente a la obligación de adquisición y legalización de predios en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar que el **DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplió el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no haber garantizado el ingreso pactado y esperado por valorización, disminuido por la aplicación del 10% del descuento que contempla el artículo 79 del acuerdo 010 de 2005.

QUINTO: Denegar que las convocadas **DISTRITO DE CARTAGENA- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplieron el Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no haber reconocido ni ordenado el pago de las obras denominadas complementarias.

SEXTO: Declarar que las convocantes el **CONSORCIO Y SOCIEDADES QUE LO INTEGRA**, no demostraron los elementos que estructuran la existencia de enriquecimiento sin causa en favor del **DISTRITO DE CARTAGENA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** por no haber reconocido ni ordenado el pago de las obras denominadas complementarias.

SÉPTIMO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ Y A LAS SOCIEDADES QUE LO INTEGRAN** la suma de **TRESCIENTOS VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$320.833.746,00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, por concepto de los perjuicios ocasionados por errores

de riego por disminuciones de áreas grabadas, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ Y A LAS SOCIEDADES QUE LO INTEGRAN** la suma de **MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$1.862.657.397,00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, por concepto de los perjuicios ocasionados por errores de riego por cambios de nombres del sujeto pasivo de la contribución de valorización, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ Y A LAS SOCIEDADES QUE LO INTEGRAN** la suma de **OCHOCIENTOS TRECE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$813.674.740,00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, por concepto de disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación del 15% del descuento que contempla el Acuerdo Distrital No. 010 de 2005, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar al **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ Y A LAS SOCIEDADES QUE LO INTEGRAN** la suma de **MIL NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$1.096.434.833,00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**, por concepto de disminución de las contribuciones de valorización por la aplicación del 10% del descuento que contempla artículo 79 del Acuerdo Distrital No. 010 de 2005, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO PRIMERO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** en costas y agencias en derecho, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, y en los valores establecidos al respecto en la misma.

DÉCIMO SEGUNDO: Denegar las demás pretensiones planteadas en la demanda.

DÉCIMO TERCERO: Ordenar que las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO CUARTO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las respectivas constancias de ley

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO
Presidente



CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI
Árbitro



WILSON TONCEL GAVIRIA
Árbitro



MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ
Secretaría del Tribunal