

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS
S.A.S VS. DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D.T Y C.
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN.**

FECHA LAUDO: 14 de octubre de 2014.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S

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

ÁRBITRO (S): JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA Y CARLOS E. PAREJA EMILIANI.

SECRETARIO (A): LILIANA BUSTILLO ARRIETA.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS:

Código Civil, artículos 1498,1602 y 1603, Código de Procedimiento Civil, artículos 175 y 177; artículo 28 Ley 80 de 1993, Código Contencioso Administrativo, artículo 62; artículo 10 ley 1563 de 2012, ley 80 de 1993, artículo 87 Ley 1474 de 2011, Ley 9º de 1989, Ley 388 de 1997, artículo 86 Decreto-ley 222 de 1983, Ley 25 de 192, Ley 113 de 1937, Ley 1º de 1943, Ley 25 de 1959, Ley 48 de 1968, Decreto 1333 de 1986, Ley 105 de 1993, Acuerdo 010 2005 emanado del Concejo Distrital de Cartagena.

DOCTRINA:

- ANDRÉ DE LAUBADÉRE. *Traité theorique et pratique des contrats administratif*, t. II. Paris, 1956. Mise à Jour, 1959
- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. "Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra" en *Revista de obras públicas. Extraordinario* Núm. 3425, Madrid, Octubre 2002.
- DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003.
- DÍEZ, Manuel María: *Derecho Administrativo*, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. "El contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", en *Documentación Administrativa*, n° 274-275, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-agosto 2006.
- GÓMEZ, Rafael y MORANT, Ferrer. "El contrato de concesión de obra pública "en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, 2a Ed., Madrid, Thompson Civitas, 2004.
- PUERTA SEGUIDO, Francisco. "El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación. Definición legal y objeto" en *El contrato de concesión de obras públicas en la ley de contratos del sector público*, Capítulo II, Madrid, La Ley Temas, 2009.

- SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1974.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Constitucional, sentencia de tutela T-342 de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia C-903 del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, pág. 128
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 574.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. No 2415, pág. 254.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 35.288.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Exp. 39.332.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 15001233100019880843101- 8031.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 26.637
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de diciembre de 2008, Exp. 15.603.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14.287.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 15.666.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de febrero de 2000, Expediente 16.394.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 1996, Expediente 11.632.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de abril de 2002, Expediente 13.349
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Exp. 30.571.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 1 de febrero de 2012
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.324.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 15.600, C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 15.666.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578, M.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12083, M.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10883, M.P. Alier E. Hernández.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2010, exp. 17663. M.P. Gil Botero Enrique.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Exp. 11.542.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 14.390.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2012, Exp. 20.523.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 14.390.
- Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Cp: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., Veinticinco (25) De Junio De Dos Mil Catorce (2014).Radicación:25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) Demandante: Café Salud Entidad Promotora De Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio De Salud Y De La Protección Social. Referencia: Recurso De Queja.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 5 de mayo de 1999, Exp. 1.190
- Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Laudo arbitral de 21 de noviembre de 2006.
- Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. contra Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, Laudo de 24 de agosto de 2001
- Tribunal de Arbitramento de Conalvías S.A. contra Transcribe S.A. Laudo arbitral de 8 de abril de 2011.
- 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 de 4 de marzo de 2013.
- Tribunal de Arbitramento de Consorcio Cosacol-Confurca contra Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. -TRANSORIENTE S.A. E.S.P., Laudo de 18 de junio de 2014.

- Tribunal de Arbitramento de *Transportadora de Gas del Interior – TGI S.A. ESP* contra *Empresa Colombiana de Gas – Ecogas*. Laudo arbitral de 2 de septiembre de 2009.
- Tribunal de Arbitramento de *Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda. – Crear Cooperativa* contra *Hernando Horta Díaz*. Laudo arbitral de 5 de junio de 2002.

TEMAS: Incumplimiento del contrato y desequilibrio económico del contrato estatal, deber de planeación, modificación del acto administrativo.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S.

CONTRA

**DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION**

Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, catorce (14) de octubre de dos mil catorce (2014)

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben la Ley 1563 de 2012, y en lo pertinente, las consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el Código de Procedimiento Civil, Código General Del Proceso, decreto 1829 de 2013, normas que rigen este proceso, este Tribunal de Arbitramento procede a proferir el laudo arbitral que resuelva las controversias surgidas entre las partes que han sido sometidas a su decisión, en el siguiente orden.

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

Descripción del trámite de este arbitramento.

DEMANDA DE CONVOCATORIA:

Mediante escrito presentado el día diez (10) de julio de 2013, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, la parte Convocante CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S, sociedad mercantil identificada con el NIT. No. 806008737-1, a través de apoderada especial presentó demanda arbitral con la finalidad de dirimir las diferencias presentadas con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION, como parte Convocada, con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión

VAL 01-05, cuyo objeto fue otorgar al concesionario, la concesión para que realice los estudios y diseños definitivos, así como la construcción del proyecto denominado “OBRA PÚBLICA CON DISEÑO DEL CONTRATISTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90ª , CON LA CORDIALIDAD, Y LA VÍA DE PENETRACION DESDE EL ANILLO VIAL PASANDO POR TIERRA BAJA Y EL MEJORAMIENTO DESDE TIERRA BAJA HASTA LA INTERSECCIÓN CON ESTA TRANSVERSAL.”

La parte Convocante invocó las siguientes pretensiones que literalmente se transcriben:

“4.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS:

PRIMERA: *Que se declare que por hechos imputables a la Convocada, y por circunstancias imprevistas no imputables a las partes, se presentó, en perjuicio del **CONCESIONARIO**, la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, de acuerdo con los fundamentos de hecho y derecho que esta demanda contiene.*

SEGUNDA: *Que se declare que hubo por parte de la Convocada, indebida planeación del Contrato de Concesión VAL 01 - 05, lo cual generó perjuicios a éste, y en consecuencia se ordene a la Convocada adoptar todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio del contratista.*

TERCERA: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se proceda con la revisión y ajuste de precios del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, por haber ocurrido, con posterioridad a su celebración circunstancias que han hecho más oneroso al **CONCESIONARIO** el cumplimiento del Contrato.*

CUARTA: *Que se declare que por parte del **CONCESIONARIO** se vienen realizando obras superiores a las aprobadas por el Distrito y su interventor, necesarias para garantizar la calidad y estabilidad del Proyecto.*

QUINTA: *Que se declare el incumplimiento de obligaciones del **DISTRITO** contempladas en el Contrato de Concesión VAL 01 - 05 en cuanto a la adquisición y legalización de predios como responsabilidad contractual del **CONCEDENTE**.*

SEXTA: *Que se declare la existencia de modificaciones al acto administrativo de distribución y liquidación de valorización y a las resoluciones de asignación individual del gravamen, como consecuencia de errores del **CONCEDENTE**, que implicaron la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios, y no han sido compensadas al **CONCESIONARIO** como fue pactado en el Contrato.*

SÉPTIMA: *Que se declare la existencia de gastos no presupuestados, autorizados por el **DISTRITO** para para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.*

4.2 PRETENSIONES DE CONDENAS:

PRIMERA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, segunda y tercera declarativas, se condene al **DISTRITO** a cancelar al **CONCESIONARIO** los reajustes de precios que logren reestablecer la ecuación contractual inicialmente pactada, manteniendo constante el valor intrínseco de los costos del Contrato, el precio de la prestación contraída, ajustándolo en el quantum de la variación, modificación o fluctuación cierta de sus segmentos, factores, componentes o elementos determinantes, entre su celebración y ejecución.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, segunda y cuarta declarativas, se condene al **DISTRITO** a pagar al **CONCESIONARIO** las sumas de dinero que correspondan a la ejecución de las obras adicionales que el Proyecto requiere para garantizar su calidad y estabilidad, y que ocasionaron el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión VAL 01 - 05.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, segunda y quinta declarativas, se condene al **DISTRITO** a pagar al **CONCESIONARIO** los costos adicionales, generados por las suspensiones contractuales que tuvieron lugar por la no adquisición de predios como obligación del **CONCEDENTE**, y demás reconocimientos en los que se tenga en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión, que incluye según el Contrato, los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, tercera y sexta declarativas, se condene al **DISTRITO** a cancelar las sumas por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios, resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, y demás que conllevaron a su modificación, y generaron el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión VAL 01 - 05.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, tercera y séptima declarativas, se condene al **DISTRITO** a cancelar las sumas por él autorizadas para el cumplimiento de sus funciones, no presupuestadas, y canceladas con cargo al proyecto, que ocasionaron el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 en contra del **CONCESIONARIO**.

SEXTA: Que las sumas que resulten de las pretensiones primeras, segunda, tercera, cuarta y quinta anteriores, 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.

SÉPTIMA: *Que igualmente respecto de cualquier suma de dinero que resulte a favor del **CONCESIONARIO**, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por ese honorable Tribunal.*

OCTAVA: *Que se condene al **DISTRITO** al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el laudo definitivo que ponga fin al presente proceso.*

NOVENA: *Que el **DISTRITO** debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.*

DÉCIMA: *Que se ordene al **DISTRITO** reconocer y pagar al **CONCESIONARIO** las sumas de dinero objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a la tasa más alta permitida, a partir de la ejecutoria del laudo.*

2. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Arbitramento está integrado por los Doctores JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, WILSON TONCEL GAVIRIA Y CARLOS E. PAREJA EMILIANI, quienes fueron designados por las partes de común acuerdo, y aceptaron el cargo oportunamente.

La AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, fue informada de este proceso arbitral y citada a la audiencia de instalación del Tribunal, por medio electrónico en los términos del artículo 12 de la ley 1563 de 2012, así consta en el expediente el acuse de recibo, con la certificación de la empresa de correos. **(Folio 148 del cuaderno principal Tomo I)**

Surtido lo anterior, el día doce (12) de julio de 2013, en audiencia a la que asistieron los apoderados judiciales de la parte Convocante y Convocada, así como el Agente del Ministerio Público, se instaló el Tribunal de Arbitramento, fue nombrado presidente del Tribunal el Doctor JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y como secretaria la abogada LILIANA BUSTILLO ARRIETA, quien tomó posesión del cargo ante el Árbitro Presidente. Así mismo, en el auto No. 1 de esa fecha, se fijó como sede del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias D. T. y C. (folios 153 al 158)

3. ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA, NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y TRASLADO A LA PARTE CONVOCADA Y AL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El tribunal de Arbitramento, previo al análisis del cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de convocatoria, mediante auto No. 1 de fecha 12 de julio de 2013, resolvió admitir la demanda arbitral presentada por la Convocante, se ordenó la notificación y correr traslado de la misma a la parte

Convocada y al Agente del Ministerio Público, por el término de veinte (20) días contados a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, de acuerdo con el procedimiento arbitral. La decisión tomada en el Auto No. 01, fue notificada en la misma fecha, a las partes del proceso y a la doctora DENISE DEL C. MORENO SIERRA, Procuradora 130 judicial II, como Agente del Ministerio Público. (Folios 154, 155, 160, 161)

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, EXCEPCIONES DE MÉRITO Y SU TRÁMITE.

Mediante memorial presentado en la secretaría del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, sede del Tribunal, el día doce (12) de agosto de 2013, el apoderado especial del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION contestó la demanda dentro del término legal; para el efecto, propuso excepciones de mérito, aportó pruebas documentales, y solicitó otras. (Folio 162 al 209 cuaderno principal Tomo I)

En resumen la parte Convocada ejercitó su derecho de defensa oponiéndose a las pretensiones solicitadas por la parte Convocante en la demanda arbitral, haciendo un pronunciamiento sobre los hechos de la misma, y formuló las siguientes excepciones de mérito:

4.1. Incumplimiento de la Cláusula TRIGESIMA QUINTA del Contrato de Concesión VAL 01-05, que ordena agotar los mecanismos de arreglo directo de las controversias contractuales.

4.2. Inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato número VAL-01-05 celebrado entre Convocante y Convocada.

4.3. Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL 01-05 celebrado con la parte Convocada.

4.4. Inexistencia de obligación por parte del Distrito de Cartagena para ejecutar las obras adicionales necesarias por intermedio del Convocante.

4.5. Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto a la adquisición y legalización de predios.

4.6. Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL 01-05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto al riego por valorización.

4.7. Improcedencia de condenas patrimoniales contra el Distrito de Cartagena, ante la ausencia de situaciones de incumplimiento, ni de circunstancias configurativas de la ruptura del equilibrio económico del contrato número VAL 01-05.

5. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO.

Mediante Auto No. 2 del dieciséis (16) de agosto de 2013, el Tribunal de Arbitramento resolvió correr traslado a la parte Convocante de la contestación de la demanda y excepciones de mérito por el término de cinco (5) días hábiles, esta providencia fue notificada a las partes mediante correo electrónico de fecha 20 de agosto de 2013. (Folios 177 al 179 cuaderno principal tomo I)

La apoderada de la parte Convocante, mediante memorial presentado en la secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día veintisiete (27) de agosto de 2013, se pronunció sobre las excepciones de mérito formuladas por la Convocada, oponiéndose a todas ellas y aportando pruebas documentales. (Folio 239 al 250 cuaderno principal tomo I)

6. OPORTUNIDAD DE CONCILIACION, FIJACIÓN Y PAGO DE LOS GASTOS Y HONORARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.

Mediante el citado Auto No. 2, se fijó la fecha 29 de agosto de 2013 a las 11.30 a.m., para celebrar la audiencia de conciliación y en caso de no lograrse acuerdo, la determinación de los gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal. Adicionalmente, se reconoció personería para actuar en este proceso a los Doctores ADELMO SCHOTBORGH BARRETO, apoderado judicial de la parte Convocada, y MARIA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA, apoderada judicial sustituta de la parte Convocante, en los términos de los poderes allegados al proceso. Esta audiencia fue aplazada por incapacidad médica del Árbitro Presidente, así se comunicó a las partes y a la Agente del Ministerio Público. (Folio 236 al 238).

Mediante Auto No. 3 de tres (03) de septiembre de 2013 se fijó para el día once (11) de septiembre de 2013, la nueva fecha para audiencia de conciliación y en caso de fracasar esta, la determinación de los honorarios y gastos para el funcionamiento del Tribunal. El citado auto fue notificado el cinco (5) de septiembre de 2013 por correo electrónico a las partes y el agente del Ministerio Público. (Folio 251 al 256)

En cumplimiento de lo ordenado en Auto No. 3, con fecha once (11) de septiembre de 2013 se celebró la audiencia de conciliación con la participación de las partes y el agente del Ministerio Público, no siendo posible lograr un acuerdo conciliatorio que resolviera las diferencias, así consta en el acta No. 4 (folio 278 al 283). En el expediente reposa la decisión del comité de conciliaciones del Distrito de Cartagena. (Folio 257 al 277)

En la misma audiencia, mediante Auto No. 6 notificado a los apoderados de las partes y a la Agente del Ministerio Público, el Tribunal fijó los honorarios y gastos para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, ordenó su consignación a las partes a órdenes del Presidente del Tribunal, dentro del plazo de ley, providencia que quedó notificada y ejecutoriada en dicha audiencia. (Folios 284 al 292)

La parte Convocante CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S., en la oportunidad legal prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2013, dentro del término inicial de 10 días, pagó mediante cheque de gerencia No. 4393713-1 del BANCO COLPATRIA, el 50% de los honorarios y gastos para el

funcionamiento del Tribunal de Arbitramento que a ella le correspondía. En dicha oportunidad, la parte Convocada, DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION, no hizo lo propio. (Folio 293, 294)

La parte Convocante CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S., en la oportunidad legal prevista en la citada norma, esto es, dentro del término adicional de 5 días siguientes, pagó mediante cheque de gerencia No. 4393737-8 del BANCO COLPATRIA, el 50% restante de los honorarios y gastos para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento que le correspondía a la parte Convocada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal y lo previsto por la ley arbitral en el citado artículo 27. (Folio 295, 296))

7. DE LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

Mediante Auto No. 7 de cuatro (04) de octubre de 2013 se fijó fecha para la Primera Audiencia de Trámite en este proceso arbitral, providencia legalmente notificada a las partes y al agente del Ministerio Público.

El día once (11) de octubre de 2013, con la asistencia de las partes y la Agente del Ministerio Público, se celebró la primera audiencia de trámite en este proceso arbitral, en la cual mediante auto No. 8 el tribunal de arbitramento se declaró competente para resolver las controversias sometidas a él. En esta misma audiencia se decretaron las pruebas a practicar en este proceso arbitral. (Folio 303 al 320 cuaderno principal Tomo I)

8. DEL DECRETO DE PRUEBAS EN EL PROCESO ARBITRAL

En el auto No. 9 de fecha 11 de octubre de 2013, se decretaron las pruebas a practicar en este proceso, que fueron las siguientes:

H. Documentales aportadas

Téngase como tales, con el valor que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocante junto con la demanda arbitral, enunciados y numerados en el acápite “7.1. DOCUMENTALES APORTADAS”.

Igualmente, téngase como tales, con el valor que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocante junto con el pronunciamiento sobre excepciones, enunciados y numerados en el acápite “QUINTO”.

I. Testimonios

Conforme a lo solicitado por la parte Convocante en el acápite “7.2. TESTIMONIALES” de la demanda arbitral, se decretan las declaraciones testimoniales de las siguientes personas, las cuales deberán rendirse en audiencias que se llevarán a cabo en la sede del Tribunal, en las fechas y horas fijadas:

1. Álvaro Ignacio Covo Torres, el día 28 de octubre de 2013 a las 10:00 a.m.
2. Alfonso de Jesús Arrieta Pastrana, el día 28 de octubre de 2013 a las 11:30 a.m.
3. Director de Valorización Distrital. Clara María Calderón Muñoz, o quien haga sus veces, el día 28 de octubre de 2013 a las 2:00 p.m.

Por Secretaría se hará entrega de las correspondientes citaciones al apoderado de la parte Convocante para su diligenciamiento.

J. Dictamen Pericial

1. Dictamen pericial técnico

Se decreta la práctica de un dictamen pericial a ser rendido, en los términos del artículo 234 del C. de P.C., por un perito ingeniero civil, el cual versará sobre los puntos enunciados por el apoderado de la parte Convocante en la primera viñeta del acápite “7.4. PERITAZGOS” de la demanda, y sobre aquellos que, llegado el caso y en la oportunidad prevista en la ley, adicionen el Tribunal y las partes, de conformidad con el artículo 236 del C. de P.C.

El Tribunal calificará en el momento procesal oportuno el cuestionario que las partes sometan para ser absuelto por el perito.

Para tal efecto, el Tribunal designa como perito al ingeniero civil RAMON TORRES ORTEGA y se fija como fecha para su posesión el día 28 de octubre de 2013, en audiencia que tendrá lugar a las 8:00 a.m., en la sede del Tribunal. Por Secretaría infórmese de su designación.

2. Dictamen pericial contable

Se decreta la práctica de un dictamen pericial a ser rendido, en los términos del artículo 234 del C. de P.C., por un perito contador, el cual versará sobre los puntos enunciados por el apoderado de la parte Convocante en la segunda viñeta del acápite “7.4. PERITAZGOS” de la demanda, y sobre aquellos que, llegado el caso y en la oportunidad prevista en la ley, adicionen el Tribunal y las partes, de conformidad con el artículo 236 del C. de P.C.

El Tribunal calificará en el momento procesal oportuno el cuestionario que las partes sometan para ser absuelto por el perito.

Para tal efecto, el Tribunal designa como perito a la sociedad INTEGRAL AUDITORES CONSULTORES S.A. y se fija como fecha para su posesión el día 28 de octubre de 2013, en audiencia que tendrá lugar a las 8:00 a.m., en la sede del Tribunal. Por Secretaría infórmese de su designación.

Como quiera que la parte Convocante, en el escrito de convocatoria a este trámite arbitral allegó experticia de parte, financiera – contable, de conformidad con lo establecido por el artículo 116 de la ley 1395 de 2010, este Tribunal, antes de ordenar el traslado para efectos del ejercicio de la contradicción, en cumplimiento de la norma invocada, cita al profesional ARMANDO DARIO CANABAL FARACO para interrogarlo en audiencia, acerca de su idoneidad y de la metodología y contenido del dictamen. Para tal efecto el Tribunal fija como fecha el día 28 de octubre de 2013 a las 9:00a.m.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 217 del CPACA, que prohíbe la confesión de los representantes legales de las entidades públicas, se niega la práctica de la prueba de interrogatorio de parte al representante legal del Distrito de Cartagena de Indias solicitada por la parte Convocante.

TERCERO: De oficio, se ordena al señor Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, Dr. DIONISIO VÉLEZ TRUJILLO, rendir informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos en el presente proceso, de conformidad con el artículo 217 del CPACA.

CUARTO: Se decreta y ordena la práctica de las siguientes pruebas solicitadas por la parte Convocada:

Documentales aportadas: Téngase como tales, con el valor que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocada junto a la contestación a la demanda, enunciados y numerados en el acápite “5.1. Pruebas documentales”.

QUINTO: Se niega la práctica de los testimonios solicitados en el acápite “5.2. TESTIMONIOS” de la contestación a la demanda arbitral, toda vez que en la petición de la prueba no se identifica claramente el objeto de la prueba como lo ordena el artículo 219 del C. de P.C., en la medida en que se limita a expresar que todos los testigos rendirán declaración “sobre los hechos que le consten en relación con la demanda y esta contestación de la demanda arbitral”, lo cual no es suficiente identificación del objeto de la prueba.

No obstante lo anterior, este Tribunal, en aras de indagar de manera más concreta sobre los hechos objeto de esta controversia, de oficio decretará la recepción de dichos testimonios.

SEXTO: Decretase de oficio las declaraciones testimoniales de las siguientes personas, las cuales, deberán rendirse en audiencias que se llevaran a cabo en la sede del Tribunal, en las fechas y horas que a continuación se relacionan:

MAYRON VERGEL ARMENTA, el día 29 de octubre de 2013 a las 9:00 a.m.

HIRAM PRESTON PRESTAN, el día 29 de octubre de 2013 a las 11:00 a.m.

EDIR MERCADO GARCIA, el día 29 de octubre de 2013 a las 2:00 p.m.

Por secretaría se hará entrega de las correspondientes citaciones al apoderado de la parte Convocada.

La anterior decisión queda notificada en audiencia.

Los apoderados de las partes y el señor agente del Ministerio Público manifestaron su conformidad con la anterior providencia.”

9. ETAPA PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL, SU DESARROLLO Y CULMINACIÓN.

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES DECRETADAS, TESTIMONIOS.

En cumplimiento de lo dispuesto en el auto No. 9 de fecha 11 de octubre de 2013, por secretaría se emitieron las comunicaciones a los testigos citados para esta audiencia, las que se remitieron a los apoderados especiales de las partes en este proceso para su trámite.

Se emitió comunicación al señor ARMANDO CANABAL FARACO, para su comparecencia en esta fecha, conforme se ordenó en el auto No. 9, en 28 de octubre de 2013 fue escuchada su declaración acerca de su idoneidad, metodología y contenido del dictamen, la misma fue transcrita y reposa en el expediente. (Folios 826 al 387 del cuaderno principal Tomo II)

EL día 28 de octubre de 2014, se recepcionó la declaración de los testigos Alfonso de Jesús Arrieta Pastrana y del Dr. Edyr Yesid Mercado García. En audiencia del 29 de octubre de 2014, se informó estar pendiente correr traslado de los documentos virtuales aportados por el testigo Alfonso de Jesús Arrieta Pastrana en su declaración y la hoja de vida y soportes de Armando Canabal Faraco.

En cumplimiento de lo dispuesto en el auto No. 14 del 29 de octubre de 2013, por secretaría se emitieron y fueron radicadas en las oficinas correspondientes, las comunicaciones a los testigos citados para la audiencia de fecha 5 de diciembre de 2013, señores Mayron Vergel Armenta, Hiram Preston Prestan y la Directora de Valorización Distrital de Cartagena de Indias, quienes en anterior oportunidad no asistieron.

La apoderada de la parte Convocante en este proceso, presentó memorial fechado 31 de octubre de 2013, recibido por la secretaría del Tribunal el 1 de noviembre de 2013 por medio electrónico y físicamente el 5 de noviembre de 2013, con el que anexó la hoja de vida actualizada del señor Armando Darío Canabal Faraco y hace una petición En relación con el trámite dado al documento realizado por el señor Canabal Faraco, sustento del juramento estimatorio. Esta petición de

declaratoria de “*ilegalidad parcial*” del Auto no. 9 de fecha 11 de octubre del 2013, fue denegada mediante providencia No. 22 de fecha 27 de junio 2014. (Folios 411 al 426, 439 Tomo II, folios 960 al 965 Tomo III).

En la audiencia de fecha 5 de diciembre de 2013, se recepcionó el testimonio del señor Mayron Vergel Armenta e Hiram Preston Prestan, así como el de la Dra. Ligia Cecilia Bermúdez Sagre, Directora de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. (Folios 441 al 445 tomo II).

Mediante auto No. 15, se aceptó el desistimiento del testimonio del señor Álvaro Ignacio Covo Torres, prueba que también había sido decretada en este proceso a solicitud de la parte Convocante. (Folio 446 tomo II).

En el expediente reposan la transcripción de los audios de la inspección judicial practicada el 16 de diciembre de 2013, y las transcripciones de las declaraciones de los testigos Mayron Vergel Armenta, Hiram Preston Prestan, Ligia C. Bermúdez Sagre, Edyr Yesid Mercado García y Alfonso de Jesús Arrieta Pastrana, respecto de estos documentos se corrió el traslado legal a las partes y a la Agente del Ministerio Público, quienes no se pronunciaron al respecto. (Folios 497 al 601 del cuaderno principal, tomo II del expediente).

Mediante escrito recibido físicamente en la secretaría del Tribunal, el día 20 de diciembre de 2013 la apoderada de la parte Convocante se pronunció respecto de los documentos allegados por el testigo Hiram Prestón Prestan. (Folio 494 tomo II)

Mediante escrito recibido el 16 de diciembre de 2013, el Ingeniero Mayron Vergel Armenta presentó memorial en el que allegó la información requerida por el Tribunal de Arbitramento. (Folios 474, 475 tomos II)

La parte Convocante remitió a la secretaria del Tribunal, vía correo electrónico, el día 28 de febrero de 2014 dos (02) memoriales, igualmente fueron presentados físicamente con anexos y reposan en el expediente; en ellos se pronunció sobre el informe allegado por el Distrito de Cartagena y sobre los documentos presentados por el testigo Mayron Vergel Armenta, documentos respecto de los cuales se corrió traslado en el auto No. 17. (Folios 646 al 810 tomo No. II del Cuaderno Principal)

DE LAS PRUEBAS PERICIALES DECRETADAS EN EL PROCESO

De igual manera se remitieron las comunicaciones de designación a los peritos designados Integra Auditores y Consultores S.A. y Ramón Torres Ortega; de los anteriores solo aceptó la designación el perito Contable, así consta en el expediente. En cuanto al Ingeniero Civil Ramón Torres, el día 26 de octubre de 2013, comunicó por medio electrónico a la secretaría que no puede aceptar la designación, porque tiene impedimento por ejercer actualmente como Decano de la facultad de Ingeniería de la Universidad de Cartagena.

En fecha 25 de octubre de 2013, el apoderado de la parte Convocada presentó al Tribunal cuestionario para ser absuelto por el perito Contable Integra Auditores y Consultores S.A.

EL día 28 de octubre de 2014, en audiencia, se posesionó el perito Integra Auditores y Consultores S.A. como perito contable en este proceso, se le fijaron gastos, honorarios provisionales y termino para rendir el dictamen. (Folios 335, 336 Tomo I cuaderno principal)

Adicionalmente, se designó y se posesionó como perito Ingeniero al experto Ernesto Rafael Merlano Morales, se le fijaron honorarios provisionales, gastos anticipados y término para rendir el dictamen. (Folios 340, 341 Tomo I del cuaderno principal).

Se recibieron en fecha 29 de noviembre de 2013, sendos escritos provenientes de los peritos Integra Auditores y Consultores S.A. y Ernesto Rafael Merlano Morales, en donde solicitaron ampliación del plazo para rendir el dictamen.

Mediante auto No. 15, se concedió a los peritos la ampliación del plazo para rendir su dictamen y se fijó nueva fecha para la Inspección judicial decretada.

El día 11 de diciembre de 2013, apoderada de la parte Convocante allegó los soportes bancarios de las consignaciones por concepto de honorarios provisionales de los peritos contable y técnico. (Folio 451 tomo II)

El perito Ernesto Rafael Merlano Morales, Ingeniero Civil, presentó en fecha 26 de diciembre de 2013, el dictamen pericial que le fue encomendado en este proceso, así reposa en el expediente del proceso arbitral en carpeta que contiene 56 folios más un CD

El día 13 de enero de 2014, el perito Integra Auditores y Consultores S.A., perito Contable, presentó su dictamen pericial por medio electrónico, igualmente fue recibido físicamente en la secretaria del Tribunal en fecha 14 de enero de 2014.

La apoderada de la parte Convocante, el día 16 de enero de 2014, remitió por medio electrónico a la secretaria del Tribunal, memorial en donde hace una solicitud en relación con la prueba pericial contable, igualmente fue presentado físicamente. (Folio 496 tomo II).

En providencia No. 17 de fecha 5 de febrero de 2014, este Tribunal de Arbitramento resolvió correr traslado a las partes del proceso y a la Agente del Ministerio Público de los dictámenes periciales rendidos en este proceso por los peritos Integra Auditores y Consultores S.A. y Ernesto Rafael Merlano Morales. En esta misma fecha fueron escuchados los peritos en su exposición de la idoneidad y metodología del dictamen. (Folios 632 al 636 del cuaderno principal Tomo II).

Las partes Convocante y Convocada, en oportunidad legal, radicaron en la secretaria del Tribunal de Arbitramento, sendas solicitudes de aclaraciones y complementaciones respecto de ambos

dictámenes periciales, la parte Convocada allegó sus memoriales el día 10 de marzo de 2014, y la parte Convocante el día 11 de marzo de 2014. (Folios 811 al 825 tomo No. 2 del Cuaderno Principal).

Mediante auto No. 18, se concedió a los peritos Ernesto Merlano Morales e Integra Auditores y Consultores S.A. el término de diez (10) días para que se pronuncien sobre las solicitudes de aclaraciones y complementaciones. (Folio 840 tomo II del cuaderno principal).

El día 6 de abril de 2014, el perito Ernesto Rafael Merlano remitió a la secretaria solicitud de aplazamiento de la fecha para presentar su informe de aclaraciones y complementaciones a su dictamen, por 3 días más al plazo inicialmente fijado. Igualmente, el perito Integra Auditores y Consultores en fecha 7 de abril de 2014, solicitó ampliación del plazo para rendir su informe de aclaraciones y complementaciones hasta el día 23 de abril de 2014. (Folios 845 al 847 tomo II).

El día 10 de abril de 2014, el perito Ernesto Rafael Merlano Morales presentó ante la secretaría del Tribunal su informe de aclaraciones y Complementaciones al dictamen pericial. (Folios 848, 867 al 900 tomo III del cuaderno principal)

El día 23 de abril de 2014, el perito Integra Auditores y Consultores S.A. allegó por medio electrónico su informe de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial. Adicionalmente, se recibió físicamente en la secretaría del Tribunal, el día 29 de abril de 2014 el documento que consta de 17 folios. (Folios 850 al 866 tomo III)

El perito Integra Auditores y Consultores S.A. presentó el informe sobre la inversión de la suma que previamente le fue entregada como gastos anticipados para la pericia, lo mismo hizo el perito Ernesto Rafael Merlano Morales (26 folios).

El perito Integra Auditores Consultores S.A., mediante escrito fechado 23 de abril de 2014, presentó solicitud de aprobación del informe de los gastos para la pericia que ellos rindieron, con los soportes correspondientes.

Encontrándose vencido el término de 10 días previsto en el auto No. 19, por el cual se puso en conocimiento de las partes y la Agente del Ministerio Público los informes de aclaraciones y complementaciones presentados por los peritos Ernesto Rafael Merlano Morales e Integra Auditores Consultores S.A., quedó surtida íntegramente la contradicción de las pruebas periciales practicadas en este proceso.

Mediante auto No. 22 de fecha 27 de junio de 2014, el Tribunal de Arbitramento, previa solicitud de la parte Convocante, resolvió tener como desistidos los puntos propuestos en la experticia contable por el Distrito de Cartagena como parte Convocada, por lo expuesto en la parte motiva. (Folio 965 del tomo III cuaderno principal)

Mediante auto No. 23 del 27 de junio de 2014, se fijaron los honorarios definitivos de los peritos Integra Auditores y Consultores S.A. y Ernesto Rafael Merlano Morales. (Folio 966 del tomo II).

INSPECCION JUDICIAL DECRETADA DE OFICIO

En la audiencia de fecha 16 de diciembre de 2013, se desarrolló la audiencia de inspección judicial decretada de oficio en el auto No. 14 y reprogramada en el auto No. 15, El Tribunal de Arbitramento inspeccionó la zona de la obra, en su estado de avance y los detalles de la misma, diligencia que fue atendida por los ingenieros residente y director del proyecto, Diego Armando Álvarez Hernández y Jorge Luis Girón Villa, por parte de la Convocante. También, participó la ingeniera vinculada al Distrito de Cartagena. (Folio 446 y 490 del cuaderno principal Tomo II).

INFORME DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL .DE CARTAGENA DE INDIAS

La parte Convocada allegó al proceso arbitral el informe requerido al Distrito de Cartagena de indias, D. T. y C., en relación con el objeto de este proceso arbitral, el cual reposa en el expediente en los folios 603 al 614 de cuaderno principal, y fue objeto de traslado legal en el proceso. Respecto al mismo, se pronunció la parte Convocante mediante escrito recibido en fecha 28 de febrero de 2014. (Folios 646 al 788 tomo II del cuaderno principal).

10. AUDIENCIA DE CIERRE DE LA ETAPA INSTRUCTIVA.

En audiencia del 27 de junio de 2014, se cerró la etapa instructiva del proceso arbitral, previa revisión con las partes y el agente del Ministerio Público de todas las diligencias surtidas en relación con el tema probatorio. En esa oportunidad tanto las partes como el agente del Ministerio Público manifestaron expresamente su conformidad con lo actuado hasta la fecha. Así consta en el acta No. 16 que reposa en el cuaderno principal. (Folios 952 al 967 tomo III).

11 AUDIENCIA DE ALEGACIONES.

Tal como consta en el acta No. 17, la audiencia de alegaciones en este proceso arbitral se celebró el día 11 de agosto de 2014, en donde los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones verbalmente y por escrito, se fijó como fecha para la audiencia de laudo arbitral el día 14 de octubre de 2014. La Agente del Ministerio Público, presentó excusa por su inasistencia a la audiencia de alegatos y manifestó que no presentaría alegaciones, lo cual hizo por correo electrónico. Así consta en el expediente. (Folios 1040 al 1049 tomo III)

12. PRÓRROGA DEL PROCESO ARBITRAL POR SOLICITUD DE LAS PARTES DEL PROCESO ARBITRAL.

Mediante auto No. 17 de fecha 5 de febrero de 2014, previa solicitud conjunta de las partes, se decretó la prórroga del proceso arbitral por el término de 6 meses más, contados a partir del vencimiento término inicialmente establecido en la ley, incluidas todas suspensiones que fueron decretadas en el proceso arbitral, de conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012. (Folios 632 al 636 del cuaderno principal Tomo II)

En el auto No. 25 se fijó para el día 14 de octubre de 2014, la audiencia para proferir el laudo arbitral.

13. TEMPORALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.

Este laudo arbitral se profiere en oportunidad legal, de conformidad con todas las suspensiones del proceso arbitral que de común acuerdo han solicitado las partes con la anuencia del Ministerio Público en las diferentes oportunidades, dentro de los límites previstos por la ley 1563 de 2012, es decir sin exceder 120 días, en atención al decreto que el Tribunal de Arbitramento ha hecho de las mismas, y que se relacionan a continuación:

Auto No. 10 del 11 de octubre 2013 (folio 319 tomo I CP)	Desde 12 de octubre 2013 hasta 27 de octubre 2013.
Auto No. 14 del 29 de octubre de 2013 (folio 404, tomo II CP)	Desde 30 de octubre de 2013 hasta 4 de diciembre de 2013.
Auto No. 15 del 5 de diciembre de 2013 (folio 446 tomo II CP)	Desde 6 de diciembre de 2013 hasta 15 de diciembre de 2013
Auto No. 16 del 16 de diciembre 2013. (folio 491 tomo II CP)	Desde 20 de diciembre de 2013 hasta 26 de enero de 2014.
Auto No. 17 del 5 de febrero de 2014. (folio 635 del tomo II CP)	Desde 6 de febrero de 2014 hasta 25 de febrero de 2014.
	El término legal del proceso arbitral se adicionó en 120 días, tal como se informó en audiencia. (folio 909 tomo III cuaderno principal)

Adicionalmente, en consideración a la prórroga del proceso arbitral decretada en el auto No. 17 del 5 de febrero de 2014. (Folio 635 del tomo II del cuaderno principal). Por lo anteriormente expuesto, el término legal inicial del proceso arbitral venció el pasado 11 de agosto de 2014, y está corriendo el término de la prórroga del proceso arbitral, que tiene como fecha de vencimiento el próximo 11 de febrero de 2015.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LA DEMANDA

Procede el Tribunal a realizar las consideraciones de fondo sobre las pretensiones y excepciones formuladas por las partes en la demanda inicial y en su contestación, en los siguientes términos:

I. EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN CUANTO AL AGOTAMIENTO DE MECANISMOS DE ARREGLO DIRECTO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En el marco de la resolución de la presente controversia, procede el Tribunal a pronunciarse en primer lugar en relación con el argumento expuesto por la parte Convocada, quien de manera genérica propone como excepción a la demanda arbitral el *“Incumplimiento de la Cláusula TRIGESIMA QUINTA del Contrato de Concesión VAL-01-05, que ordena agotar los mecanismos de arreglo directo de las controversias contractuales”*.

Expresa el Convocado como fundamento de su pretensión que de acuerdo con los artículos 25.5 y 68 de la Ley 80 de 1993 ordenan la adopción de mecanismos de solución de controversias suscitadas con ocasión del contrato de manera ágil, rápida y directa que garanticen la pronta resolución de los conflictos a ambas partes del contrato, y que en consecuencia al haberse procedido por la parte Convocante a convocar al arbitraje incumplió la estipulación contractual que igualmente consagraba lo dicho por las normas.

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

En efecto, debe ponerse de presente que en la actualidad el Decreto 1716 de 2009, con el cual se reglamenta todo lo relativo a la conciliación en materia contencioso administrativa y se otorgan facultades a los comités de conciliación de las entidades estatales para pronunciarse sobre la procedencia de la utilización de cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias, establece de manera expresa en el párrafo 5° del artículo 2° que *“El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998”*, con lo cual se evidencia que sin lugar a dudas no existe ningún requisito previo que deba agotarse para la procedibilidad de una convocatoria arbitral diferente al hecho de haberse pactado una cláusula compromisoria –como la que se encuentra en la cláusula trigésima quinta transcrita-, pues si el mecanismo que se constituye en obligatorio en la mayoría de los casos para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no reviste tal calidad en lo arbitral, mucho menos podrá predicarse tal mandato de otras alternativas como el arreglo directo, la transacción o la amigable composición. A esto se suma, además, que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, norma bajo la cual se rige el presente trámite, *“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*.

Por último y como refuerzo de lo anterior, se recuerda a la parte Convocada que la jurisprudencia en torno a la redacción de las cláusulas compromisorias en las que se consagra que el arbitraje procederá si fracasan los mecanismos de solución directa de conflictos concontractuales ha señalado que *“Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, éstas últimas no pueden por acuerdo negociado modificar las reglas procesales y establecer condiciones previas como condición sine qua non para poder ocurrir ante la Justicia, sea esta institucional o arbitral”* y que *“Las provisiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento”*⁴⁴⁵, de modo que *“se reitera que tales requisitos no tienen la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la Sala de Sección, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales”*⁴⁴⁶.

En consecuencia, para el Tribunal es claro que los argumentos que componen la excepción incoada por la Convocada no tiene vocación de prosperar, razón por la cual se negará la misma y así se manifestará en la parte resolutive de la presente providencia.

Dicho lo anterior, entra el Tribunal a realizar las consideraciones jurídicas correspondientes a las situaciones concretas objeto de la presente controversia, no sin antes efectuar un análisis acerca del deber de planeación de la entidad estatal Convocada en este proceso arbitral.

II. EL DEBER DE PLANEACIÓN Y LAS REPERCUSIONES DE SU VIOLACIÓN A LA LUZ DEL CONTRATO VAL-01-05.

La parte Convocante con su segunda pretensión declarativa solicita a este Tribunal *“Que se declare que hubo por parte de la Convocada, indebida planeación del contrato de concesión VAL 01-05, lo cual generó perjuicios a éste, y en consecuencia se ordene a la Convocada adoptar todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio del contratista”*, como pretensión de carácter genérico, si bien con posterioridad se solicita que como consecuencia de esta declaración y de la de ruptura del equilibrio económico del contrato, se proceda con la revisión y ajuste de precios del contrato. No obstante, en el marco de la potestad del juez de hacer una interpretación de la demanda, se observa que esta pretensión tiene incidencia directa en las pretensiones quinta y sexta de la demanda arbitral, esto es, en la solicitud de declaratoria de incumplimiento de obligaciones de adquisición y legalización de predios y de existencia de modificaciones al acto administrativo de distribución y liquidación de valorización como consecuencia de errores del contratante.

⁴⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 35.288.

⁴⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Exp. 39.332.

Así, el Tribunal considera oportuno efectuar algunas consideraciones relacionadas con el principio y deber de planeación contractual, para con base en ello establecer si en el marco del contrato objeto de estudio en esta providencia es o no procedente la pretensión de la parte Convocante.

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

[A]demás de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aun cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinarse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 15001233100019880843101- 8031.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales⁴⁴⁸.

En efecto, tal como lo refiere la jurisprudencia, el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993 en su texto original ordena que *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones”*, norma que debe acompañarse con lo dispuesto en el numeral 6 del mismo artículo 25, que consagra que *“Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”*, con el numeral 7 que dispone que *“La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”*, y con el numeral 13 que preceptúa que *“La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”*. Ahora bien, debe ponerse de presente que el numeral 12 del artículo 25 ya referido, fue recientemente modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 denominado “maduración de proyectos”, estableciendo como nuevo texto de la norma que *“Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”* y que *“Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”*.

Todo lo anterior se reafirma como parte de la estructura de las modalidades de selección, cuando el numeral 1º del artículo 30 establece que en las licitaciones públicas y en general en los procesos concursales *“De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso”* y que *“Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad*

⁴⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 26.637

o factibilidad”.

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

Como corolario de lo anterior y en aplicación integral de toda la normatividad ya referida, se observa que en la planeación de los contratos el proceso de contratación es la última instancia de un camino meticuloso, que implica realizar todas las actuaciones que son necesarias y legalmente obligatorias para asegurar que la ejecución de esa relación jurídica con el tercero se dé de la manera pensada y proyectada, sin dejar en lo posible ninguna circunstancia al azar, mucho menos cuando las mismas dependan de la entidad estatal dueña del proyecto o estén en su capacidad de gestión. Así, la obtención de todos los insumos necesarios para la configuración del proyecto como las licencias, permisos, autorizaciones y trámites técnicos, administrativos, legales y presupuestales que sean requeridos en condiciones normales para la ejecución del plan ideado, se constituye un deber propio de la actividad administrativa contractual para la administración pública que se justifica como requisito necesario para la definición del perfil del contratista ejecutor y de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que habrá de lograrse la consecución de las obras, bienes y servicios que se van a adquirir a través del contrato, así como la cantidad de recursos monetarios que en principio deben destinarse para el efecto. En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que *“El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”*⁴⁴⁹.

Así las cosas, es apenas lógico que la falta de planeación por parte del Estado conlleve la violación de un deber legalmente impuesto que tiene las más graves consecuencias desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, además de lo propio en el ámbito fiscal y disciplinario, y principalmente, de cara al impacto negativo de frustración del objetivo que se debía cumplir dentro del plan macro de la entidad contratante, situación que merece un especial reproche por parte del juez del contrato,

⁴⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de diciembre de 2008, Exp. 15.603.

máxime cuando las controversias puestas en su conocimiento y que pueden dar lugar a una declaratoria de responsabilidad estatal tienen origen directamente en esta circunstancia específica. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, en los siguientes términos:

[L]a falta de planeación por parte de las entidades públicas, incide tanto en la etapa de formación del contrato, pero más significativamente en la etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias, que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, generan el incremento de los costos del proyecto y, en el más grave de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realizarlas por falta de los recursos requeridos, situaciones que generalmente culminan en cuantiosos pleitos judiciales⁴⁵⁰.

[L]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán

⁴⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854.

indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos⁴⁵¹.

[L]a Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea⁴⁵².

Es así como, no cabe duda de que normativamente la carga de planeación de la contratación en todas sus aristas se encuentra en cabeza del Estado como dueño del proyecto y que por lo tanto, la ausencia o indebida realización de este postulado legal y reglamentario recae en éste con todo su peso y consecuencias, toda vez que “los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado”; y es por esta razón que claramente una manifestación del principio de responsabilidad, al tenor del numeral 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, es que “las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios”, lo cual ha sido enteramente aplicado por la jurisprudencia declarando el incumplimiento contractual de las entidades estatales contratantes bajo este supuesto, en los siguientes términos:

Sin duda alguna, las irregularidades que desencadenaron el incumplimiento contractual se comenzaron a gestar desde la etapa precontractual, pues la entidad administrativa soslayó el principio de planeación (...), por cuanto no preparó de manera lógica, coherente y oportuna el proyecto constructivo y decidió adelantar el proceso de selección, tendiente a escoger el contratista que ejecutaría las obras (...), sin haber solicitado, siquiera, la licencia de construcción y sin tener los planos y diseños estructurales definitivos (...). La falta de planeación trajo como resultado que la entidad administrativa incumpliera las obligaciones

⁴⁵¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 14.287.

⁴⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 15.666.

*contractuales a su cargo (artículos 1603 del C.C. y 4 – numeral 9- de la Ley 80 de 1993)*⁴⁵³.

Ahora bien, todo lo anterior reviste especial importancia en el caso concreto objeto de estudio en esta providencia, pues una vez analizado el objeto, contenido y alcance del contrato VAL-01-05, se observa que claramente existen serias deficiencias en la fase de planeación de este proyecto que una vez reflejadas en la etapa de ejecución contractual indudablemente generan una responsabilidad en cabeza del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias - Departamento Administrativo de Valorización Distrital como ente contratante que obliga a una declaración en concreto sobre este punto por parte del Tribunal.

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

En efecto, tal como se evidencia en las distintas cláusulas del contrato celebrado el día 26 de septiembre de 2005 (cuaderno 1 pruebas documentales), con independencia de que uno de los componentes del objeto del contrato consistiera en la gestión de recaudo por parte del contratista, estipulándose una etapa específica del proyecto para ello (cláusula segunda, literal e), se evidencia, inclusive como parte del texto del contrato que la resolución de distribución y liquidación de la contribución de valorización no había sido ni siquiera expedida por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al momento de su celebración. Así se demuestra cuando en la cláusula segunda de plazo de ejecución del contrato ya referida se estipula que los sesenta meses para el recaudo de la contribución por valorización empezarán a contar *“a partir de la ejecutoria de la resolución de distribución de la contribución por valorización generada por la obra del proyecto objeto del contrato”* y que *“Esta etapa podrá iniciarse cinco (5) meses después de iniciada la etapa de Diseño y Programación”*, a lo que se suma que de acuerdo con la cláusula vigésima del mismo contrato sobre garantía de ingreso por valorización *“EL CONCEDENTE se obliga a tener en firme la distribución de la contribución de valorización de los predios incluidos en la Zona de Influencia del proyecto al momento de iniciar la Etapa de Construcción, de manera tal que al iniciar esta Etapa se pueda comenzar en forma simultánea con la facturación y recaudo de acuerdo con el plan de pagos de Valorización anexo al contrato”*.

En adición a lo anterior, y como refuerzo de la ausencia de contribución por valorización decretada y en firme al momento de contratarse la ejecución del proyecto, se tiene que las suspensiones de la etapa de programación Nos. 4 de 15 de agosto de 2007 (folios 205 y 206 cuaderno 1 de pruebas

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524.

documentales) y 5 de 16 de diciembre de 2007 (folios 210 al 212 cuaderno 1 de pruebas documentales) –dos años después de haberse celebrado el contrato- tienen origen, entre otros, precisamente en que “se hace necesario revisar el estudio de riego por valorización para consolidar la distribución y liquidación de la contribución de valorización”, paralizándose la ejecución del contrato con estas actas por un plazo de seis meses.

Por último, se encuentra el hecho definitivo y plenamente probado de que la liquidación y distribución de la contribución por valorización para financiar las obras de este proyecto se dio hasta el día 27 de junio de 2008 mediante la Resolución No. 064, quedando en firme definitivamente con la expedición de la Resolución No. 1874 de 22 de marzo de 2013, con la que se resolvió la última impugnación individual a dicho acto administrativo. (Cuadernos 1 y 2 de pruebas documentales)

Como se puede observar, es absolutamente claro que la conducta desplegada por la parte Convocada se constituye en una vulneración del principio de planeación, específicamente en cuanto a los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que evidentemente la entidad estatal no cumplió con los requisitos jurídicos de expedición y ejecutoria de la distribución y liquidación de la contribución por valorización necesaria para el proyecto de manera previa a la apertura del proceso de selección, pues se desprende que del valor recaudado dependería el costo de ejecución del proyecto y sus alcances, dado que en una adecuada planificación lo que corresponde técnicamente es analizar las alternativas disponibles de ejecución y el costo estimado de cada una de ellas para compararlas con los recursos disponibles efectivamente para su realización, y no a la inversa, ya que ante la incerteza del origen y cantidad de los recursos en el tiempo es seguro que se presentarán retrasos, incremento de costos y suspensiones, todas las circunstancias que han ocurrido en el caso concreto.

Prueba irrefutable de lo anterior es que el mismo contrato en la cláusula tercera estipula que “Para efectos tributarios el contrato tendrá un valor indeterminado. No obstante el valor real de las inversiones estará constituido por la suma de los valores de los siguientes Ítems: Revisión de estudios y diseños, construcción vial, gerencia del proyecto, ejecución del plan ambiental, interventoría, supervisión, control de calidad, gestión y adquisición de predios, costos de recaudo de la contribución, costos operativos del proyecto, utilidades, imprevistos, impuestos y gravámenes”, cláusula que denota la total improvisación de la parte Convocada en la estructuración del proyecto, y que lleva a que de un precio inicial de algo más de diez mil millones de pesos, se haya pasado una reclamación por la parte Convocada determinada por el solo paso del tiempo por valor aproximado de quince mil millones de pesos. (Folios 124 al 143 cuaderno 1 de pruebas documentales)

Además de lo anterior, otro de los aspectos frente a los cuales se denota un evidente problema de planeación tiene que ver con la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras contratadas, y que de acuerdo con la normatividad ya esbozada, se constituyen en un aspecto que se encuentra en el ámbito de control y gestión de las entidades estatales contratantes, con independencia de la colaboración que en algunos aspectos puede prestar la parte contratista, para quien en todo caso la obligación siempre será de medio, en el sentido de comprometerse a cumplir una serie de requisitos y trámites que permitan ayudar a lograr la adquisición de los predios, pero nunca de

resultado, pues quien debe garantizar que se cuenta con este tipo de insumos necesarios para la ejecución del proyecto es la administración pública contratante, al ser ésta la dueña y titular de la obra y de sus componentes.

En este punto, vale la pena resaltar que desde el mismo pliego de condiciones y en la cláusula segunda del contrato sobre plazos, claramente se estipuló que sería responsabilidad de la parte Convocada contar con los predios necesarios para la ejecución del proyecto de manera previa a la construcción del mismo, dependiendo en gran parte del diseño definitivo que presentara el contratista y que fuera aprobado por el interventor, de modo que la responsabilidad de la obtención de los predios era una asunto del resorte de la entidad estatal y no del contratista.

En todo caso, sin negar en absoluto que los contratos estatales pueden contener diferentes objeto y alcances en aplicación de las normas propias del derecho civil y comercial tal como lo establecen los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, es innegable que en el caso concreto, dado el contexto histórico y real del proyecto, se evidencia que aspectos como el propio de la adquisición de predios con las vicisitudes que ello conlleva obliga a concluir que una adecuada planeación del proyecto habría determinado la necesidad de contratar los diseños definitivos y adquirir los predios correspondientes de manera previa a la celebración del contrato de marras, o por lo menos haber estructurado jurídicamente el contrato actual de manera distinta a fin de evitarse la situación que hoy se presenta y se pone en conocimiento del Tribunal y que legal y contractualmente recae en cabeza de la parte Convocada como entidad contratante y generadora del proyecto.

Entonces, no genera sorpresa para el Tribunal que el proyecto tenga problemas de ejecución en todas sus aristas, entre las que se cuentan los problemas de gestión predial que se tratarán más adelante en esta providencia, sino por supuesto en la procedencia de reconocimientos económicos derivados del error en la liquidación y distribución de la contribución por valorización derivados de una estructuración deficiente e incorrecta del proyecto que devino en una contratación improvisada, apresurada, sometida casi que a la aventura y carente de fundamentos económicos y presupuestales que acarrearón correcciones de fondo en la fase de ejecución y que han conllevado, como ya se ha visto, a la suspensión del plazo de ejecución del contrato, incrementando el costo del proyecto ante el compromiso de pagarse un ajuste desde la expedición del acto administrativo primario de la contribución hasta su pago efectivo al contratista.

En conclusión, la ausencia de planeación de parte del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias conlleva un incumplimiento de obligaciones del contrato VAL-01-05 de su parte que genera una responsabilidad a su cargo, y de manera concreta por (i) violación de la estipulación contenida en la cláusula segunda del contrato al no haber estado ejecutoriado el acto administrativo de liquidación y distribución de la contribución por valorización al momento de iniciarse la etapa de construcción del proyecto el día 6 de diciembre de 2011, fecha que resulta de las diversas suspensiones del plazo de ejecución de la programación, entre otros, por la necesidad de revisar y corregir el informe base para la distribución y liquidación de la referida contribución, con lo que se evidencia que de no haberse dado suspensiones y en condiciones normales de ejecución, la etapa de construcción se habría dado mucho antes en el tiempo, siendo aún más evidente el incumplimiento de

la estipulación referida, y además por (ii) no haberse adquirido la totalidad de los predios necesarios para la ejecución del proyecto de manera previa al inicio de la etapa de construcción, y de hecho con anterioridad a la celebración del contrato; situaciones que obligan al Tribunal a aplicar con el rigor jurídico que corresponde las consecuencias legales de la conducta desplegada por la Convocada, y en consecuencia declarar la prosperidad de la pretensión segunda declarativa de la Convocatoria en cuanto a que hubo indebida planeación del contrato de concesión VAL 01-05 generando perjuicios a la Convocante, ordenándose en consecuencia la adopción de todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio del contratista, y así lo manifestará en la parte resolutive de esta providencia.

III. RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA REALIZACIÓN DE OBRAS SUPERIORES NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA CALIDAD Y ESTABILIDAD DEL PROYECTO

Posiciones de las partes

Se solicita por la parte Convocante en la pretensión cuarta declarativa de la demanda “*Que se declare que por parte del **CONCESIONARIO** se vienen realizando obras superiores a las aprobadas por el Distrito y su interventor, necesarias para garantizar la calidad y estabilidad del Proyecto*”, argumentando como fundamento de su pretensión en el numeral 5.2.2 del libelo de demanda que las obras referidas consisten en la necesidad de construirse las intersecciones con las dobles calzadas de la Cordialidad y la Vía al Mar, obras hidráulicas excluidas del proyecto por razones presupuestales y el cambio de material para la construcción de un terraplén por insuficiencia del material de la zona a la luz de las normas técnicas aplicables.

Así, se argumenta frente al primer aspecto en la demanda que al momento de presentación de la misma el contratista procedió a contratar el diseño geométrico de las intersecciones y a calcular las cantidades de obra correspondientes, y que pese a que se han entregado tales insumos a la interventoría del contrato, no ha sido posible obtener su reconocimiento. En cuanto a lo segundo, que en los diseños estructurales del proyecto se recomendaron por el experto unos pontones de cinco cuerpos, pero que los mismos fueron excluidos del diseño original por un ajuste presupuestal; y en cuanto al material seleccionado para la corona del terraplén del proyecto, que el obtenido de los cortes de eje de la vía no cumplía con las especificaciones de la norma técnica de Invías INV-220, material que se requiere en diferentes abscisados de relleno en la vía.

Por último, la Convocante en sus alegatos de conclusión manifiesta con base en lo probado en el proceso que “*al tratarse de hechos sobrevinientes y que de no realizarse dichas obras adicionales o necesarias, el Proyecto quedaría inconcluso y atentaría con la normatividad vial que garantiza la movilidad y seguridad de los usuarios*”.

Por su parte, la Convocada argumentó en la contestación de la demanda que nunca ha celebrado ningún contrato adicional para la realización de diseños y construcción de las intersecciones referidas en la demanda arbitral, tal como lo estipula expresamente el contrato para el evento de ejecución de obras complementarias; que en cuanto a las obras hidráulicas, las mismas fueron objeto del contrato

adicional No. 1 de 12 de junio de 2013 celebrado con la Convocante; y que en cuanto al material, el mismo hace parte del presupuesto del proyecto bajo el ítem de material de préstamo, por lo que no es procedente el reconocimiento de un valor diferente al pactado por este concepto. Para el efecto, propuso la excepción de “inexistencia de obligación por parte del Distrito de Cartagena para ejecutar las obras adicionales necesarias por intermedio del Convocante”. Sus argumentos fueron reiterados en sus alegatos de conclusión.

Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con el contenido de la demanda y el acervo probatorio que obra en el proceso, observa lo siguiente:

1. Tal como ya se refirió, la parte Convocante aduce en los hechos de la demanda arbitral que las obras de intersecciones con las dobles calzadas de la Cordialidad y la Vía al Mar, las obras hidráulicas y la utilización de material externo a la zona de la vía se constituyen en actividades necesarias para la calidad y estabilidad del proyecto, dejando claro que los diseños y cantidades de obra ya se encuentran plenamente establecidos, pero que ni la interventoría ni la entidad contratante, Convocada en este proceso, han reconocido la procedencia y necesidad de las mismas, y por ello no ha autorizado su ejecución.

2. Se encuentra demostrado en el dictamen pericial técnico lo siguiente:

De acuerdo con los resultados en el anexo No.2, recogidos de la prueba pericial en dos puntos del proyecto tales como K0+200 y K1+500, el material de la zona del K0+200 no cumple en ninguno de los aspectos de clasificación y plasticidad pero el K1+500 no logra cumplir con los resultados de gradación pero si como suelos adecuados, además el CBR, cumple para ambos puntos de referencia por encima de 3%, pero menor de 5% como suelos de uso para cimiento o suelos tolerables pero como núcleo no se garantiza un adecuado funcionamiento estructural, el contenido de sales su funcionamiento sería adecuado para suelos seleccionados, adecuados y tolerables, mientras que el contenido de materia orgánica es de uso para suelos adecuados y tolerables. Como las pruebas realizadas a los suelos de uso para terraplén utilizado como núcleo es diversa en el cumplimiento de la norma, creemos la inconveniencia de utilizar este material, además como gran parte del cumplimiento se da para rangos de suelos de uso tolerables para cimiento y marginales.

[...]

- *Como las pruebas realizadas a los suelos de uso para terraplén utilizado como núcleo es diversa en el cumplimiento de la norma, creemos la inconveniencia de utilizar este material como terraplén, además como gran parte del cumplimiento se da para rangos de suelos de uso tolerables cimiento y marginales.*
- *Suelos con características tolerables deben reforzarse con materiales seleccionados en la corona, con espesores como mínimo de 30 cms. a continuación presentamos*

los llenos de material seleccionado u/o afirmado que deben considerarse si se establece el uso y el cumplimiento de materiales tolerables en el terraplén.

- Si se continuaron con el uso de materiales marginales se pondría en riesgo y la estabilidad de la obra. Dentro del estudio geotécnico no se determinaron alternativas con obras geotécnicas especiales, que se consideran relevantes para la estabilidad de la obra, dadas las características expansivas de ella y en todo el corredor vial, sobre todo porque el corredor presente zonas inundables adyacentes y de baja capacidad de soporte que no supera el 3% de CBR.
- Los taludes en corte y en muchos de ellos se apreció derrumbes localizados con fallos círculos de talud en sitio de la abscisa del K4+800, margen izquierda, el resto de los taludes se presenta con erosiones en el talud el funcionamiento mecánico se presenta estable, pero como desconoce su funcionamiento a largo plazo es posible que se generen problemas idénticos.
- La actividad de transporte de materiales en las especificaciones Generales solo es aplicable para las actividades de Materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales y préstamos (referencia artículo INV-211) y Materiales provenientes de derrumbes (referencia artículo 211, "Remoción de derrumbes"), por lo tanto la inclusión de este costo en la actividad de terraplenes va circunscrita en el ítem de terraplén.
- Las cantidades valoradas dentro del dictamen pericial fueron superiores a las determinadas por el concesionario, dado que este no considero la extensión en el talud que conforma el corte o el terraplén, para la determinación de los volúmenes estos son convergentes a los determinados por el perito designado.

De acuerdo con lo anterior, nuevamente se observa que las obras que reclama la parte Convocante como necesarias para la calidad y estabilidad del proyecto objeto del contrato VAL-01-05 no han sido ejecutadas, sino que lo que se ha demostrado es su importancia para la integralidad de la obra contratada, habiéndose estimado su diseño y cantidades de ejecución.

3. Así mismo, tal como lo refiere la Convocante en sus alegatos de conclusión, se suma a lo anterior el aporte por la Convocada del contrato adicional No. 1 de 12 de junio de 2013, en el que claramente se encuentra incluido todo lo relacionado con las obras hidráulicas que se reclaman en la demanda como necesarias para el proyecto.

4. Por su parte, en la diligencia de inspección judicial se encuentra lo siguiente: (folios 558 al 578 del tomo II cuaderno principal)

Dr. Toncel Arbitro: perdón se le pregunta al demandante, ustedes que esas obras accesorias por ejemplo los taludes, lo que estamos hablando y mirando la protección del cerro eso está contractualmente.

Apoderada Convocante: hay unos documentos que se han cruzado entre el Distrito y se han aprobado, se han enviado, se han entregado.

Dr. Toncel: hay aprobación contractual?

Ing. Diego Álvarez: Contractualmente no, porque no tuviéramos que estar reclamando.

Apoderada Convocante: en actas que están en la demanda.

Arbitro presidente: cuando dice la doctora actas, qué? están suscritas por tanto el Distrito como el Contratista?

Apoderada Convocante: si correcto.

Presidente: y ahí está el reconocimiento como tal?

Ingeniero Diego Álvarez Director del proyecto: si, eso sí porque hemos tenido muchas reuniones en las cuales se ha llegado a la conclusión.

Presidente: Y sobre esos puntos la interventoría que dice?

Perito Merlano: lo que pasa es que el Distrito, pienso yo, no puede autorizar hasta que por lo menos el caso de la intersecciones no sea aprobada por la ANI, porque dependiendo la aprobación, pues yo pienso que el Distrito no tendría ningún problema, ese es uno de los aspectos también a considerar.

Presidente: bueno pero la interventoría que ha dicho de acuerdo con lo que usted aquí ha expuesto o si quiere allá la funcionaria del Departamento de Valorización si quiere decir algo?

Funcionaria de Valorización Ignacia: la interventoría parece ser hubo un documento que nos llegó la semana pasada pero por correo que era el que le iba a decir al señor Perito, él no está de acuerdo en algunas cosas, en este momento yo lo había citado a él para analizar los puntos en donde la interventoría no estaba de acuerdo y por eso era mi énfasis en que ellos estuvieran aquí para que ellos dieran el veredicto si la interventoría es una parte importante aquí.

Ingeniero Diego: Las reuniones que hemos tenido con la interventoría que obviamente no estoy queriendo decir que es su opinión, ellos comparten por ejemplo, lo de las intersecciones obviamente lo comparten porque es necesario, es un requerimiento de la ANI y hay que adaptarse a unas condiciones especiales de carretera, que eso no tiene digamos, no tiene discusión.

[...]

Perito: bueno hay una cosa que yo quiero clarificar, dentro de los documentos de reclamación no existen precios porque igualmente no hay aprobación, hay solo cantidades, yo como perito solamente verifiqué las cantidades dependiendo del diseño que se ha planteado en cada intersección, no voy a magnificar valores porque igualmente eso es algo que tiene que ser entre el concesionario, el Distrito y la interventoría, entonces como no existe todavía esa aprobación, no pueden existir todavía esos valores como tal.

Arbitro Presidente: no se supone que eso también debería hacerlo el perito contable, esa cuantificación con las cantidades que va a arrojar el dictamen pericial del técnico.

Perito: pienso que sí, perdón Diego, por qué? Porque estos Ítems que están dentro de la vía los contractuales, esos se extienden a lo que son las modificaciones, entonces pienso que solamente lo que habría que realizar es una actualización de precios a valor presente.

Presidente: es más hay un tema de prórroga del dictamen pericial contable basado en un punto que tiene que ser al unísono con lo suyo.

Perito Ernesto Merlano: correcto.

Presidente: No sé si ustedes ya se han puesto de acuerdo con la firma Integra?

Perito Merlano: si, ya nos hemos puesto de acuerdo.

Ing. Diego Álvarez: lo que pasa es que todo va acompañado a un requerimiento de actualización de precios, ustedes se dan cuenta los precios vienen del 2005, indexación a 2008, estamos pidiendo una indexación además un desequilibrio económico porque los precios obviamente, no se amoldan a los precios actuales de construcción ni a los índices de precios al constructor que normalmente establece la sic el ente que regula eso que creo que es el DANE, entonces nosotros estamos también haciendo esa reclamación de precios, entonces por eso nuestras cantidades y todo esta amoldada sin valores porque todavía eso también está en parte de la reclamación, la actualización de los precios, en el momento en que se actualicen los precios, se van a actualizar las cantidades con los precios de cada una de los requerimientos que estamos haciendo. Precisamente porque el Tribunal tiene que aprobar, los precios y luego con la actualización de precios, se actualizan los precios de las intersecciones y los requerimientos que estamos planteando. Para terminar lo de la interventoría y podernos desplazar hacia donde alcancemos, la interventoría obviamente trata de disminuir mucho los costos del proyecto, entonces en la medida en que pueda hacer obras sin necesidad de incrementar los costos del proyecto, él va a tratar de hacerlo, entonces obviamente es su posición, obviamente para eso está la interventoría pero hay cosas en las cuales el dictamen inicial de ellos fue por ejemplo en el caso del terraplén si subamos el terraplén, pero luego dijeron bueno pero si no lo hacemos también sirve esa es la controversia que quizás tienen con la interventoría, en el caso de los taludes ellos dice que de pronto esta vía no tiene el grado de importancia como una vía principal para hacer el cubrimiento de

taludes, que eso es muy costoso , ellos tienen unas observaciones que no son, digamos así de fondo, porque de fondo se necesitan sino de forma acondicionándolos a las características de la vía, al orden de importancia de la vía, no sé si me hice entender.

Procuradora Dra. Denise Moreno: una pregunta, en qué consisten las obras complementarias?

Ing. Diego Álvarez: estas cosas intersecciones, rellenos.

Perito Merlano: las obras complementarias son obras que no aparecen dentro del contrato inicial, y que después son necesarias para la terminación del proyecto, en este caso por lo menos la vía no tenía inicialmente, la vía planteo unas condiciones iniciales, pero con el desarrollo que se vivió ellas se acomoda a esas condiciones y eso es legal, realizar unas obras complementarias que se ajusten a las nuevas condiciones.

Dr. Toncel Árbitro: es decir las intersecciones no estaban previstas y por razón del desarrollo hubo que hacerlo.

Arbitro Presidente: lo que se dice es que se firmó un contrato adicional.

Procuradora Dra. Denise Moreno: pero yo pregunto ese contrato adicional todavía no está?

Ing. Diego Álvarez: el contrato adicional tiene 2 partes, la primera los 2 pontones están dentro del contrato adicional y lo voy a explicar por qué? Porque el contrato adicional se obtuvo por medio de recursos de canales y obras de inundaciones para que se tomó, para lo que pudiera generar inundaciones en las zonas aledañas al proyecto por ejemplo los municipios de Tierra Baja y Puerto Rey, hoy de casualidad estamos ahora mismo, en este momento se está celebrando una consulta previa con las comunidades negras de Tierra Baja donde ellos están reclamando que se inicien esas obras complementarias que están en el adicional, que son las obras complementarias unos boxculvert pero dentro de Tierra Baja, dentro de Puerto Rey, unas cunetas.

Procuradora: pero ya ese contrato está firmado?

Ing. Diego: si ya está firmado.

Procuradora: eso no hace parte de la reclamación.

Ing. Diego: no, eso es independiente.

Procuradora: y ya está firmado?

Ing. Diego: ya está firmado, está en proceso de legalización por una cuestión ya de disponibilidad presupuestal...

5. A lo anterior se suma la declaración testimonial del representante legal de la interventoría, en la que se encuentra lo siguiente: (folios 497 al 517 tomo II del cuaderno principal).

APODERADO DEL DISTRITO: Dentro de las pretensiones de la demanda, señor Vergel, se solicita el reconocimiento de obras necesarias para garantizar la estabilidad la calidad del proyecto, dentro de las cuales se incluyen la intercepción de la vía ruta 90 hacia la cordialidad y hacia la vía del mar, mi pregunta es si dentro del presupuesto inicial y dentro del proyecto estaba incluido la construcción de esas intercepciones?}

SEÑOR MAYRON: Yo en verdad no entiendo porque se dice que se requieren hoy unas obras adicionales para garantizar la calidad y estabilidad de la obra, eso no es cierto. Eso es absolutamente falso, no se requieren obras adicionales para garantizar la estabilidad y la calidad de la obra eso está dentro del presupuesto. Ahora, cosa diferente que en el desarrollo de un proceso constructivo resulten unas obras adicionales, eso es diferente pero en el caso específico de las intercepciones, el valor de las intercepciones está contemplado en el presupuesto. Obviamente, que no dice específicamente la intercepción de la Vía Barranquilla y la intercepción de la cordialidad, pero si nos vamos a las cantidades de obra, en excavación, en terraplenes, todo eso está contemplado ahí. Si bien es cierto que no se había iniciado el proceso constructivo de la doble calzada se contempló la construcción de las intercepciones

APODERADO DEL DISTRITO: Otra de las pretensiones de la demanda, se refiere a la necesidad de contratar o comprar un material seleccionado para corona del terraplén en cantidad de veinte mil quinientos cuarenta y uno punto ochenta y siete metro cúbicos según se desprende de la demanda. La pregunta que yo le hago es si ese material para la construcción del terraplén, de las características señaladas en la demanda estaba o no incluido dentro del diseño y presupuesto de la obra?

SEÑOR MAYRON: ese material está incluido dentro del presupuesto de la obra y se puede establecer y determinar, ahora lo que sucedió allí es que hubo problemas con los estudios de suelo y entonces se encontró un material de características diferentes que se acercaban mucho a las especificaciones iniciales, en base a eso, se buscaron especialistas. Nosotros tenemos especialistas muy ranquiados (sic) que es el Doctor Preston y él garantizó por escrito que con ese material se podía construir los terraplenes, lo mismo hizo el doctor Cobo y ambos coincidieron que lo único que se requería, porque ese material es, se hizo el presupuesto en base a que el material de préstamo para construir los terraplenes se iba a sacar de los cerros aledaños, porque es menos costoso, por efecto de los costos de transporte verdad. Entonces se dijo, este material se acerca a las especificaciones en vía pero los especialistas coincidieron en que pueden construir los terraplenes, se construyeron así y se pueden seguir construyendo con ese material, lo único es que se requiere ponerle en la corona, o sea al termino del terraplén unos 30 cm de material de préstamo de afuera o una granulometría mayor, de más consistencia. Pero eso está contemplado dentro del presupuesto y nosotros lo podemos detallar. Entonces, y eso lo hemos venido hablando y hay comunicaciones sobre eso,

entonces yo no veo, en verdad que no veo, no le encuentro justificación a eso y lo hemos hablado innumerables veces...

[...]

SEÑOR MAYRON: Yo quiera (sic) aclararle primero lo siguiente: no habido obras adicionales, no han existido obras adicionales hasta la fecha porque yo puedo decir que tengo un diseño y que hay unas posibles obras adicionales pero mientras no presente los diseños y los revisemos y veamos si hay rubro dentro del presupuesto por ejemplo para hacer esas intercepciones (sic), eso que están diciendo ahí con todo el respeto es puro humo. Si usted considera que hay unas obras adicionales para efectos de construir las intercepciones yo le diría es que las intercepciones se contemplaron en el presupuesto inicial. Ahí está el rubro de excavación, de terraplenes, de base de súbbase, de bordillos de andenes, para construir esas intercepciones, que ahora de unas mayores o menores cantidades de obra eso se puede compensar dentro del presupuesto, pero tampoco se puede decir no si es que estas obras no se hacen. Cuales? Yo por lo menos, como interventoría me dicen no es que las obras adicionales de las intercepciones. Cuáles? Usted no me ha entregado a mí diseños de esas nuevas intercepciones, entonces como las voy a valorar. Si esa valoración hay que hacerla conjunta con la administración. Y nosotros como interventoría se entiende que somos representantes de la administración en la revisión de esos diseños. Yo diría que aquí lo que yo observo es doctora, es que hubo una actualización de los precios al estar en firme la resolución de riego, verdad, esa actualización también la realizo la interventoría conjuntamente con el contratista y con valorización. Ahora que valorización en su momento eran 900 y pico de millones de pesos no lo pago, pues eso ya es un mecanismo diferente no hay actualización de los precios del contrato, si no señor Usted tiene una duda conmigo y aquí hay unos intereses que establece la Ley y me los paga. Pero que vayamos a abrir nuevamente porque no se pagó esa suma de volver a hacer la actualización de riego a esta fecha el contrato no lo permite, hasta donde yo tengo entendido

DR. EXPÓSITO: Dr., vergel , usted le ha dicho al Tribunal que ha conocido de la demanda que ha presentado el concesionario, de lo que Usted conoce y a ver si en algún momento la administración le dio traslado de eso el contratista presentó alguna reclamación relacionada con esas "obras adicionales" a la administración antes de presentar la demanda?

SEÑOR MAYRON: Que yo tenga entendido no, porque el procedimiento es: en el momento en que él presente unas obras adicionales que deben de estar soportadas en unos estudios y diseños adicionales, lo que hace la administración: yo tengo un representante y reviseme estas obras adicionales que el contratista esta soportando (sic) con estudios y diseños y deme su concepto, pero en los dos años anteriores lo que hemos estado diciéndole presente los diseños de las intercepciones y no los ha presentado, entonces es lo que les digo, como podemos nosotros, valorar o afirmar que aquí se requieren tantos metros cúbicos, adicionales de terraplenes o de base o de sub-base o de carpeta asfáltica si no tenemos ni diseños ni presupuesto.

[...]

SEÑOR MAYRON: Entonces yo les quiero reafirmar que no es verdad que para utilizar mayor material, si no se utiliza o si no se le define, la obra no va a tener estabilidad, eso no es cierto. Eso se contempló dentro del presupuesto inicial y se dijo: aquí hay un material que se acerca a las especificaciones en vía, que se puede construir con eso, pero sin embargo vamos a ponerle un mayor valor por efectos de que inicialmente se planteó combinar una parte de ese material con un material externo de mayor calidad, pero los dos especialistas coincidieron el año pasado que se hizo ese análisis, tanto el Dr. Cobo como Presto, en que ese material se podía utilizar y que ellos garantizaban que servía para hacer los terraplenes que lo único que recomendaban era que los último treinta centímetros se buscara un material externo, este si tiene un mayor costo por el aspecto del transporte, pero en verdad eso no pone en peligro la estabilidad de la obra según los especialistas y eso está documentado.

[...]

DR. EXPÓSITO: pero una pregunta para precisión del Tribunal frente a lo mismo que cuestiona el Ministerio público, con independencia de los que Usted acaba de decirle al Tribunal, eso que se llaman obras adicionales existen o no existen?

SEÑOR MAYRON: no existen, la única forma que yo pudiera contestarle afirmativamente, al tribunal si señor : he recibido unos estudios y diseños y hemos determinado al hacer un análisis comparativo de esos estudios y diseños frente a los diseños iniciales y presupuesto que en estas obras se necesitan y si se necesitan determinamos como interventoría si pueden ser compensadas con algunas que no se van a construir dentro del presupuesto o si se requiere adicionarla pero hasta la fecha no hemos recibido esos estudios de obras adicionales, ahora lo que el habla de los terraplenes es una cosa que yo si le afirmo, está contemplada dentro del presupuesto y no es necesario adicionar absolutamente nada al presupuesto sobre eso.

DR. EXPÓSITO: Pero permíteme que yo insista, con independencia de que no se hayan cumplido en su dicho, con los requisitos para que se consideren obras adicionales, con independencia de eso, eso que se reclama en la demanda presentada en este Tribunal de Arbitramento, existe como tal, fueron debidamente ejecutadas? Con independencia de la discusión que hay entre la interventoría y el contratista?

SEÑOR MAYRON: nada de eso se ha ejecutado, y mientras nosotros seamos interventores nada de eso se ejecutará, porque las obras están contempladas en el presupuesto. Las obras adicionales que surjan soportadas con estudios y diseños complementarios o se pueden compensar y si no se pueden compensar en su momento le diremos a la administración, aquí hay unas obras adicionales que han surgido y que usted tiene la obligación de pagarle a ese contratista por efectos de que no están contempladas en el presupuesto, pero hoy ni se han ejecutado ni se ha presentado. Entonces en que quedaría en cuanto a los terraplenes ahí están los recursos para hacer lo que se requiere no se requiere ni recursos adicionales para eso, en cuanto a las obras hidráulicas y a las intercepciones presente los estudios y diseños,

porque tengo entendido que en el caso de las intercepciones hay un poco de obras menos ahora al pasar la doble calzada, pero como se determina eso, en el momento en que ellos hagan la solicitud formal a la administración y diga: vea aquí tengo los diseños de las obras hidráulicas, aquí tengo los diseños de las intercepciones y entonces las administración le dé traslado a la interventoría, lo revisemos frente al proyecto inicial y cuando se puede decir hay lugar a que hallan obras adicionales o no.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Entonces de acuerdo a lo manifestado por Usted, en la actualidad ni le han solicitado ni han empezado a realizar por cuenta propia y sin autorización obras adicionales

SEÑOR MAYRON: no

6. Por último, se encuentra en la declaración de la actual directora del Departamento Administrativo de Valorización Distrital lo siguiente: (folios 579 al 600 tomo II cuaderno principal).

DR. EXPÓSITO: hubo requerimiento por parte del Distrito en cabeza del Departamento Administrativo de Valorización Distrital al contratista para que hiciera los diseños de esas intersecciones?

DRA. BERMÚDEZ: no recuerdo.

DR. EXPÓSITO: No lo recuerda.

DR. TONCEL Arbitro: esas obras que tú hablas de intersecciones que no estaban pactadas inicialmente, te pregunto hacen parte del contrato adicional del que tú hablas? o Donde está documentada?

DRA. BERMÚDEZ: no, en el contrato adicional No. 1 que se suscribió este año, esas obras no están, las obras del contrato adicional No. 1, están relacionadas con obras hidráulicas, eso eran como unos pontones o como boxculvert, una vía en TIERRA BAJA también que era necesaria pero las intersecciones no. Entre otras cosas porque las intersecciones aún no conocemos ni siquiera la interventoría los diseños definitivos de estas intersecciones.

DR. TONCEL: perfecto pero te pregunto. Contractualmente donde está documentado que el contratista tiene la obligación de hacer esos diseños definitivos de las intersecciones o es un dialogo o en qué estado se encuentra ello? Si me entiendes?, si estamos hablando de unas intersecciones, no estaban en el contrato inicial, tampoco está en el contrato adicional porque eran obras hidráulicas, entonces para hablar yo, quiero entender, que si estamos hablando de que el contratista tiene la obligación de presentar unos diseños definitivos de unas intersecciones, ello de dónde nace?, donde está plasmado para que el contratista sepa que debe presentar algo?

Testigo DRA. BERMUDEZ: bueno lo en lo que yo conozco del contrato, como lo hemos entendido, todo lo que tiene que ver con los diseños de las obras necesarias, todo lo que es el diseño de la vía, para que la vía sea operativa o sea cumpla su función, corresponden al concesionario pero también en el contrato se pactó que todas estas obras que surjan, si bien ellos hacen el diseño pero en lo que tiene que ver con la ejecución de las obras, se dice que en su momento se acordará con el contratista, la posibilidad de que ellos hagan las obras, de que las ejecuten y en el contrato adicional No. 1 como ya se tenían los diseños definitivos efectivamente así se llegó. Estos son unos diseños que están dentro del contrato, mas no está la ejecución de estas obras como tal, en el mismo contrato está previsto como se actuaría en caso de que se presenten esta clase de eventualidades, que se hagan los diseños y pues ya vendría el tema de la ejecución que si es lo que se pactó que habría que hablar o sea acordarlo entre las partes o sea entre el concesionario y concedente lo que tiene que ver con la ejecución de las obras. Perdón, todo lo que tiene que ver con diseños es una de las obligaciones que tiene el concesionario.

[..]

DRA. BETTIN: No es que DR. Expósito perdón. Nosotros estamos diciendo en la demanda que se establece el acuerdo de que el concesionario presente los diseños, y en los hechos de la demanda también decimos que se hace el levantamiento topográfico y se aporta seguidamente en el anexo No. 3C que es el estudio ese, pero reconocemos y decimos que no lo ha pagado el Distrito, no lo ha pagado, y esos son uno de los puntos que están establecidos en la demanda

DRA. BERMÚDEZ: Pero es que yo les voy a decir una cosa, estos son unos diseños, aquí lo que se acuerda es que se van a hacer unos diseños el concesionario que tienen que ver con la vía, y que esta es una de las obligaciones, de las actividades que están dentro del contrato, es que el contrato dice es la elaboración de los diseños, elaboración de los estudios y diseños definitivos y la construcción de las obras, eso es una obligación contractual, entonces no, o sea no conozco, no me consta que se hayan pagado o no, pero eso es parte de las obligaciones del concesionario.

DR. EXPÓSITO: Creo que esta respondida la pregunta.

DRA. BETTIN: si correcto y nosotros estamos diciendo en la demanda que no ha habido pago.

DR. EXPÓSITO: esta respondida la pregunta.

DRA. BERMÚDEZ: si porque no existe la obligación de pagar, entonces no hay incumplimiento, entonces no habría lugar a reclamo y mal estaríamos nosotros cayendo, por decir, en un pago de lo no debido y nosotros pagando unos diseños que son parte de las actividades o que hacen parte de las obligaciones que tiene el concesionario al suscribir el contrato en comento, el contrato este de concesión.

Es así como, queda claro con el acervo probatorio obrante en el proceso, partiendo incluso como ya se dijo de los mismos hechos que soportan la demanda arbitral, que tales obras que reclama la parte Convocante que se vienen ejecutando por ser necesarias para la calidad y estabilidad del proyecto no han sido realizadas, sino que las mismas están diseñadas y listas para su autorización de ejecución, y en esta medida encuentra el Tribunal que no está probada la solicitud de la parte Convocante de que se reconozca a la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. que dichos trabajos de las intersecciones en la vía con la Cordialidad y la Vía al Mar, las obras hidráulicas excluidas del proyecto y la utilización de material diferente al de la zona se encuentran en ejecución.

De acuerdo con lo anterior, nuevamente se observa que las obras que reclama la parte Convocante como necesarias para la calidad y estabilidad del proyecto objeto del contrato VAL-01-05 en cuanto a su ejecución no fueron demostradas en este proceso, sino que solo se probó la importancia de aquellas para la integridad de la obra contratada, pues conforme al dictamen pericial se probó que era necesario la utilización del material de trasplante para la construcción de la corona del terraplén, de lo contrario se pondría en riesgo la estabilidad del proyecto, como también que el material conveniente incrementaría los costos de obra en la suma de mil ciento treinta y ocho millones cuatrocientos noventa y ocho mil seiscientos treinta y cuatro pesos (\$1.138.498.634,00), que no se podrán reconocer en este proceso por falta de pruebas, o sea, que para el Tribunal no hay duda, le queda claro y encuentra probado pericialmente que el material discriminado en el presupuesto de obra de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008 se aparta de las especificaciones INVIAS para la corona del terraplén, con las consecuencias graves advertidas.

En consecuencia, dado que lo solicitado no se compece con lo demostrado en este aspecto, pues lo evidenciado es que se han ejecutado unas labores de diseños y levantamiento topográfico, así como la cuantificación de unas cantidades de obra aproximadas para su realización, este Tribunal procederá a negar la pretensión analizada e igualmente denegará la excepción propuesta por la parte Convocada, y así lo manifestará en la parte resolutive de la presente providencia, pero no por las razones expresadas en la excepción de la parte Convocada, sino porque el demandante incumplió con la carga prevista en el artículo 177 del C. de P.C., pues no probó que efectivamente hubiera ejecutado las obras reclamadas.

IV. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LA ADQUISICIÓN PREDIAL POR LA PARTE CONVOCADA Y LA REVISIÓN DE PRECIOS POR VARIACIÓN EN EL TIEMPO COMO CONSECUENCIA DE LAS SUSPENSIONES DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Posiciones de las partes

La parte Convocante, **SOCIEDAD CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S.**, solicita que debe accederse a sus pretensiones declarativas, para este caso, la primera y tercera, por suspensiones de la ejecución del contrato, y que se reconozcan los perjuicios por *“indebida planeación del Contrato de Concesión VAL 01 - 05, ... y en consecuencia se ordene a la Convocada adoptar todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio del contratista”* y que se ordene la revisión y ajuste de precios del citado contrato por haber ocurrido, con

posterioridad a su celebración, circunstancias que han hecho más oneroso al CONCESIONARIO el cumplimiento de sus obligaciones. Así mismo, “Que se declare el incumplimiento de obligaciones del DISTRITO contempladas en el Contrato de Concesión VAL 01 – 05 en cuanto a la adquisición y legalización de predios como responsabilidad contractual del CONCEDENTE”, y como consecuencia “Que... se condene al **DISTRITO** a pagar al **CONCESIONARIO** los costos adicionales, generados por las suspensiones contractuales que tuvieron lugar por la no adquisición de predios como obligación del **CONCEDENTE**, y demás reconocimientos en los que se tenga en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión, que incluye según el Contrato, los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante”, debidamente indexadas 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, más los intereses que correspondan (pretensiones de condena tercera, sexta y séptima)

Como soporte fáctico y jurídico de sus pretensiones de revisión de precios por variación en el tiempo por suspensiones de la ejecución del contrato, en el hecho octavo relaciona las distintas suspensiones que en el tiempo tuvo el mismo:

OCTAVO: El Contrato de Concesión VAL 01 – 05, ha sido sometido a las siguientes suspensiones: (folios 185 al 225 cuaderno 1 de pruebas documentales)

Suspensión	Fecha	Razón	Reanudación
Acta de Inicio del Contrato VAL 01 – 05	28/09/2005	-	-
Suspensión No. 1 Etapa de Programación	03/10/2005	Base militar que lindaba con el proyecto, que constituía riesgo para los ejecutores de los estudios.	21/02/2006
Suspensión No. 2 Etapa de Programación	19/05/2006	Preservación del orden natural ecológico por presencia de aves migratorias y escorrentías naturales, versus la construcción vial producto del diseño definitivo	05/09/2006
Suspensión No. 3 Etapa de Programación	20/09/2006	El comportamiento climático impedía observar el comportamiento hidrológico superficial de las aguas lluvias del sector, y conocer la conducta emigrante de las aves y su interrelación con el entorno ecológico y el hábitat	15/12/2006
Suspensión No. 4 Etapa de Programación	15/08/2007	No obtención de la licencia ambiental por CARDIQUE; no entrega de avalúos por parte del IGAC para efectuar la distribución de riego; revisión del	15/10/2007

		<i>estudio de riego para consolidar la distribución y liquidación de la contribución de valorización</i>	
<i>Suspensión No. 5 Etapa de Programación</i>	<i>16/12/2007</i>	<i>La no expedición de ofertas de compra con base en los avalúos entregados por el IGAC; revisión del estudio de riego para consolidar la distribución y liquidación de la contribución de valorización</i>	<i>5/12/2011</i>
<i>Acta Inicio Etapa de Construcción</i>	<i>6/12/2011</i>	<i>-</i>	<i>-</i>
<i>Suspensión No. 1 Etapa de Construcción</i>	<i>16/12/2011</i>	<i>Falta de autorización de algunos propietarios para entrega de los predios que interfieren con el proyecto vial</i>	<i>17/01/2012</i>
<i>Prórroga del término de Suspensión Acta No. 1. Etapa de Construcción</i>	<i>17/01/2012</i>	<i>Falta de autorización de algunos propietarios para entrega de los predios que interfieren con el proyecto vial</i>	<i>17/01/2013</i>

Específicamente en cuanto a la revisión y ajuste de precios se refiere en doce hechos, del hecho 5.2.1.1 al 5.2.1.12, así:

1. Según la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, el valor contractual corresponde a una suma indeterminada, siendo el costo de la inversión la suma señalada expresada en la oferta del contratista, más la inflación transcurrida entre la fecha de cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización. (5.2.1.1)
2. La propuesta presentada por el **CONCESIONARIO**, fue por un valor de DIEZ MIL CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.113.515.077,00), el cual se actualizó con la expedición de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, hasta un total de CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M.L.C. (\$14.672.380.322), que fueron distribuidos entre los propietarios y poseedores beneficiados por el Proyecto vial, mediante tal Resolución. (5.2.1.2)
3. Los CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M.L.C. (\$14.672.380.322), fueron actualizados hasta el mes de agosto de 2010, con base en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera Contrato de Concesión VAL 01 – 05, en la cual se consagró, que el valor definitivo del Contrato se actualizaría conforme al índice de inflación, desde el día del cierre de la licitación (02 de junio de 2005), hasta el día en que quedara en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización. (5.2.1.3)

4. *El valor del incremento del Proyecto hasta el mes de agosto de 2010 según las formulas contractuales, corresponde a la suma de NOVECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M.L.C (\$912.620.899,82), ascendiendo el valor total del Proyecto hasta esa fecha a QUINCE MIL MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL UN MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN PESOS M.L.C. (\$15.585.001.221,82) (Véase ANEXO No. 2 – A: COMUICACIÓN CVC90-1128-10 No. DE RADICACIÓN DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL 1872 DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2010; ANEXO No. 2 – B: COMUICACIÓN CVC90-1339-11 No. DE RADICACIÓN DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL 3850 DEL 18 DE ABRIL DE 2011). (5.2.1.4)*
5. *El nuevo valor contractual es reconocido por el **DISTRITO** en distintos documentos suscritos por las partes, como se evidencia en el material probatorio. (Véase entre otros: ANEXO No. 1 – T: ACTA DE FINALIZACIÓN ETAPA DE PROGRAMACIÓN DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 2011; ANEXO No. 1 – U: ACTA DE INICIO ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2011; ANEXO No. 1 – V: ACTA DE SUSPENSIÓN No. 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE FECHA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2011; ANEXO No. 1 – W: ACTA DE PRORROGA AL ACTA DE SUSPENSIÓN No. 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE FECHA 17 DE ENERO DE 2012; ANEXO No. 1 – X: ACTA DE REINICIO No. 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE FECHA 17 DE ENERO DE 2013) (5.2.1.5)*
6. *A la fecha, las sumas por concepto de actualización hasta el mes de agosto de 2010 (NOVECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M.L.C (\$912.620.899,82)), que como ya se ha visto son de orden contractual, no han sido canceladas por el **DISTRITO**, pese a las solicitudes y trámites iniciados por el **CONCESIONARIO** para tal fin (Véase Comunicación ANEXO No. 2 – C: COMUNICACIÓN PMT-T90-1909-12 (CÓDIGO DE REGISTRO DE LA ALCALDÍA EXT-AMC-12-0009738 DEL 15 DE FEBRERO DE 2012)) (5.2.1.6)*
7. *Desde la última actualización realizada al Proyecto, aun no cancelada por el **DISTRITO**, hasta el inicio de la Etapa de Construcción, han transcurrido casi tres (3) años, retraso imputable al **DISTRITO** si se tiene en cuenta que las causas de la suspensión han sido por incumplimiento de obligaciones que le asisten a éste como **CONCEDENTE** del Proyecto, como se probará en ésta demanda en el acápite respectivo, y se expresa en el punto 5.2.3. de éste escrito. (5.2.1.7)*
8. *En el lapso comprendido entre la última actualización aun no cancelada al **CONCESIONARIO** hasta el inicio de las obras de construcción, el valor del contrato, y los precios que sirvieron de base para la determinación del mismo, han seguido variando por causa de fenómenos como el alza de precios, la inflación interna y la devaluación de la moneda. (5.2.1.8)*

9. El Contrato de Concesión VAL 01 – 05, carece de fórmulas de ajuste del precio distinta a la consagrada en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, es decir, una vez ejecutoriada la resolución de distribución de la contribución de valorización, el cuerpo negocial está desprovisto de mecanismos que de manera automática protejan al contratista de situaciones como las antes reseñadas, y que por ende permitan cuantificar matemáticamente los sobrecostos en los que ha incurrido, y a los futuros sobrecostos que eventualmente se deba enfrentar, para que éstos le sean reconocidos. (5.2.1.9)
10. La fluctuación de la moneda y la renuencia del **DISTRITO** a cancelar las sumas adeudadas al contratista por concepto de actualización del valor contractual pactado, dieron lugar a que se rompiera el equilibrio económico del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 haciéndolo más oneroso para el contratista, con lo cual, el acto jurídico que nació conmutativo, hoy no lo es. (5.2.1.10)
11. Por los anteriores hechos, el **CONCESIONARIO** Mediante comunicación PMT-T90-2013-12 (Código de Registro de la Alcaldía EXT-AMC-12-0079931 del 30 de octubre de 2012), solicitó a la Administración Distrital el análisis de precios del proyecto a fin de ser actualizados, así:

Comunicación PMT-T90-2013-12 (Código de Registro de la Alcaldía EXT-AMC-12-0079931 del 30 de octubre de 2012):

“En atención al asunto de la referencia muy comedidamente, le solicitamos que se fije fecha para realizar una reunión donde se analizaran los precios del proyecto “Transversal Ruta 90”; ya que los mismo vienen establecidos en la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008 y desde entonces no se han actualizado los mismos”. (Ver ANEXO No. 2 – D: COMUNICACIÓN PMT-T90-2013-12 (CÓDIGO DE REGISTRO DE LA ALCALDÍA EXT-AMC-12-0079931 DEL 30 DE OCTUBRE DE 2012) (5.2.1.11)

La negativa a la solicitud anterior, fue puesta de manifiesto por el **DISTRITO** a través del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL**, mediante comunicación AMC-OFI-0081102-2012 del 13 de diciembre de 2012 donde se expresó:

“El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, no accederá a la programación de reunión con el fin de realizar la revisión de previos presentada por la Sociedad a su cargo, teniendo en cuenta que no se ha reiniciado la etapa constructiva del Proyecto.

Por lo antes expuesto, procedemos a negar la solicitud a que se contrae el oficio de Radicado Interno EXT-AMC-12-0079931 del 30 de octubre de 2012.”. (Ver ANEXO No. 2 – E: COMUNICACIÓN CÓDIGO DE REGISTRO DE LA ALCALDÍA AMC-OFI-0081102-2012 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2012) (5.2.1.12)

La Convocante remata su posición en su alegato final donde analiza las pruebas recaudadas, concluyendo que se debe condenar al **DISTRITO** a pagar al **CONCESIONARIO** los costos adicionales, generados por las suspensiones contractuales que tuvieron lugar por la no adquisición de predios como obligación del **CONCEDENTE**, y demás reconocimientos en los que se tenga en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión, que incluye según el Contrato, los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante; agrega que *“Todas las pruebas aportadas documentalmente (Anexo No.4), al igual que la experticia contable practicada dentro del proceso, traen la convicción y la certeza de que la parte demandada también deberá reconocer los costos adicionales en que hizo incurrir a mi representada. Por lo que deberá declararse la prosperidad de esta pretensión, al igual que todas las demás deprecadas en el Libelo de Demanda.”*

El Convocado oportunamente contestó la demanda (Folios 106 a 173 del Cuaderno Principal), oponiéndose a las pretensiones del actor y presentó distintas excepciones, entre otras, inexistencia de: (i) ruptura del equilibrio económico del contrato, (ii) incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, e (iii) incumplimiento de las obligaciones en cuanto a la adquisición y legalización de predios.

En su alegato de conclusión, el **DISTRITO** argumentó que si bien la parte demandante solicita el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios, tales como los derivados por los mayores costos ocasionados por el **STAND BY** y por los atrasos presentados en la obra por los que también solicita la revisión del precio del contrato, rechazó tales pedimentos desde el escrito de contestación de la demanda, posición que entiende quedó acreditada durante la etapa probatoria; dice que no se demostró la existencia de los presupuestos para determinar que hubo la ruptura del equilibrio económico, pero de haber existido tal ruptura, no era por hechos o circunstancias imputables al **DISTRITO**.

En lo referido a los atrasos en la adquisición de predios como obligación del **DISTRITO**, aportando como prueba de su petición un documento relacionado en la demanda como Anexo No. 4 – W: liquidación de STAND BY, y analiza dicho contenido en el dictamen del perito contable, cuando en aquél se concluye: *“Dos asuntos se destacan de las afirmaciones del perito, el primero se refiere a los elementos concurrentes que se deben acreditar para que se pueda determinar el costo de un stand-by, son ellos: el tiempo de espera y el otro su tarifa. El segundo aspecto, y tal vez el más importante, tiene que ver con la forma cómo encuentra demostrado el perito el tiempo de espera de la maquinaria al afirmar sin el más mínimo reato que lo determinó consultando exclusivamente los datos que para el efecto le entregó la Convocante”*. Es decir, adoptó como ciertos los argumentos de la Constructora Montecarlo y le asignó toda la credibilidad sin someterlo a la más elemental duda por venir de una de las partes interesadas en que se reconozcan esos valores y por supuesto sin consultar a la parte Convocada y mucho menos al interventor, para luego expresar que el perito *“afirme que para indagar por el equipo empleado revisó el informe de interventoría No. 5”*, pero para averiguar por el supuesto tiempo de espera no consultó con el interventor, quien en su declaración niega el STAND BY que tuvo lugar en el año 2011, que ese fenómeno ocurre cuando la obra está en ejecución, *“cuando Usted aporta una gran cantidad de maquinaria y no la puede utilizar por factores externos, aquí no se ha dado esto”* afirmación que hace el INTERVENTOR porque el contrato fue suspendido en diciembre de

2011 de común acuerdo por razones de lluvia “suspendían en seguida y empezaban en enero, trabajaron 15 días en un descabelle, perdón una semana en un descabelle y luego volvieron a suspender en enero del 2012 y fueron a la interventoría y dijeron nosotros queremos terminar el descabelle durante una semana más con un BULLDOZER solamente y ahí estuvo trabajando el bulldozer y existen fotos de eso y existe un acta que ellos presentaron de 20 millones de pesos, nosotros le dijimos eso no vale 20 millones, creo que vale 7, 8 o 9 millones y se les aprobó de común acuerdo por nueve millones y esta la constancia también de eso. Entonces yo les digo yo no tengo conocimiento al menos que en esta obra haya habido STANDBY yo no creo que lo puedan probar”. Resaltando en ese aspecto una contradicción que encuentra entre el dicho de la INTERVENTORIA y el del perito respecto de la permanencia en obra de la maquinaria basado exclusivamente en las bitácoras que le facilitó la parte Convocante; concluye el INTERVENTOR en su dicho resaltado por el DISTRITO en su alegato de conclusión: “pero que jamás y nunca se produjo una permanencia innecesaria de maquinaria en la obra por la sencilla razón que las partes habían acordado la suspensión del contrato. Carece de toda lógica pactar una suspensión de contrato y por otro lado estacionar unas maquinarias en el lugar de trabajo de un proyecto voluntariamente suspendido. Así las cosas, nuevamente quedan en evidencia las falencias contenidas en el dictamen del perito contable, donde se vislumbra una nítida tendencia a favorecer a la parte Convocante en perjuicio de mi defendida.”

Consideraciones del Tribunal

El actor reclama por una parte el incumplimiento de la parte Convocada de las obligaciones a su cargo relativas a la adquisición de predios para el proyecto, y por otra, que se restablezca el equilibrio económico por atraso en la ejecución del proyecto y mayor permanencia en la obra, alegando que el concedente incumplió las obligaciones que le correspondía en la adquisición predial en el Contrato de Concesión VAL 01 – 05, ya que aquellas eran compartidas, y por yerros de planeación del concedente la gestión predial se desarrolló con deficiencias en la Etapa de Construcción cuando de hecho debieron efectuarse en la fase de Programación, razones que conllevaron a que el proyecto fuere suspendido por un largo periodo. Reclama, entonces, el desequilibrio económico por atraso en la ejecución del proyecto y mayor permanencia en la obra.

Por su parte, la Convocada se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda arbitral, y propuso una excepción denominada “Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto a la adquisición y legalización de predios”.

En este punto, la tensión entre las partes se concreta en determinar sobre quién recae el incumplimiento por la demora en la consecución de los predios, suspensiones en la ejecución del contrato y la consecuente definición de los perjuicios que tales circunstancias haya causado a la parte Convocante.

Para efectos de dirimir la controversia, el Tribunal considera necesario hacer las siguientes precisiones jurídicas y conceptuales:

1. Diferencia entre incumplimiento contractual y desequilibrio económico del contrato estatal.

El Tribunal considera oportuno y necesario, en primer lugar, hacer algunas precisiones sobre el concepto de incumplimiento contractual, para posteriormente determinar las diferencias específicas entre incumplimiento contractual y desequilibrio económico del contrato, habida cuenta de la configuración de las pretensiones declarativas y de condena de la demanda relativas a incumplimiento y desequilibrio económico y la argumentación expuesta por la Convocante de estas dos figuras como fenómenos jurídicos similares.

Al respecto, se pone de presente que en el tema de la infracción de las obligaciones deben distinguirse dos situaciones: la primera, un estado patológico, determinado por la no realización de lo prometido por el deudor en la época u oportunidad fijada por la ley o pactada en el contrato, a lo que debe agregarse el eventual aviso del acreedor al deudor sobre el perjuicio que se le está causando, lo que se conoce como la mora de la obligación; y la segunda, que implica la configuración de un estado definitivo de la obligación de acuerdo con el interés del acreedor en la ejecución de la misma. Así, el deudor estará en estado de incumplimiento cuando el interés del acreedor en la ejecución ha desaparecido, y lo único que pretende reclamar de su deudor incumplido es el equivalente pecuniario de la obligación por su ejecución tardía, junto con la indemnización de perjuicios causados por la acción retardada del obligado a la prestación, los cuales van más allá de la demora en la ejecución de lo querido y pedido por el acreedor y prometido por el deudor, ya que se involucran los daños externos a la relación y que se deriven de la vicisitud en el cumplimiento de la misma.

El incumplimiento de la obligación, entonces, hace necesario que el deudor haya superado los estadios de retraso y mora, y que haya pasado al campo en el cual el interés del acreedor en la realización de la prestación, aunque sea de forma tardía, ya no existe, configurándose en este momento el objeto de una pretensión judicial de incumplimiento, que busca principalmente el resarcimiento de los perjuicios causados con el hecho constitutivo del mismo.

Entonces, el estado de incumplimiento de las obligaciones, como ya se ha dicho, implica que para el acreedor de las mismas su ejecución se ha hecho imposible por el vencimiento del plazo esencial o contractual, o porque en ausencia de la relevancia del mismo en su realización material, se han convertido en inútiles para el acreedor. No obstante, debe decirse que el incumplimiento contractual también opera cuando las obligaciones se han ejecutado en el plazo pactado, pero de forma imperfecta por parte del deudor respecto de los lineamientos dados por el acreedor, o por aquellos propios de la naturaleza de la prestación.

En efecto, la legislación colombiana trata al fenómeno de incumplimiento contractual como la tipificación de una situación alteradora de las proyecciones iniciales del contrato por medio de una actitud negligente y voluntaria del deudor de la prestación que desencadena una reacción del ordenamiento jurídico de reproche frente a dicha violación del contrato. Para poder 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 estipulaciones 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; para el caso que nos ocupa, no es absolutamente relevante el estudio de la primera categoría, lo cual reduce nuestro análisis a las obligaciones puramente contractuales, en las que prima el principio de autonomía de la voluntad como manifestación suprema de la intención de las partes respecto de las prestaciones a ejecutar como del procedimiento idóneo para la satisfacción de las mismas.

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 contrato⁴⁵⁴, 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 ley⁴⁵⁵.

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 privado⁴⁵⁶. 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”*⁴⁵⁷.

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

⁴⁵⁴RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 341.

⁴⁵⁵ *“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.

⁴⁵⁶RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 508.

⁴⁵⁷*Ibidem*, p. 356.

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.

Por último, debe decirse que el deudor estará en estado de incumplimiento cuando el interés del acreedor en la ejecución ha desaparecido, bien porque el plazo para su ejecución ha vencido, o porque su realización no se compeadece con lo contractualmente acordado, y lo único que pretende reclamar de su deudor incumplido es el equivalente pecuniario de la obligación por su ejecución inoportuna, junto con la indemnización de perjuicios causados por la acción retardada del obligado a la prestación, los cuales van más allá de la demora en la ejecución de lo querido y pedido por el acreedor y prometido por el deudor, ya que se involucran los daños externos a la relación y que se deriven de la vicisitud en el cumplimiento de la misma.

En este orden de ideas, para poder hablar de incumplimiento de la obligación, es necesario que el deudor haya superado los estadios de retraso y mora, si se trata del vencimiento del plazo natural o contractual para su realización, o que se haya materializado de forma adversa a las previsiones contractuales y aquello que por naturaleza le corresponde, y en todo caso, que haya pasado al campo en el cual el interés del acreedor en la realización de la prestación, aunque sea de forma tardía, ya no existe, configurándose en este momento el objeto de una pretensión judicial de incumplimiento, que busca principalmente el resarcimiento de los perjuicios causados con el hecho constitutivo del mismo.

Entonces, si el acreedor no ha manifestado su intención de esperar la ejecución de la obligación por parte del deudor, o ya se ha creado un perjuicio por la ejecución imperfecta de la misma, y se configura la inutilidad para los intereses del acreedor o la imposibilidad material o jurídica de su acometimiento, se estará ante un típico caso de incumplimiento contractual, en los términos anteriormente explicados, de manera que el acreedor, con el fin de precaver un perjuicio mayor al propio de la no ejecución oportuna de las prestaciones a cargo del deudor, puede adoptar las medidas necesarias, bien sea interviniendo de forma directa en el contrato, o buscando la ayuda de un tercero, y en todo caso, los costos derivados de tales medidas deberán ser cancelados por la parte incumplida dentro de los perjuicios propios del fenómeno de incumplimiento del contrato.

Ahora bien, ha sido un criterio tradicional de la doctrina y jurisprudencia colombianas considerar el fenómeno de incumplimiento del contrato estatal como un factor determinante de rompimiento del equilibrio económico del mismo –numeral 1º artículo 5º, Ley 80 de 1993-, aunque se trate de supuestos completamente diferentes, ya que por éste se altera de forma sustancial la ecuación objetiva de las prestaciones entre las partes, lo que, la mayoría de las veces, produce un perjuicio económico al contratista, el cual por reglas de buena fe, equidad y protección del patrimonio de los administrados, debe ser subsanado por la Administración Pública, en caso de ser ésta la responsable del daño

causado⁴⁵⁸. Pero para poder llegar a esta grave conclusión para la economía estatal, es necesario analizar a fondo el contenido del contrato, tanto del pliego de condiciones como del acuerdo definitivo entre las partes, de tal forma que no quede duda alguna respecto de la violación de la *lex contractus* por parte de la entidad contratante.

Pero además, teniendo en cuenta que se trata de un contrato bilateral y conmutativo, la carga de responsabilidad por incumplimiento también puede estar en cabeza del contratista de la Administración, 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 su contratante, sino también al mismo colaborador. En este punto es primordial el análisis de las cláusulas del contrato como manifestación de la voluntad expresa e inequívoca de las partes.

Por su parte, el principio del equivalente económico surge en los contratos administrativos, como una exigencia de garantía para el contratista frente a los poderes exorbitantes de la Administración⁴⁵⁹. La teoría del equilibrio económico ha sido recogida en la normativa colombiana con una consagración expresa en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, al decir éste que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad entre los derechos y las obligaciones pactados por las partes al momento de celebrarse el contrato, teniendo en cuenta los parámetros de la licitación o contratación directa y, por otra parte, es un principio que cuenta con amplio desarrollo en la doctrina y jurisprudencia colombianas, al reconocerse para el contratista el derecho de mantener intangible su remuneración cuando por causas no imputables a él se alteren las condiciones financieras del contrato originalmente celebrado.

Lo anterior tiene pleno sustento en nuestra jurisprudencia, la cual en repetidas ocasiones ha afirmado que *“la figura de equilibrio financiero del contrato no ha sido extraña ni a nuestra jurisdicción, ni a nuestra jurisprudencia. Sin duda alguna las partes al contratar son conocedoras del beneficio resultante del contrato: conseguir los fines esenciales del Estado, para la entidad pública contratante; la obtención de un provecho económico para el contratista. Dentro de este marco habrá pues, de moverse la regulación financiera del contrato y con miras a mantener su equilibrio económico, se ha de procurar la protección de las partes, y especialmente para el caso del contratista como colaborador que es del Estado, se deben tomar las medidas necesarias para lograr dicho mantenimiento, de tal forma que pueda conservar el beneficio económico que lo llevó a contratar. La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no [...] Es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el*

⁴⁵⁸Así lo afirma DÁVILA VINUEZA, al decir que *“Es entendible que de esa manera lo haya dispuesto porque lo incumplimientos de obligaciones implican cambios de las condiciones tenidas en cuenta para la ejecución del contrato, fundamento teórico de la ecuación contractual, e incluye mayores costos para el contratista... Esa circunstancia no se opone a que el incumplimiento de una obligación propicie el nacimiento de la teoría de la responsabilidad contractual”*. LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 499 y ss.

⁴⁵⁹ANDRÉ DE LAUBADÉRE. *Traité theorique et pratique des contrats administratif*, t. II. París, 1956. Mise à Jour, 1959. p. 33.

*mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias*⁴⁶⁰.

El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista, dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables⁴⁶¹.

En este orden de ideas, si bien la legislación colombiana trata al fenómeno de incumplimiento contractual como una causal más de rompimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales, que se trata básicamente de la tipificación de una situación alteradora de las proyecciones iniciales del contratista por medio de una actitud negligente y voluntaria de la Administración que desencadena una reacción del ordenamiento jurídico de reproche frente a dicha violación del reglamento contractual, la jurisprudencia administrativa ha reconocido que existe una tajante diferencia entre ambos fenómenos, al afirmar lo siguiente:

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

[...]

⁴⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 1996, Expediente 11.632.

⁴⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de abril de 2002, Expediente 13.349.

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998⁴⁶².

[D]ebe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa; dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe”, “lus variandi”.

Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual, entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual.

Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del

⁴⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524.

equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual⁴⁶³.

Es así como, a pesar de encontrarse en una misma norma, el desequilibrio financiero del contrato estatal y el incumplimiento se constituyen en fenómenos completamente diferentes, principalmente por el elemento subjetivo que debe encontrarse en la violación de las normas contractuales determinado por el aspecto volitivo del mismo frente al deber de reparación por cualquier circunstancia alteradora del pacto inicial, externa o no a las partes, pero en todo caso completamente ajena al comportamiento incorrecto de quien haya resultado afectado –por lo general el contratista, lo que no excluye la posibilidad de que sea la Administración-.

Es por esto que deben separarse ambas situaciones, de tal forma que no es posible alegar que el incumplimiento, además de las consecuencias naturales del mismo, produzca un restablecimiento económico de la situación originalmente acordada entre las partes, por cuanto se estaría compensando dos veces el mismo hecho en la medida en que el incumplimiento conlleva una serie de medidas lógicas para restablecer el interés del acreedor que ha sido perjudicado por la conducta negligente del deudor. No puede entenderse que, además de ello, se deba una nueva reparación por la alteración de la ecuación financiera, la cual sólo debe ser atendida en la medida en que se produzcan circunstancias extraordinarias e imprevisibles que pongan a la parte en una situación de excesiva onerosidad y muy difícil cumplimiento de sus obligaciones.

2. La adquisición predial como componente de la planeación contractual.

La planeación permite señalar los elementos indispensables para la ordenada ejecución del objeto del contrato evitando la improvisación y procurando el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, tal como se dijo en líneas precedentes. Como lo pregona el H. Consejo de Estado, guarda directa e inmediata relación con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación, sino de la planeación.

⁴⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Exp. 30.571.

Tal como lo tiene dicho el Consejo de Estado en nuestro derecho colombiano, *lato sensu* el principio de planeación se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Luego el artículo 1616, admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional. Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato.

El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4º, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuir las a quien mejor las pueda soportar⁴⁶⁴, con apoyo en la actualidad en documento CONPES 3714 de 2011, específico para la distribución de riesgos en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Más específicamente aquella alta Corporación se ha referido al principio de planeación contractual afirmando que debe ser observado incluso desde antes de iniciar el procedimiento de selección, por ser aquel el momento de la elaboración previa de estudios y análisis para determinar, aspectos tales como: *“(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido*

⁴⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 1 de febrero de 2012

*contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar*⁴⁶⁵.

En ese sentido, el principio de planeación se traduce para la parte contratante, entre otras cosas, en la elaboración de diseños y planos idóneos, la obtención de permisos, licencias, autorizaciones o aprobaciones que deban emitir otras autoridades, así como la obtención y entrega de los predios o áreas necesarias para la ejecución del contrato, todo lo cual debe realizarse con anterioridad al inicio del mismo, como quiera que la actividad contractual del Estado obedece a “...*un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que busca la contratación estatal.*”⁴⁶⁶ (Subraya fuera de texto).

Se observa, entonces, que para la jurisprudencia un requisito específico en materia de planeación se encuentra en el hecho de que a la celebración del contrato se cuente con los requisitos previos necesarios para llevar a cabo la actividad.

En efecto, la exigencia de obtención y entrega de los predios y áreas necesarias para la ejecución del contrato de marras deriva de que para la ejecución de las actividades de este tipo de proyectos, es decir, la ejecución de la actividad material que corresponda, implica que el contratista debe contar con el insumo principal para ello, cual es el bien inmueble sobre el cual va a recaer la obrapública.

3. El caso concreto del contrato VAL-01-05

Al descender al caso en estudio, se observa que en el proceso se encuentra probado estos extremos:

1. El Pliego de Condiciones en el numeral 1.1.4. consagra que en materia predial “*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. 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 11 del cuaderno 1 de pruebas documentales)
2. En cuanto a obligaciones del contratista en el marco de las condiciones técnicas del proyecto, el mismo Pliego de Condiciones en el numeral 2.1, ETAPA DE DISEÑO consagra que éste debe: “*ii.*”

⁴⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.324.

⁴⁶⁶ Tribunal de Arbitramento de Conalvías S.A. contra Transcribe S.A. Laudo arbitral de 8 de abril de 2011.

Determinar 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”. (folio 28 cuaderno 1 de pruebas documentales)

Por su parte, la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 relativa a plazos, consagra en el literal c) como parte de la Etapa de Programación, que a partir de la fecha de la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Programación, el contratista contará con seis (6) meses en los que deberá: “(...) **3. Adquirir los predios de acuerdo con la ruta crítica de ejecución**”, y “(...) **9. Simultáneamente en esta etapa EL CONCESIONARIO, desarrollará las gestiones pertinentes para la adquisición de los predios que se requieran, de tal forma que se encuentren disponibles para la construcción de las obras. En ningún caso esta gestión debe obstaculizar la ejecución de las obras. Esta gestión se adelantará con base en las fichas prediales y avalúos suministrados por EL CONCEDENTE**”. (Folios 124 al 143 cuaderno 1 de pruebas documentales)

3. La Cláusula Quinta del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 “Otras obligaciones de EL CONCESIONARIO”, consagra en sus numerales 5º y 6º como obligaciones del concesionario “5. *Gestionar la adquisición de predios por negociación directa, elaborar las promesas y minutas de las escrituras de compraventa (sic) 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 voy. 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. 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*”. (folios 124 al 143 cuaderno 1 pruebas documentales)
4. Que la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 “Predios”, sostiene: “**CLAUSULA DECIMA CUARTA: PREDIOS.- 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 compras 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 disponibles 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: 10. 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. 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. Formalizar las escrituras ante notaría y realizar la gestión de inscripción de las mismas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos. 8. Hacer entrega a EL CONCEDENTE de la primera copia de la escritura, con el folio de matrícula inmobiliaria debidamente actualizada con el registro a favor del Distrito 9. Gestionar la entrega y recibo de los inmuebles a favor del Distrito. 10. En los casos en que sea necesario adelantar procesos de expropiación entregar a EL CONCEDENTE los documentos necesarios para la presentación de la demanda. 11. 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 programa de trabajo y cronograma de trabajo aprobado”. (folios 124 al 143 cuaderno 1 pruebas documentales)

5. Por oficio de fecha catorce (14) de febrero de dos mil siete (2007) (CVC-20-07), el Convocante requirió al Departamento Administrativo de Valorización Distrital información relativa a la adquisición predial con el fin de dar cumplimiento a la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión VAL 01 – 05: “Con el fin de dar cumplimiento a la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión No. VAL -001-05, en lo referente a la adquisición de los predios afectados por las obras del proyecto, me permito solicitar a Usted se sirva informar si el acto administrativo que declara en utilidad pública los predios referidos ya se encuentra en firme y si estamos dentro del término legal para las negociaciones de la compra de los mismos (...)” (cuaderno 2 de pruebas documentales)
6. Luego por oficio del catorce (14) de abril de dos mil siete (2007) (CVC-44-07), el Convocante solicitó al Departamento Administrativo de Valorización Distrital en relación con los certificados de uso de suelos de los predios a adquirir, los avalúos comerciales y el acto de declaratoria de utilidad pública “(...) con la fecha de ejecutoria del mismo, para establecer a partir de esa fecha los treinta días hábiles siguientes, que se cuentan para llegar a un acuerdo por enajenación voluntaria”. (cuaderno 2 de pruebas documentales)
7. Los requerimientos en el tiempo enviados por el contratista bien directamente a la Alcaldía Mayor de Cartagena, o bien al Departamento Administrativo de Valorización Distrital, reposan en el expediente entre otros los siguientes oficios: el de treinta (30) de enero de dos mil ocho (2008) (CVC90-190-08), oficio de fecha quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008) (CVC90-195-08), oficio diado veintiuno (21) de febrero de dos mil ocho (2008) (CVC90-198-08), oficio adiado veintiuno (21) de febrero de dos mil ocho (2008) (CVC90-199-08), oficio de fecha veintitrés (23) de febrero de dos mil ocho (2008) (CVC90-200-08) (...) (cuaderno 2 de pruebas documentales)

8. Otros oficios a tener en cuenta son:
- El de catorce (14) de mayo de dos mil ocho (2008), por el que el contratista da cuenta a la entidad contratante de los predios que se encuentran afectados por la medida de declaratoria de utilidad pública y rinde otros conceptos al concedente. (cuaderno 2 de pruebas documentales)
 - El del quince (15) de julio de dos mil ocho (CVC90-245-08), en donde consta que el contratista remitió copia de aclaraciones y correcciones de los avalúos definitivos de algunos predios afectador por la vía, y recordó al contratante su obligación de expedir los actos administrativos correspondientes a las ofertas de compra advirtiendo las consecuencias en su demora. (cuaderno 2 de pruebas documentales)
 - El de diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) (CVC90-230-08), en el que consta que el contratista remitió el listado de predios afectados por la construcción del proyecto, recordó nuevamente al Distrito su obligación de expedir actos administrativos inherentes a la gestión predial, y recordó haber entregado los avalúos (cuaderno 2 de pruebas documentales)
 - El oficio de fecha nueve (9) de julio de dos mil ocho (2008) (CVC90-243-08), donde aparece que el concesionario requirió al concedente para que expidiera los actos administrativos de oferta y de utilidad pública, indicando que estaba próximo a su vencimiento. (cuaderno 2 de pruebas documentales)
 - Por oficio de fecha treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), el contratista presentó informe de la gestión predial, a su juicio, solicitado por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital. (cuaderno 2 de pruebas documentales).
9. Se evidencia del acervo probatorio la existencia de diversos requerimientos del concesionario hacia el concedente solicitando la expedición de las ofertas de compra, siendo el último al respecto el oficio de diecinueve (19) de abril de dos mil once (2011) (CVC90-1340-11). (cuaderno 2 de pruebas documentales)
10. Mediante Acta de Suspensión No. 5 de la Etapa de Programación de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil siete, se suspendió el proyecto hasta el seis (6) de diciembre de dos mil once (2011), detectándose que desde aquel entonces la suspensión obedeció a la no expedición de ofertas de compra con base en los avalúos entregados por el IGAC (folios 211 y 212 cuaderno 1 de pruebas documentales)
11. Que en ejecución de la Etapa de Construcción, mediante Acta de Suspensión No. 1 de la Etapa de Construcción suscrita el día 16 de diciembre de 2011 se suspendió el proyecto, y tuvo como motivo la situación predial que obstruyó la normal ejecución de las obras. Así, los motivos que

para la suspensión quedaron consignados en dicha acta son: (folios 221, 222 cuaderno 1 de pruebas documentales)

“(…) 1. La falta de autorización por parte de algunos de los propietarios para la entrega anticipada de los inmuebles afectados con la construcción de la vía, en especial los predios identificados con referencias catastral No. 00010001170000 y 00100010260000, los cuales abarcan el 75% del trazado de vía, ha imposibilitado el normal desarrollo de las actividades constructivas del proyecto transversal ruta 90, ante la dificultad de que la maquinaria y el personal del Concesionario ingrese a realizar sus labores, situación que generarían mayores costos para la construcción”

2. Que se hace necesario iniciar los procesos de expropiación por vía administrativa, una vez queden en firme las ofertas de compras proferidas por el Distrito, para poder acceder a los predios que se encuentran ubicados dentro del trazado de la vía y que abarcan mayor porcentaje de las áreas requeridas (…)”. (Cuaderno 1 de pruebas documentales).

12. El término de suspensión antes pactado fue prorrogado por un término indefinido, mediante acta de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil doce (2012), que tuvo como móvil las mismas razones. (folios 224 y 225 cuaderno 1 de pruebas documentales).
13. Según el Parágrafo Segundo de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, “En el evento de la suspensión parcial o total del contrato en la etapa de construcción o recaudo, en ningún caso implicará aceptación por parte del concesionario de una disminución de la retribución pactada para él, por lo tanto en estos casos el concedente hará reconocimientos al concesionario. Para ello se tendrá en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión debidamente aprobados por el concedente, que incluirá la conjugación de los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante”. (folios 124 al 143 cuaderno 1 de pruebas documentales).
14. En la declaración testimonial de la Dra. **CECILIA BERMUDEZ SAGRE** –Directora del Departamento Administrativo de Valorización Distrital-, reconoce implícitamente la falta de planeación del Concedente, al exponer: (folios 759 al 601 tomo II del cuaderno principal).

Dr. EXPÓSITO: excúseme Usted recuerda la causa de esa suspensión?

DRA BERMÚDEZ: La primera no la recuerdo

DR. EXPÓSITO: No bueno.

DRA. BERMÚDEZ: sé que se suspendió, o sea en lo que tiene que ver con por ejemplo en la etapa de programación, que también se dan suspensiones, varias suspensiones tienen que ver con temas relacionados con la gestión predial, con el tema del recaudo, con el tema de adquisición de predios, y en eso siempre se consigna en las respectivas actas que no va a

haber ninguna reclamación por parte del concesionario ni de ninguna de las partes con respecto a esa situación que se estaba presentando.

DR. EXPÓSITO: De lo que Usted conoce como ha sido la gestión predial?

DRA. BERMÚDEZ: la gestión predial como lo dije inicialmente, esta era una de las obligaciones que le corresponde al concesionario, él subcontrata en lo que tiene que ver con el estudio de rieque con un señor de apellido Restrepo me parece que es el nombre, lo entrega a valorización y valorización lo acoge porque se entiende de que esta bien el rieque, de que está aprobado el rieque y se dicta el acto administrativo el correspondiente y pues se aplica de manera individual todo lo que tiene que ver con la contribución de valorización. Con base en esa resolución que se profirió al departamento administrativo de valorización le correspondía entregarle al concesionario, este es el listado de los predios y estos son los avalúos, estos son los presupuestos, le entregó toda la información. Posteriormente entiendo que hay también un acto administrativo posterior de valorización donde hace una corrección dentro de la valorización que tiene que ver más que todo con un predio, con doble anotación y lo que se tiene que hacer es que se unifica porque además ahí lo que surgen son, en lo que entiendo, unas diferencias en la definición de las áreas superficiarias de los predios y entre lo que entregó el Agustín Codazzi y lo que estaba en los registros de instrumentos públicos.

DR. EXPÓSITO: O sea que la gestión predial llevada a cabo por el contratista se hizo dentro de los causes (sic) contractuales? De lo debidamente estipulado?

DRA. BERMÚDEZ: Si de lo que estaba previsto a ellos les correspondía adelantar toda la gestión predial lo que ello implicaba, el cobro, el recaudo y en la adquisición de predios, en todo tenía él que eso también le correspondía, hacer todas las gestiones necesarias, necesarias para que eso se diera además porque eso era la fuente de financiación del proyecto, era como se retornaba la inversión que iba a hacer el contratista, era con el recaudo de la valorización que le había cedido en este caso el Distrito para que ejecutara el proyecto.

DR. EXPÓSITO: Entonces donde estaba el problema relacionado con el tema de predios? Si definitivamente la gestión predial llevada a cabo por el contratista pues en término suyos fue de acuerdo con lo que contractualmente estaba pactado. Donde estaba el problema frente al tema de predios? Porque eso es un tema que aquí se ha dicho también en reiteradas ocasiones por los diferentes testigos que han pasado por aquí, que el tema de predios ha supuesto una demora incluso, origen muchas veces en las suspensiones de la ejecución del contrato.

Dra. Bermúdez: bueno, en este proyecto también se debían adquirir unas áreas, unos predios para la ejecución que era por donde iba el trazado de la vía, esta era también una actividad que le correspondía al concesionario, era una obligación, él tenía que adquirir los predios que fueran necesarios y agotar todas las vías que le correspondían, todas las acciones para llevar acabo la adquisición de esas áreas que se requerían, ahí se hace el trazado se hacen las

adquisiciones de unos predios y en unos temas que tienen que ver con unas posesiones y con unos temas que se encuentran inconvenientes donde le correspondía al concesionario adelantar todas las gestiones necesarias para poder adquirir realmente, llevar digamos a la conclusión de estas negociaciones y en caso de que ya en una gestión residual podríamos decirlo de alguna manera, le correspondía al Distrito adelantar unas acciones, unos procedimientos de expropiación por vía administrativa cuando ya se habían agotados las etapas, previa entrega de toda la información por parte del concesionario.

En estos momentos hay algunos predios que ya se adquirieron, que tienen algunos inconvenientes con la entrega material de esas áreas, eso es lo que realmente se ha dado y en lo cual en la Alcaldía con la dependencia competente en este caso estas acciones le corresponden al Alcalde la localidad, adelantar todas estas diligencias que se han venido fijando para ver si en este momento está determinado que en el mes de enero ya van a adelantarse las últimas diligencias, para adelantar esa expropiación por vía administrativa, ni siquiera la expropiación, ya el proceso está culminado, ya lo que es la ejecución material de esas decisiones que ya se tomaron.

DR. EXPÓSITO. Eso sin duda es lo que ha impactado que se haya impedido el normal avance en el desarrollo de la ejecución del contrato?

DRA. BERMÚDEZ: Esa es una de las causas

DR. EXPÓSITO: Esa es una de las causas, y finalmente pues eso no es un hecho imputable al contratista?.

DRA. BERMÚDEZ: Ni tampoco a la administración.

DR. EXPÓSITO: Entonces de quién es?

DRA. BERMÚDEZ: Para nosotros es del concesionario, nosotros en lo que tiene que ver de lo, bueno dejando claro que es la información de lo que he recibido de apenas llegue al cargo y de la revisión que hemos estado haciendo de todo lo que tiene que ver con la ejecución de este contrato.”

(...)

Apoderada Convocante DRA. BETTIN: si la cláusula quinta, las obligaciones del concesionario, financiar la inversión requerida para el proyecto, incluyendo costos de pre inversión del proyecto, asesorías estudios y diseños, construcción y financiación administración de recursos mitigando el impacto ambiental, adquisición de predios, distribuir facturación y recaudo de la contribución y administración. Este es el numeral 1, El numeral 2 se refiere a las garantías darle alcance al literal, dice gestionar la adquisición de predios por negociación directa, elaborar las promesas y minutas de las escrituras de compraventa, a

nombre del concedente pagar a través del fideicomiso sus costos gestionar y pagar el registro de las mismas entregar al concedente las primeras copias de las escrituras debidamente registradas con los certificados de libertad y tradición respectivo donde conste la venta, efectuar las demoliciones de las construcciones adquiridas y disponer libremente los materiales sobrantes. Eso fue lo que en síntesis yo le mencioné al efectuar la pregunta. Entonces como dentro de la gestión predial se establece que hay que hacer unos avalúos previos a esa promesa y unas fichas técnicas, que como está dicho en la cláusula no le correspondían al concesionario, que sabe usted de la elaboración o no elaboración de esos avalúos y de las fichas técnicas respectivas?

Testigo DRA. BERMÚDEZ: es que el Distrito frente a lo que conozco, ha cumplido con todas esas obligaciones de la elaboración de los avalúos, de todo lo necesario para hacer y esa afirmación que ella hace de que porque el Distrito no ha cumplido, eso es una afirmación que está haciendo la apoderada que no es así, o sea no puede afirmarlo ni yo lo acepto porque esa situación de que no les hemos entregado los avalúos eso no lo conozco, esas circunstancias ni siquiera a mí me las han puesto en conocimiento. Toda la gestión predial que le ha correspondido al Distrito la ha hecho, lo de los avalúos, se ha hecho con el Agustín Codazzi, el Distrito ha actuado en lo que tiene que ver con la adquisición de los predios, ha hecho todo lo que le ha correspondido. No entiendo esa afirmación, no sé qué me pregunta o cual es la razón.

(...)

DRA. BETTIN: si doctor, el tema referente a la expropiación administrativa a pesar de la concesión lo solicitó en su momento, determinados predios no se culminó con el trámite de todos los predios que se requerían para la ejecución del proyecto y eso está en actas de suspensión también tanto del tema que acabo de citar en la pregunta anterior y este. Si conozco las razones por las cuales el departamento Administrativo de Valorización Distrital no terminó con el trámite de las expropiaciones Administrativas?

DRA. BERMÚDEZ: Bueno yo conozco de las situaciones que se han presentado con algunas franjas de terreno que no se han entregado para el proyecto, que no es imputable totalmente al Distrito, que eso si yo quiero que quede claro, nosotros hemos de acuerdo a toda la información que nos han venido entregando el concesionario aportando, porque es que además el concesionario, para un proceso de expropiación por vía administrativa, es un proceso donde tienen que haber todas las garantías procesales y eso se basa como estamos aquí en la prueba, entonces toda esa documentación la tenía, toda esas circunstancias las tenía que aportar el concesionario, entonces en este caso yo haría la pregunta, por qué el concesionario no siempre aportó todo lo necesario para que se diera todas estas diligencias, se cumplieran a cabalidad, porque es que también existen esas circunstancias porque yo también tengo conocimiento de que no siempre, no en todos los caso actuó diligentemente el concesionario, que era el más obligado porque además él tenía que adquirir para culminar su obra para poder proceder a terminar un contrato que él tenía suscrito con el Distrito que

también era interesado todo lo que tenía que ver con todas las gestiones con todas las actividades él las asumió en el contrato, o sea él no puede venir a salir a decir no es que yo si fui diligente, no nosotros, también tenía que ser, como yo digo, era una responsabilidad residual, las gestiones que ellos tenían que hacer para hacer las compras directas, para hacer las ofertas de compra, eso no está probado en lo que tiene que ver aquí con el Distrito que sea imputable al Distrito, o sea que esas diligencias, o sea es que no se han podido hacer las diligencias y aún no se han culminado porque es falta de diligencia del Distrito, no. Eso si yo quiero, eso también dice que toda la documentación, todo lo tenía que aportar el concesionario, todas las herramientas las tenía que entregar en la parte, para nosotros poder garantizarle a la persona a quien estábamos dirigiendo nosotros, ese proceso toda la parte que tiene que ver con el apoyo para entrar al sitio. Toda esa parte también le correspondía porque, también el mayor interesado también tenía que ser el concesionario y lo cual tampoco ha sido diligente en lo que tiene que ver en estos procedimientos. No puede hacerme la pregunta esa porque yo más bien se la estoy trasladando a ellos porque no han sido diligentes también en estas diligencias.”

15. Por su parte, en la declaración testimonial rendida por **MAYRON VERGEL ARMENTA**, representante legal de la interventoría, manifestó: (folios 497 al 517 tomo II cuaderno principal).

“DR. EXPÓSITO: Cuando Usted dice Distrito y contratista, es que dentro de las obligaciones del contratista está incluido también el tema de predios?”

SEÑOR MAYRON: Si, él tiene que hacer la gestión predial y es más, las negociaciones las hace directamente el contratista y cuando ya tiene la documentación pertinente a lo que es la promesa de compraventa o la escritura del área sujeta a intervención, pues entonces se la remite a la entidad, a Valorización o cuando no hay forma de hacer la negociación de los predios notifica a Valorización que no hay lugar a la negociación para que valorización proceda por vía administrativa la expropiación de los predios. Hay algunos de estos predios que se expropiaron hace mucho tiempo no recuerdo en verdad cuanto, pero sé que más de uno o dos años y la entrega material no se pudo porque los alcaldes locales no intervenían por efectos de la gente armada que tienen allí en el área”.

Así las cosas debe el Tribunal ponderar sobre quién recae el incumplimiento en lo que se refiere a la demora en la consecución de los predios y la consecuente definición de los perjuicios que tal circunstancia haya causado a la parte Convocante, con lo cual, para dirimir la misma, es pertinente recordar los conceptos de planeación y de configuración contractual que hemos señalado en otros apartes del presente laudo.

El Tribunal tiene en cuenta que en los contratos como el VAL 01 – 05, el control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal y la misma se contrae a que no puede desprenderse de la facultad de adquirir los predios y/o adelantar los procesos de expropiación, ni ceder esta facultad a un privado, toda vez que tal actuar comportaría un desconocimiento a las normas

especiales en materia de adquisición y expropiación, como son, entre otras, en la Ley 9º de 1989 y la Ley 388 de 1997.

Así las cosas, el artículo 59 de la Ley 388 de 1997, que modificó el artículo 11 de la Ley 9 de 1989, consagrado en el Capítulo VII “Adquisición de inmuebles por enajenación voluntaria”, señala cuáles son las entidades competentes para adquirir por enajenación voluntaria, y de ser el caso decretar la expropiación de inmuebles por los motivos de utilidad pública o interés social descritos en el artículo 10 de la Ley 9º de 1989 –dentro de los que se encuentra la construcción de obras públicas⁴⁶⁷ como es el caso de la obra objeto del Contrato de Concesión VAL 01– 05-. Sostiene la mencionada disposición:

Artículo 59º.- Entidades competentes. *El artículo 11 de la Ley 9 de 1989, quedará así:*

"Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades.

De lo hasta ahora analizado de este acápite se concluye sin hesitación alguna que la habilitación para ejercer compra de predios por motivo de utilidad pública e interés social se restringe a: **(i)** la Nación,

⁴⁶⁷ Ley 9º de 1989. “Artículo 10º.- Modificado Artículo 58 ley 388 DE 1989 decía así: Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los siguientes fines: a) Ejecución de planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificado; b) Ejecución de planes de vivienda de interés social; c) Preservación del patrimonio cultural, incluidos el histórico y el arquitectónico en zonas urbanas y rurales; d) Constitución de zonas de reserva para el desarrollo y crecimiento futuro de las ciudades; e) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y de los recursos hídricos; f) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los campos de la salud, educación, turismo, recreación, deporte, ornato y seguridad; g) Ejecución de proyectos de ampliación, abastecimiento, distribución, almacenamiento y regulación de servicios públicos; h) Sistemas de transporte masivo de pasajeros, incluidas las estaciones terminales e intermedias del sistema; i) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades a las cuales se refiere el artículo 11 de la presente Ley, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta; j) Ejecución de obras públicas; k) Provisión de espacios públicos urbanos; l) Programas de almacenamiento, procesamiento y distribución de bienes de consumo básico; ll) Legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales; m) Reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo y rehabilitación de inquilinatos; n) Ejecución de proyectos de urbanización o de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificados, y o) Ejecución de proyectos de integración o readaptación de tierras”.-subrayas del Tribunal-

las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios, **por orden legal (ii)** Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, **siempre que estén habilitadas por sus estatutos para desarrollar actividades de utilidad pública o interés social (iii)** las otras que dispongan las demás normas vigentes. A lo anterior debe sumarse el hecho de que ninguna otra norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico, habilita a entidades distintas a las anteriormente señaladas.

De la mano de lo anterior, el artículo 66 de la Ley 388 de 1997, la oferta de compra debe estar contenida mediante acto administrativo formal:

Artículo 66°.- *Determinación del carácter administrativo. La determinación que la expropiación se hará por la vía administrativa deberá tomarse a partir de la iniciación del procedimiento que legalmente deba observarse por la autoridad competente para adelantarlos, mediante acto administrativo formal que para el efecto deberá producirse, el cual se notificará al titular del derecho de propiedad sobre el inmueble cuya adquisición se requiera y será inscrito por la entidad expropiante en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ejecutoria. Este mismo acto constituirá la oferta de compra tendiente a obtener un acuerdo de enajenación voluntaria”.* -exalta el Tribunal-

La responsabilidad del contratante también comprende la gestión para la adquisición y compra de predios, la cual según lo pactado en el Contrato de Concesión VAL 01-05 implica el suministro de algunos documentos, verbigracia, verificar las áreas de los terrenos y las mejoras que se necesita adquirir de conformidad con los diseños y fichas prediales, obtener revisión de avalúos si fuere del caso, efectuar la notificación personal a los propietarios, gestionar la adquisición de predios con los propietarios o poseedores, efectuar el estudio de títulos de propiedad, y las demás enunciadas en las normas que se citaron con antelación.

Así, con el fin de analizar cuál de las obligaciones se vio incumplida, observa el Tribunal que la documentación obrante en el proceso, y específicamente las comunicaciones remitidas por la Convocante a la Convocada invocando el retraso de esta última respecto de la elaboración de las ofertas de compra y en general de gestión predial, demuestra una diligencia por parte del contratista **(i)** al evidenciar el interés en la información necesaria para iniciar la ejecución del contrato, contando con las definiciones de los temas prediales; **(ii)** al efectuar la tramitación de las gestiones que requiere para proceder a la compra de los predios, de acuerdo con sus obligaciones contractuales, y; **(iii)** al haber suministrado a la contratante los avalúos para que adelantara la escogencia de los predios que pretendía afectar en la obra pública y elaborara las correspondientes ofertas de compra –aspecto que, tal como se evidencia del clausulado del contrato, no estaba a cargo de la parte Convocante-. Por el contrario, encuentra también el Tribunal que la situación llegó hasta un momento crítico, determinado por el hecho de que los avalúos hayan perdido vigencia por el paso del tiempo, aspecto que demuestra una verdadera desidia por parte de la contratante.

Sin duda alguna fluye con claridad que en el presente proceso arbitral se encuentra probado que si bien en lo relativo al asunto predial se pactaron obligaciones reciprocas para las co-contratantes, la entidad estatal incumplió las suyas, relativas a expedición de los actos administrativos de declaratoria de utilidad pública y de ofertas de compra, aspecto que impidió que hasta que finalmente no se obtuviese diligencia por parte del contratante, el contratista tuviera la posibilidad de proseguir con sus actividades de negociación directa con los propietarios con base en las ofertas de compra, y por supuesto, que eventualmente tuviera que notificar a la parte Convocada de la necesidad de realizarse expropiación de algunos inmuebles.

En la línea de análisis que se trae, procede ahora el Tribunal a examinar si se encuentran probados los perjuicios que por tal hecho reclama la parte Convocante, derivados de una mayor permanencia en la ejecución del contrato, al tenor de las pretensiones de la demanda arbitral.

Al respecto, es imperioso tener en cuenta que la mera ampliación del término de duración del contrato no implica, *per se*, la causación de perjuicios que deban ser reparados, pues en todo caso tendrá que demostrarse el sufrimiento real de los mismos⁴⁶⁸. Así, sumado a la extensión del plazo contractual más allá de lo proyectado inicialmente, es necesario que se aporten al proceso los medios probatorios idóneos que den cuenta del menoscabo o detrimento patrimonial que efectivamente sufrió el contratista al prorrogarse el plazo contractual.

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

“Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad

⁴⁶⁸ Al respecto, DÍEZ señaló que: “Si el retardo, entonces, es imputable a la administración, ella deberá indemnizar al contratista del perjuicio que le ha causado. (...) “Ahora bien, si la administración tiene que indemnizar al contratista por el perjuicio resultante del retardo en la iniciación de los trabajos, ello debe ser en la medida en que ese retardo le es imputable al contratista o a dificultades originadas por terceros a los que la administración es ajena.” (DÍEZ, Manuel María: Derecho Administrativo, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, pp. 53 y 66) En igual sentido, SAYAGUÉS expuso: “Cuando la construcción de la obra se desenvuelve dentro de las previsiones normales, el derecho del contratista se reduce al pago del precio estipulado. Pero la ejecución puede verse alterada por circunstancias imprevistas naturales o económicas, o que sean consecuencia directa o mediata de actos de las autoridades públicas. En esos casos surge la cuestión de si el contratista tiene derecho a alguna compensación (sic) complementaria, por el mayor costo de la construcción de la obra derivado de aquellos factores.” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1974, pp. 112)

*pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte **que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum**, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.⁴⁶⁹ -Subraya del Tribunal-*

Conforme a lo anterior se observa que la prueba en materia de mayor permanencia en obra es especial y específica, pues deberán quedar evidenciados los costos *efectivamente sufragados* por el contratista durante el término adicional al inicialmente convenido.

En efecto, sin ofrecer mayores discusiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consecuente en señalar que la probanza de los efectos económicos generados por una mayor permanencia en obra requiere la determinación precisa, exacta y real de los gastos efectivamente sufragados con ocasión del contrato durante la prórroga o suspensión del mismo, aspecto que por ende no admite su demostración a través de procedimientos técnicos que no se fundamenten en las condiciones reales de ejecución de la obra. En palabras del H. Tribunal se tiene que:

“Para acreditar esos perjuicios [los generados con la mayor permanencia en obra] resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse.”⁴⁷⁰ -Se destaca-

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

Vale advertir que estos pronunciamientos jurisprudenciales se han proferido debido a la forma en que los contratistas del Estado han pretendido probar los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra, pues en no pocos casos, la prueba pericial practicada con este objeto se ha restringido a

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

⁴⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. En igual sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.

proyectar los sobrecostos supuestamente sufragados por el contratista, aplicando para ello una simple operación matemática en la que se multiplican (i) los valores convenidos en el contrato para los distintos ítems -generalmente contenidos en la propuesta económica-, por (ii) el tiempo en que resultó prorrogado el contrato.

Como se ve, esta simple proyección de costos no evidencia la realidad en que fue ejecutada la obra, pues se reduce a una simple “suposición” de los gastos y costos en que incurrió el contratista para ejecutar el contrato durante el término ampliado, con lo cual no se cumple el condicionamiento que precisamente ha establecido la jurisprudencia como requisito *sine qua non* para tener por comprobados dichos perjuicios y que corresponde precisamente a la demostración real y efectiva de los sobrecostos causados con la ejecución de la obra en un mayor tiempo.

Bajo este entendido, es necesario entonces tener total certeza de los sobrecostos asumidos por el contratista debido a la extensión del plazo, para lo cual se requerirá de un estudio probatorio juicioso y específico que evidencie de manera concreta los mayores gastos que por concepto de mano de obra, maquinaria y equipos, entre otros, hubiere tenido que sufragar el particular contratista⁴⁷¹.

Así las cosas, atendiendo el principio de libertad probatoria⁴⁷², quien solicite la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra, tendrá la carga de demostrar los costos adicionales efectivamente sufragados a raíz de tal circunstancia -art. 177, C. de P. C.⁴⁷³-, para lo cual deberá probar los pagos efectuados por concepto de la maquinaria y los equipos que se

⁴⁷¹ Sobre este particular es preciso tener en cuenta que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra tienen naturaleza contractual, pues encuentran su razón de ser en la existencia de una relación comercial previa, por tanto, pese a que los sobrecostos cuya indemnización se pide corresponden a gastos que no fueron contemplados económicamente en la convención, tienen como sustrato el negocio mismo. Al respecto, en sentencia de 28 de octubre de 1994 se dijo:

*“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. “Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. **Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato**; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.”* -Subraya y negrilla fuera del texto- (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.)

⁴⁷² En este sentido, el artículo 175 del C. de P. C. dispone: *“Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.*

“El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.”

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

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

requerían para la ejecución de la obra y, además, que estos estuvieron en la zona a intervenir de forma permanente, esto es, durante el tiempo convenido en el contrato y, adicionalmente, durante el término de las prórrogas, pues solo así podrá considerarse como un sobrecosto.

A igual conclusión habrá de llegarse frente a la mano de obra, como quiera que, sumado a la prueba de los pagos de nómina correspondientes, será necesario que se demuestre que el personal permaneció en obra durante el término convenido contractualmente, pero que, debido a la prórroga del plazo, debió utilizarse esta fuerza de trabajo por un término adicional. De manera ilustrativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido, señalando al respecto que:

*“En efecto [tratándose de una mayor permanencia en obra], **era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en qué cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.** (...)*

*“Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, **proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria -toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración,** entre otros conceptos e ítems, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos.”⁴⁷⁴ -Resalta el Tribunal-*

Con claridad, la providencia citada define la especial manera en que deben ser probados los perjuicios generados por la mayor permanencia en obra, respecto a lo cual se concluye que, sumado a la probanza del pago de los costos directos e indirectos del contrato durante el plazo extendido, habrá que demostrarse que el contratista incurrió efectivamente en gastos adicionales debido a que, además de contar con maquinaria y mano de obra disponibles durante el plazo contractualmente convenido, debió también mantener dicha fuerza de trabajo en el tiempo de la prórroga, esfuerzo técnico y económico adicional que el contratista no debe soportar y, por tanto, debe ser resarcido.

Conforme a lo expuesto, es preciso reiterar que tratándose de la indemnización de perjuicios deprecados con ocasión de una mayor permanencia en obra, no bastará con la sola prueba del hecho dañoso, esto es, de la ampliación del plazo por causas no imputables al contratista, ya que adicionalmente deberán aportarse o practicarse en el proceso las pruebas pertinentes y conducentes que den cuenta del menoscabo real y efectivo sufrido por el colaborador de la Administración, como

⁴⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 15.600, C.P. Enrique Gil Botero.

condición imprescindible para acceder a los pedimentos económicos que lleguen a formularse por este concepto.

En relación con la mayor permanencia de obra, se encuentran probados estos extremos:

- El literal f) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 consagra el plazo total del contrato, y en los parágrafos primero y segundo, las reglas de la suspensión. Destaca el Tribunal lo concerniente a este último párrafo que indica que en ningún caso implicara la aceptación por parte del concesionario de una disminución de la retribución pactada para él, por lo tanto en estos casos el concedente hará reconocimientos al concesionario, para ello se tendrá en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión debidamente aprobados por el concedente, que incluirá la conjugación de los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante, así:

f) PLAZO TOTAL DEL CONTRATO.- *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. **PARAGRAFO PRIMERO: SUSPENSIÓN.** Podrá suspenderse temporalmente la ejecución del contrato por acuerdo de las partes, en forma total o parcial, por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o por la ocurrencia de hechos o situaciones que no sean imputables a **EL CONCESIONARIO y/o EL CONCEDENTE** que imposibiliten temporalmente o perturben gravemente la ejecución del contrato o parte de él. El tiempo de suspensión no se computará para el plazo extintivo del contrato. La suspensión se hará de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de un acta en donde conste el evento que la ocasiona. Cuando la suspensión total haya superado un término de seis (6) meses, las partes de común acuerdo podrán dar por terminado anticipadamente el contrato. Caso este último en que se procederá a su liquidación. Para el evento de poderse continuar, se establecerá el ajuste que corresponda al cronograma de las obras, costos adicionales que ello implique, y plazos para su cancelación, los que asumirá **EL CONCEDENTE**, en el caso de que las razones de la suspensión no sea imputable a **EL CONCESIONARIO** imputando su valor en el presupuesto de la vigencia que Corresponda a la época del ajuste, para ser pagada en esa vigencia, de no poderse trasladar a los propietarios de los predios beneficiarios del proyecto dicho valor. En caso de suspensión total o parcial del contrato el porcentaje de los recaudos por concepto de valorización correspondientes a la obra suspendida serán consignados en cuenta separada en el Fideicomiso a nombre de **EL CONCEDENTE** y si fuere el caso servirán para cubrir los costos que pueda generar la suspensión. **PARAGRAFO SEGUNDO:** En el evento de suspensión parcial o total del contrato en la etapa de construcción o recaudo, en ningún caso implicara la aceptación por parte del concesionario de una disminución de la retribución pactada para él, por lo tanto en estos casos el concedente hará reconocimientos al concesionario, para ello se tendrá en cuenta el valor del desequilibrio económico generado por la suspensión debidamente aprobados por el concedente, que incluirá la conjugación de los sobrecostos financieros, administrativos y de lucro cesante”.*

- El señor **MAYRON VERGEL ARMENTA** – representante legal de la interventoría del contrato- se pronunció en relación con el STANDBY así: (folios 497 al 517 tomo II cuaderno principal)

APODERADO DEL DISTRITO: Señor Vergel, hay una reclamación igualmente por parte de la parte Convocante, relacionado con el cálculo de un STANDBY que tuvo lugar en el año 2011, tiene usted conocimiento de esta circunstancia podría darnos alguna ilustración?

SEÑOR MAYRON: Bueno, nosotros contamos con todos los informes nuestros los, como el medio de prueba es la parte fotográfica, yo siempre he entendido en los 35 años que tengo de estar dirigiendo una empresa de interventoría que el STANDBY se da cuando la obra está en ejecución, cuando Usted aporta una gran cantidad de maquinaria y no la puede utilizar por factores externos, aquí no se ha dado esto. Aquí no ha habido maquinaria ahí en STANDBY, cuando se inició el proceso en diciembre, de común acuerdo la administración y ellos determinaron que por efectos de la lluvia suspendían en seguida y empezaban en enero, trabajaron 15 días en un descabelle, perdón una semana en un descabelle y luego volvieron a suspender en enero del 2012 y fueron a la interventoría y dijeron nosotros queremos terminar el descabelle durante una semana más con un BULLDOZER solamente y ahí estuvo trabajando el bulldozer y existen fotos de eso y existe un acta que ellos presentaron de 20 millones de pesos, nosotros le dijimos eso no vale 20 millones, creo que vale 7, 8 o 9 millones y se les aprobó de común acuerdo por nueve millones y esta la constancia también de eso. Entonces yo les digo yo no tengo conocimiento al menos que en esta obra haya habido STANDBY yo no creo que lo puedan probar”.

- La firma **ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A.**, rindió el dictamen en relación con el STAND BY de equipos, con lo que se demostró la presencia de maquinaria en la obra sin empleo:

b) STAND-BY DE EQUIPOS

Para establecer el costo de stand-by de un equipo es necesario conocer dos elementos, uno asociado al tiempo de espera del equipo y el otro inherente a su tarifa. Para indagar por el equipo empleado en la obra recurrimos a examinar el informe de interventoría No. 5, allí se indica que el equipo empleado por el contratista fue el siguiente:

EQUIPO	CANTIDAD
BULLDOZER D-6M XL	1
EXCAVADORA CAT 302 D	1
EXCAVADORA KOBELCO SK 201	1
VIBROCOMPACTADOR CAT CS54	1
CAMION DE VOLTEO	5

CAMION CISTERNA	2
-----------------	---

Al revisar la reclamación por stand-by del contratista encontramos que solicita reconocimiento de los siguientes equipos:

EQUIPO	CANTIDAD
BULLDOZER	1
EXCAVADORA	1
VIBROCOMPACTADOR	1

Como se observa los equipos sobre los que se reclama un reconocimiento de costos por STAND-BY coinciden con los que el interventor manifiesta estuvieron presentes en la obra.

Para determinar los tiempos de stand-by se examinaron los reportes de equipos que la Constructora Montecarlo emplea para registrar las horas de operación de la maquinaria (en el Anexo No. 5 se adjunta copia de los registros de los tiempos muertos registrados en la bitácora de equipos del contratista). Del examen realizado se pudo establecer que el tiempo de stand-by es el siguiente

EQUIPO	CANTIDAD
BULLDOZER	6
EXCAVADORA	1,8
VIBROCOMPACTADOR	4,4

Para determinar el valor del stand-by del equipo, recurrimos a consultar un referente de mercado, que nos permita cuantificar los tiempos de parada del equipo, en tal sentido hemos consultado las tarifas de alquiler de equipos similares, en la publicación especializada CONSTRUDDATA – diciembre 2013 febrero 2014 (guía especializada de precios del sector de la construcción, adjuntado como Anexo No. 6 el listado de tarifas), en esa publicación se presentan las siguientes tarifas

EQUIPO	UNIDAD	TARIFA
BULLDOZER	HORA	56.250
RETROEXCAVADORA	DIA	541.333
VIBROCOMPACTADORA /CILINDRO	HORA	40.600

Al ponderar los tiempos de stand-by por la respectiva tarifa obtenemos un stand-by de equipos de \$153.105.582 como se detalla en el siguiente cuadro

EQUIPO	TIEMPO STAN	B	TIEMPO EQUIVALENTE	TARIFA	VALOR STAND- BY
--------	----------------	---	-----------------------	--------	--------------------

	(Meses)			
BULLDOZER	6	1,440 HORAS	56.250	81.000.000
EXCAVADORA	1,8	54 DIAS	54.333	29.231.982
VIBROCOMPACTADOR	4,4	1056 HORAS	40.600	42.873.600
TOTAL STAND-BY				153.105.582

De acuerdo con la anterior respuesta del perito, para el Tribunal es claro que la Convocante efectivamente puso a disposición del proyecto la maquinaria mencionada en la respuesta del perito. En efecto, como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado analizada atrás, quedó probado que la maquinaria estuvo disponible y dedicada exclusivamente a la ejecución del contrato de concesión, por lo cual hay lugar a la indemnización del llamado *stand by* de la maquinaria, esto es, del periodo de tiempo en que maquinaria permaneció quieta e improductiva. Esta prueba la encuentra el Tribunal especialmente en la respuesta del perito y sus anexos, en los cuales se deja claro que la maquinaria real y efectivamente estuvo en el proyecto disponible para su uso durante toda la mayor permanencia derivada del incumplimiento de la parte Convocada.

En ese orden de ideas, en ejercicio de las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria, observada la respuesta del perito y los anexos que la soportan, de los cuales se corrió oportunamente traslado a las partes del proceso y no fueron controvertidos de manera alguna, encuentra el Tribunal que la presencia de la maquinaria y equipos en la zona de las obras está debidamente probada dentro del proceso, de tal manera que es procedente el reconocimiento por mayor permanencia.

Además, resalta el Tribunal que la presencia de esas máquinas y equipos en la ejecución del contrato era esperable de la conducta normal de un agente prudente, de un experto en la ejecución de obras como había probado serlo el contratista con los documentos anexos a su propuesta, pues era presupuesto necesario para iniciar inmediatamente la construcción de las obras.

Ahora bien, la valoración de los costos del *stand by* de la maquinaria producido por la mayor permanencia en la ejecución del contrato como efecto del incumplimiento de la parte Convocada de sus obligaciones contractuales, fue realizada por el perito con una metodología adecuada y con fundamentos serios en sus conclusiones, lo cual es razón suficiente para que el Tribunal tenga como probado el punto.

El Tribunal, entonces, concluye que están probados los perjuicios causados a la Convocante por causa de una mayor permanencia en la obra, los cuales según el dictamen rendido por la firma **INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.S.** están valorados en **CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$196.893.778).**

Por todo lo anterior, el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativas de la demanda arbitral, probada la pretensión sexta declarativa de la demanda arbitral y accederá a la declaración tercera de condena relativa a este concepto, la cual se logró probar en un valor de **CIENTO**

NOVENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$196.893.778). A su vez, se declarará no probada la excepción propuesta por la Convocada denominada “Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto a la adquisición y legalización de predios”.

V. EN CUANTO A LOS “ERRORES DE RIEGUE” POR PARTE DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y EL CONSECUENTE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA PARTE CONVOCADA

Posiciones de las Partes

La demandante en su pretensión sexta declarativa solicita que se reconozca que hubo errores de riego en el acto administrativo de distribución y liquidación de valorización y en las resoluciones de asignación individual del gravamen del Convocado, lo que implicó la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios que no fueron compensadas al Convocante como fue pactado en el Contrato y como consecuencia de ello pide en su pretensión cuarta de condena que se ordene al Distrito cancelarle las sumas por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios, resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, y demás que conllevaron a su modificación, y generaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato VAL 01 - 05.

La demandante apoya sus pretensiones por errores de riego en ocho (8) hechos, del 5.2.4.1 al 5.2.4.8, que el Tribunal resume de esta manera:

1. El Distrito de Cartagena de Indias, por la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008 distribuyó la suma de \$14.672.380.322, de las obras del componente vial del Proyecto, acto administrativo modificado luego por la Resolución No. 131 del 08 de agosto de 2008 por aspectos de forma, y cuya ejecutoria se le comunicó al contratista por los oficios VAL-DJ-7-2010-000857 del 09 de julio de 2010 y VAL-DJ-10-2010-001147 del 08 de octubre de 2010; y de resoluciones independientes en virtud de las cuales se distribuye y asigna la contribución por valorización de los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del Proyecto.
2. El demandante informó a la entidad contratante de inconsistencias en el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, que implicaría disminuciones en los gravámenes asignados, como también por peticiones de los contribuyentes, el **DISTRITO** tuvo que modificar la asignación individual de la contribución de valorización distribuida en el Proyecto, que cambiaron la asignación de gravamen impuesta inicialmente a los predios correspondientes, como lo muestra en la demanda, expidiendo estas Resoluciones: 4874 del 16 de septiembre de 2010; 3358 del 16 de mayo de 2011; 5493 del 20 de diciembre de 2011; 0964 del 01 de junio de 2012; 1035 del 13

de junio de 2012; 2731 del 13 de diciembre de 2012; 1874 del 22 de marzo de 2013.

3. Cita la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión, referente a la “Garantía de ingreso por valorización”, según la cual la entidad estatal como responsable del decreto, distribución y liquidación de la contribución de valorización, debe garantizar y compensar al contratista por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del Proyecto, por ello afirma que el Distrito tiene la obligación de cancelar las sumas que se llegaren a probar y según la demanda tales ERRORES DE RIEGUE ascendían a un total estimado de \$4.481.174.458,85
4. En su alegato de conclusión afirma que con las pruebas documentales aportadas a la demanda, así como la experticia rendida por INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A., se acreditó la existencia de los errores en la distribución del riego y su cuantía ascendió a \$3.788.210.050, oo. y acude a la cláusula 20 del contrato VAL 01-05, relativo a la GARANTIA DE INGRESO POR VALORIZACION.

El Distrito demandado excepcionó la *“Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato numero VAL 01–05 celebrado con la parte Convocada en cuanto al riego por valorización”*.

Expresó en su contestación a la demanda que la modificación a la resolución de riego obedeció a razones de fuerza mayor no imputables al Distrito; de cierta forma endilga la responsabilidad de ello al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos por dar datos confiables, con errores sobre la real cabida superficiaria de los predios, su ubicación, el propietario y hasta la tradición, fuentes de los errores de riego y ante las reclamaciones de los asociados fueron resueltas algunas veces a favor de los quejosos, pero en todo caso los retrasos fueron por causas ajenas al Distrito.

Estima que las pruebas recaudadas en el proceso ratifican los argumentos de defensa del Distrito, en el sentido que los errores que se presentaron obedecieron a su vez a los errores contenidos en los registros llevados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Cartagena respecto de las áreas de los lotes, su ubicación, linderos y medidas, propietarios o poseedores inscritos, títulos de adquisición, entre otros.

Consideraciones del Tribunal

El acto administrativo distribuidor de la contribución por valorización en el Contrato de VAL 01–05, fue la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), y el análisis de si hubo o no errores en dicho acto que implicaren disminución del total esperado por el contratista con el recaudo de las contribuciones individuales de los titulares de los predios, es un aspecto objetivo que no requiere mayores soportes analíticos, salvo lo concerniente a la falta de planeación previa del contrato, que por

ser ello del resorte del contratante, es responsabilidad de la entidad la consecuencia de ello, si probatoriamente resulta acreditado tal defecto técnico económico. Veamos qué se encuentra probado en ese sentido:

1. Se allegó al expediente el acto contentivo del “riegue del proyecto” o la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), mediante la cual se distribuyó entre los contribuyentes ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto la suma de **CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS PESOS M.L.C. (\$14.672.380.322)**, la cual fue objeto de diversas modificaciones a lo largo de la ejecución contractual, que se analiza en esta oportunidad. (folios 258 al 262 cuaderno 1 de pruebas documentales)
- Por el artículo tercero de dicho acto, se ordenó la asignación individual a cada propietario o poseedor conforme a la “tabla anexa” (la cual contiene entre otros aspectos el listado de cincuenta y siete (57) propietarios y poseedores y monto de gravamen). De manera textual dice el citado acto administrativo:

ARTÍCULO TERCERO: ASIGNACION.- *Asignar individualmente a cada propietario o poseedor, la contribución distribuida, conforme a la tabla anexa, la cual hace parte integral de este acto, identificada como ANEXO 1. TABLA DE RIEGUE Y ASIGNACIÓN INDIVIDUAL PROYECTO "OBRA PUBLICA CON DISEÑO DEL CONTRATISTA PARA LA CONSTRUCCION DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90 CON LA 90a, PARTIENDO DE LA INTERSECCIÓN CON LA VÍA MANZANILLO DEL MAR HASTA LA CORDIALIDAD, Y LA VÍA DE PENETRACIÓN DEL ANILLO VIAL A TIERRA BAJA HASTA EL PUNTO DE INTERSECCIÓN CON LA CALLE DE ACCESO AL PUEBLO, INCLUYE ILUMINACION".*

- Los asuntos relativos a la contribución por valorización, dentro de los que se encuentra su distribución y asignación individual, están regidos en lo particular por el Acuerdo 010 de dos mil cinco (2005) emanado del Concejo Distrital de Cartagena.
- Ahora bien, la Convocante reclama errores que a su juicio, tienen las calidades de aquellos regulados en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01 – 05 y que son susceptibles de ser recuperados por el concesionario, con cargo al contratante por ser este último el responsable del decreto, distribución y liquidación de la contribución por valorización. Sostiene la mencionada cláusula:

CLAUSULA VIGESIMA: GARANTÍA DE INGRESO POR VALORIZACIÓN.-*El CONCEDENTE se obliga a tener en firme la distribución de la contribución de valorización de los predios incluidos en la Zona de influencia del proyecto al momento de iniciar la Etapa de Construcción, de manera tal que al iniciar esta Etapa se pueda comenzar en forma simultánea la facturación y recaudo de acuerdo con el plan de pagos de Valorización anexo al contrato. EL CONCEDENTE como responsable de la decretación (sic), distribución y liquidación de la contribución de valorización*

garantizara y compensara al concesionario por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios como resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto. Este balance se efectuará trimestralmente a partir de la iniciación del cobro. Se contabilizará y pagará trimestralmente, con su respectiva tasa de interés moratorio conforme a lo establecido en este contrato. EL CONCEDEnte como delegatario de facultades para ejercer el cobro coactivo en caso de incumplimiento de pagos y acorde con los términos de las disposiciones que rigen para **EL CONCEDEnte** actuará con diligencia en las acciones de cobro coactivo, de tal forma que el Director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital o el funcionario asignado para el cobro coactivo se pronunciará en un término no superior a tres (3) días hábiles sobre la documentación que **EL CONCESIONARIO** le presente para solicitar el cobro coactivo de la Contribución. En caso de tener observaciones sobre la documentación se pronunciará dentro del mismo término. **EL CONCESIONARIO** podrá entonces efectuar las correcciones o ratificar su solicitud. El funcionario de cobro coactivo se pronunciará en definitiva en un término no superior a tres (3) días hábiles; en el evento de estar en desacuerdo se acudirá en forma inmediata a los procedimientos establecidos en las Cláusulas pactadas para solución de divergencias. Si por alguna circunstancia se guardare silencio sobre estas solicitudes **EL CONCEDEnte** se hará responsable de las sumas no cobradas”. –destacamos-

2. Así las cosas, el reclamo de la Convocante tiene su soporte en un pacto contractual, claro e inequívoco que sostiene que el concedente compensará cierto tipo de errores en el acto administrativo de distribución de la contribución. De lo expuesto en el clausulado, los siguientes son los requisitos para que el concesionario se haga acreedor de tales compensaciones: *(i)* debe tratarse de disminuciones individuales de la contribución; *(ii)* las disminuciones deben ser superiores al 0.5%; *(iii)* deben tener como causa uno de las siguientes: *(iii)* deficiencias en la factorización, *(iii)* deficiencia de áreas y, *(iii)* deficiencias en inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto.
3. Pese a la claridad de la cláusula contentiva de la reclamación hecha por la Convocante, la cual tiene igual soporte en los pliegos de condiciones⁴⁷⁵ que antecedieron el proceso de selección, del acervo probatorio emerge una discusión en relación con qué sujeto –sea contratante o contratista- debía asumir las deficiencias en los errores de riego. Así, en el informe rendido por el **ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO TURÍSTICO DE CARTAGENA** se dejó consignado lo siguiente:

*De otra parte, sobre el particular vale precisar que el mencionado Contrato de Concesión VAL 01 -05, los **estudios y diseños** estuvieron a cargo del Concesionario, y fue así como, en virtud de sus obligaciones y responsabilidades contractuales, quien contrató, entre otros, al consultor Alfonso Restrepo Márquez, para que realizara el estudio del riego de valorización, entregando mediante informe de fecha octubre de 2007, y que dio lugar a la Resolución No. 064 de 2008, por lo tanto mal puede reclamar beneficio de su propio error.*

⁶ Pliego de Condiciones, Licitación Pública No. VAL-01-05, numeral 1.1.11.: **GARANTÍA DE LA RECUPERACIÓN DE LA INVERSIÓN.**

4. Documentalmente, abonado con testimonios, se aprecia en cabeza de quién estaban radicadas las obligaciones relativas a los estudios y diseños, concluyéndose que **(i)** el concedente tenía la obligación de entregar un diseño –si se quiere preliminar, general o básico- del proyecto **(ii)** el concesionario tenía la obligación de revisar, modificar y ajustar bajo su criterio técnico y responsabilidad el diseño preliminar entregado por el concedente, **(iii)** el concesionario tenía la obligación de realizar los estudios y diseños definitivos del proyecto y **(iv)** al concedente la asistía la obligación de revisar, verificar y aprobar los estudios y diseños definitivos entregados por el contratista, y solicitar a este último las correcciones o complementaciones que surgiesen a su consideración.

5. Ahora bien, en relación con el estudio del riego, según lo consignado en los pliegos de condiciones, no hay duda alguna que resulta ser una obligación del contratante quien tenía que entregarlo al contratista. Tal precisión se desprende del numeral 2.1. **CONDICIONES TÉCNICAS** de Pliego cuando sostiene:

*“(..). Son obligaciones del **DISTRITO**:*

- *Revisar y aprobar; los diseños, estudios definitivos y especificaciones del proyecto elaborados por el contratista en los términos previstos en estos pliegos*

 - *Obtener la Licencia Ambiental y la aprobación del Plan de Manejo Ambiental del proyecto y cederlo al CONCESIONARIO. En caso de ser necesario realizar modificaciones a la Licencia Ambiental apoyar al Contratista en esta labor con el fin de que se realice en el menor tiempo posible*

 - *Entregar al contratista el estudio copia de los Estudios del riego adelantado por el Departamento de Valorización para el proyecto de Construcción de la vía transversal que une el anillo vial o ruta 90 a con la Cordialidad., partiendo de la intersección con la vía manzanillo del mar y la vía de penetración del anillo vial a Tierra Baja hasta la intersección con esta transversal, mediante el cobro de valorización de acuerdo a las funciones contractuales delegadas por el ALCALDE MAYOR, según lo dispuesto en el Decreto N° 0169 de marzo 08 de 2005.*
-
6. Vistas así las cosas, no tiene asidero lo expresado por la entidad contratante a través del informe rendido por su máxima autoridad. Lo anterior, sumado al hecho que entre las obligaciones de dicha entidad incluidas en la Cláusula Segunda, relativa a los plazos del contrato se dispuso: **“CLÁUSULA SEGUNDA: PLAZOS.- El contrato estará sometido a los siguientes plazos: (...) c) PARA LA ETAPA DE PROGRAMACIÓN: (...) 8. EL CONCEDENTE consolidará, en esta Etapa, el proceso de distribución y liquidación de la contribución de valorización, y efectuará las revisiones y aprobaciones”**.

7. Fluye nítidamente para el Tribunal la conclusión de que se encuentra probado que la consultoría para el riego fue elaborada por **ALFONSO RESTREPO MARQUEZ**, por haber sido aportado el respectivo informe al plenario, y además, por así disponerse en la parte considerativa de la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) que sostuvo “[q]ue para la asignación de la contribución se ha calculado la que le corresponde a cada uno de los inmuebles beneficiados con el proyecto, teniendo en cuenta el valor de la obra, el beneficio estimado, la capacidad de pago de los contribuyentes, los plazos y las formas de pago según el estudio realizado por el Consultor Ingeniero ALFONSO RESTREPO MARQUEZ, determinado en el informe final de fecha Octubre de 2007”. (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal, cuaderno 1 de pruebas documentales) Sin embargo, lo anterior no es razón para considerar que los riesgos producto de esa consultoría deben ser asumidos por el contratista, dado que tanto los estudios de riego como la distribución final es una responsabilidad del Distrito de Cartagena de Indias.

Del acervo referido se logró demostrar que mediante la Resolución No. 4874 del 16 de septiembre de 2010, la Resolución No. 3358 del 16 de mayo de 2011, la Resolución No. 5493 del 20 de diciembre de 2011, la Resolución No. 0964 del 01 de junio de 2012, la Resolución No. 1035 del 13 de junio de 2012, la Resolución No. 2731 del 13 de diciembre de 2012, y la Resolución No. 1874 del 22 de marzo de 2013, emitidas por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, se configuraron auténticos errores de riego.

8. De la experticia rendida por el perito Ingeniero Contable **ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES**, resaltamos lo que concluyó el informe:

c) ERRORES DE RIEGUE EN LA RESOLUCIÓN 064 DE 2008

El 27 de junio de 2008 el Departamento Administrativo de Valorización expidió la resolución No. 064 (copia de la cual se adjunta en el Anexo No. 7), dicha resolución fijó el valor de la contribución por valorización en \$14.672.380.322, cifra que debía ser aportada por los propietarios de 57 predios que se encontraban relacionados en dicha resolución.

Con posterioridad a la expedición de la resolución 064 algunos propietarios interpusieron recursos contra la misma alegando inconsistencias en la liquidación, como resultado de esto, obtuvieron reducciones significativas en la cuantía individual que a cada predio le correspondía a título de contribución por valorización.

La sumatoria de las partidas individuales que representan una reducción en el valor de la contribución asciende a \$1.520.166.410.85, como se puede observar en el siguiente cuadro (...)

Posteriormente el perito procedió a hacer el cálculo de los intereses, consignando en su informe:

A partir del valor determinado como diferencia \$1.520.166.410.85 entre lo que se esperaba

como gravamen y el valor resultante de deducir al valor de la resolución de riego las reducciones reconocidas mediante Resolución del D.A.V.D., se procede al cálculo de la respectiva actualización empleando la tasa del DTF + 6 puntos, como lo indica el contrato en el párrafo tercero de la cláusula trigésima tercera, así:

VALOR HISTORICO	ACTUALIZACION DTF+6	Vr. ACTUALIZADO
1.520.166.411	899.286.983	2.419.453.394

En lo concerniente a los intereses de mora, se aclara que los mismos se calcularon teniendo en cuenta los parámetros contemplados en la Ley 80 de 1993, por corresponder según los cálculos efectuados a los más bajos comparados con los bancarios y los comerciales, tal como lo indica el contrato en el párrafo tercero de la cláusula trigésima

Estos intereses se calculan hasta enero 13 de 2014 fecha del presente dictamen, así:

VALOR HISTORICO	INTERESES LEY80/93 TASA 12%
1.520.166.411	1.254.655.290

Así las cosas, el valor total para este ítem incluyendo indexación más intereses de moras asciende a la suma de \$3.674.108.648.

9. El valor a que se refiere el dictamen, fue objeto de actualización a corte de veintitrés (23) de abril de dos mil cuatro (2014), dando **TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL CINCUENTA PESOS (\$3.788.210.050)**.
10. Por último, dado que en el informe presentado por el ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA, dicha autoridad sostiene que “De acuerdo con la información que reposa en el Departamento Administrativo de Valorización sobre el tema son solicitudes para que el Distrito evalúe los posibles errores de riego, mas no solicitud de pago por dicho concepto, tampoco existe acto administrativo del DISTRITO donde se reconozca que las modificaciones sobre la gestión predial constituyan en efecto errores de riego, lo que corresponde al Convocante probar”, (folios 603 al 614 Tomo II del cuaderno principal); el Tribunal considera necesario aclarar que según la Cláusula Vigésima *ut supra* la garantía y compensación por los errores de riego debe ser promovida por el concedente, a quien sin perjuicio de reclamaciones o no, le correspondía el deber de efectuar balances de manera trimestral.

Por todo lo anterior el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativas de la demanda arbitral, probada la pretensión sexta declarativa de la demanda arbitral y accederá a declaración cuarta de condena relativa a este concepto la cual se logró probar en un valor de **TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL CINCUENTA PESOS**

(\$3.788.210.050), a corte de veintitrés (23) de abril de dos mil cuatro (2014). A su vez, se declarará no probada la excepción propuesta por la Convocada denominada “Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL 01 – 05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto al riego por valorización”.

VI. EN RELACIÓN CON LA ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO DE ACUERDO CON EL ÍNDICE DE INFLACIÓN

Posiciones de las Partes

Narra la Convocante en los hechos contenidos en el libelo introductorio que presentó propuesta por valor de \$10.113.515.077, los cuales fueron actualizados hasta el mes de agosto de dos mil diez (2010) con base en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, en la cual manifiesta que se consagró que el valor definitivo del contrato se actualizaría conforme al índice de inflación, desde el día del cierre de la licitación, hasta el día en que quedara en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización, dando como valor contractual a agosto de dos mil diez (2010) la suma de \$15.585.001.221,82. También expresa, que la diferencia entre el valor actualizado, y el valor ofertado, no ha sido cancelada por el concedente, pese a haber sido reconocida por el mismo.

Afirma que desde el día en que se realizó la actualización, ha transcurrido un tiempo en el que el valor del contrato, y los precios que sirvieron de base para su determinación, han seguido variando, presentándose un desequilibrio económico del contrato en perjuicio del concesionario, por lo que considera necesario actualizar el valor pactado hasta el inicio de la etapa constructiva del proyecto. Lo anterior, en cuanto afirma que el Contrato de Concesión VAL 01 – 05, carece de fórmulas de ajuste del precio distintas a la consagrada en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, y que por tanto el cuerpo negocial está desprovisto de mecanismos que protejan al contratista de situaciones como la expuesta. También manifiesta haber requerido al concedente a fin de revisar los precios del contrato, pero que este a su vez se negó a tal solicitud.

De lo anterior edifica su pretensión tercera declarativa, donde pide al Tribunal proceder con la revisión y ajuste de precios del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, por haber ocurrido, con posterioridad a su celebración circunstancias que han hecho más oneroso al contratista el cumplimiento del Contrato. Por su parte en su pretensión primera de condena, solicitó que como consecuencia de la pretensión primera declarativa, ruptura del equilibrio económico, segunda declarativa, indebida planeación y tercera declarativa, como consecuencia se condene al Convocado a cancelarle los reajustes de precios que logren restablecer la ecuación contractual inicialmente pactada, manteniendo constante el valor intrínseco de los costos del Contrato, el precio de la prestación contraída, ajustándolo en el *quantum* de la variación, modificación o fluctuación cierta de sus segmentos, factores, componentes o elementos determinantes, entre su celebración y ejecución.

El Convocado en la contestación de la demanda aceptó la fórmula contenida en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01–05, pero consideró falso el hecho de que el contrato se hubiese actualizado hasta el mes de agosto de dos mil diez (2010). De la suma

\$15.585.001.221,82, sostuvo que corresponde a un ejercicio financiero sin fundamento hecho por la Convocante, quien a su juicio pretende extender la fórmula pactada hasta el inicio de la etapa constructiva, lo que desconoce el mandato proscrito en el artículo 1602 del Código Civil. Adicionalmente, la Convocada sostiene que existen actas en las cuales el Contratista renunció a cualquier incremento económico producto de suspensiones. Las anteriores precisiones conllevan a la Convocada a solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Consideraciones del Tribunal

En cuanto a la revisión y ajuste de precios, como referencia histórica ilustrativa se cita el artículo 86 del Decreto-ley 222 de 1983 –antiguo Estatuto de Contratación:

Artículo 86. De la revisión de precios. *En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.*

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato.

El actual Estatuto de Contratación de la Administración Pública también reguló la posibilidad de adoptar sistemas de reajustes de precios, en aras de que las condiciones técnicas, económicas y financieras que se presenten durante la ejecución del contrato, sean equivalentes a las que el proponente tenía a la hora de realizar su oferta. Ello, más que ser una potestad de las partes o unilateral de la administración, es un derecho y deber de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal consagrados de manera especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993. Lo anterior a juzgar, porque tales disposiciones fueron incorporadas en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993 denominado precisamente “De los derechos y deberes de las Entidades Estatales”. Así, el legislador dispuso en los numerales 3º y 8º de esta disposición lo siguiente:

Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. *Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

(...)

3o. *Solicitarán las actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.*

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

(...)

8o. *Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”.*

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

Su fundamento recae en la conmutatividad del contrato estatal, que conlleva a que durante su ejecución, debe mantenerse o preservarse con la ecuación financiera contractual esa relación de igualdad o equivalencia durante toda la ejecución del contrato.

El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la interpretación de estas disposiciones. En una providencia determinó el alcance de las mismas, y sustrajo las condiciones para su operancia señalando:

La actual normatividad determinó entonces los siguientes parámetros para la revisión o reajuste de precios: i) el sistema está orientado a que se mantengan las condiciones no sólo económicas y financieras sino también técnicas; ii) el parámetro temporal para comparar si se quebrantó o no el equilibrio del contrato es al momento de formular la propuesta en cualquiera de los mecanismos de selección establecidos en la ley 1150 de 2007, excepto en la contratación directa en que se toma como referencia el momento de la celebración del contrato; iii) la fórmula o sistema puede ser o no matemática y, por lo tanto, son las partes las encargadas de pactar o acordar el respectivo mecanismo a través de su incorporación en el clausulado del contrato, y iv) sólo se puede aplicar la fórmula si el contrato se encuentra en ejecución, puesto que el propósito o la finalidad del sistema es evitar que se amenace el desarrollo de la obra o la prestación del servicio⁴⁷⁶.

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

⁴⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 15.666.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado:

*La Sala retomará la regulación en materia de revisión de precios prevista en el artículo 86 del decreto ley 222 de 1983, se concluye que la revisión de precios refiere a la variación de los factores que determinan los costos en los contratos celebrados a precio global o unitarios; **en cuyo caso prevé la revisión de precios con el objeto de evitar que esta variación imponga al contratista una carga anormal en el cumplimiento de su prestación. Genéricamente, frente a las variaciones de los precios, deben hacerse tres precisiones: de una parte que la ausencia de pacto de revisión de precios en el contrato no impide que judicialmente se pueda hacer su estudio, a petición del afectado. Debe diferenciarse en uno y otro caso cual es la solución.** Cuando las partes pactan la revisión de precios, dentro de límites fijados por la ley, y acaece un hecho sobreviniente que en su criterio da lugar a la aplicación de la cláusula de revisión de precios, si hay lugar a ello, deben consignar el acuerdo en actas, que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice a que refiere la norma transcrita. Cuando las partes no pactaron la cláusula de revisión de precios, el afectado puede asistir al juez del contrato para pedir la declaración del hecho de la variación (hecho objetivo) y su incidencia en el afectado (hecho subjetivo) y solicitar, en consecuencia su indemnización de los perjuicios padecidos. **De otra, que para el reconocimiento de perjuicios, en vía judicial, no basta que el afectado solicite: 1) la declaración del hecho del perjuicio en su contra y 2) la consecuente indemnización; es necesario, además, que demuestre en el proceso, ante el juez, la real variación negativa de los precios (hecho objetivo), la incidencia de esta variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación le produjo. Y finalmente, en relación con el estatuto contractual anterior que aunque para el ajuste de precios tratado en artículo 86 del decreto ley 222 de 1983 se autorizó el pacto de fórmulas contractuales (matemáticas o no), el legislador extraordinario no las reguló en sí mismas, vacío que suplen las partes dentro de la autonomía de la voluntad y respetando las bases de la realidad económica. Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. **Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico.*****⁴⁷⁷ (Negrillas adicionales).

⁴⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578, M.P.

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

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

María Elena Giraldo Gómez.

puede concluir que el demandante no puede sacar avante la reclamación.⁴⁷⁸
(Se destaca).

“En esa perspectiva, la inflación al margen de ser un hecho que puede ser previsible sí puede afectar la economía del contrato estatal y, por lo tanto, en estos supuestos habrá lugar a verificar si la fórmula de ajuste de precios reconoce o tiene en cuenta ese factor económico para la actualización de los valores. En caso contrario, si el sistema adoptado por las partes no tiene en cuenta los índices de precios al consumidor o al productor y se logra acreditar que el proceso inflacionario afectó la ecuación financiera del negocio, será procedente decretar el restablecimiento de la misma.

De igual manera, resulta pertinente diferenciar el reajuste de precios con la indexación o actualización monetaria, puesto que lo que pretende ésta es traer a valor presente a la fecha de pago las sumas que fueron acordadas al momento de celebración del contrato, es decir, en este último escenario se procura que al instante del cumplimiento de la obligación de pago el valor efectivamente cancelado refleje la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Contrario sensu, la fórmula de reajuste de precios atiende a que se mantengan las condiciones de los componentes esenciales del precio del negocio jurídico, de tal suerte que las variaciones significativas que operen en los factores determinantes del mismo sean reconocidas a efectos de no desequilibrar la ecuación financiera del contrato.

Así las cosas, al margen de que la Sala haya reconocido la posibilidad de que a partir de un proceso inflacionario significativo se torne imprescindible restablecer el equilibrio financiero del contrato cuando la fórmula de reajuste de precios no contempla los índices respectivos de medición (v.gr. IPC, IPP) certificado por el DANE, lo cierto es que para efectos de que proceda ese reconocimiento también ha fijado una serie de exigencias así:

En relación con la revisión de precios invocada por el contratista y en cuanto a la pretensión de que se declare roto el equilibrio financiero del contrato estatal porque el incremento de insumos y de material le generó pérdidas considerables, la Sala considera que, no obstante que obran las comunicaciones aludidas que dan cuenta de tales incrementos, las mismas no resultan suficientes para concluir que la cláusula de ajuste fue insuficiente para compensarlos.

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

*En efecto, sólo es dable revisar la cláusula de ajuste o proceder a la revisión de precios si se demuestra que hubo situaciones económicas graves que la hicieron ineficaz.⁴⁷⁹ **Dicho en otras palabras, la revisión de los precios sólo es dable cuando el contratista demuestra dos supuestos: el alza exagerada de elementos o insumos y la ineficacia de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato para contrarrestarla.***

Es cierto, como lo aduce el demandante, que “dicha fórmula no garantiza siempre el restablecimiento de la ecuación económica del contrato”, porque puede ocurrir que no obstante la actualización de los precios lograda con la aplicación de la fórmula de ajuste, la realidad económica del contrato se desborde y sea procedente la revisión de los precios del contrato.

En el caso concreto los peritos afirmaron que los precios de los insumos se incrementaron considerablemente; al efecto anexaron documentos que dan cuenta de precios iniciales y finales con diferencias importantes. Pero ello no resulta suficiente para determinar la revisión de la cláusula de ajuste, toda vez que era indispensable probar que ésta no resultó suficiente ni adecuada para mantener el equilibrio financiero del contrato⁴⁸⁰.

Por lo tanto, a efectos de reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera y económica de un contrato en circunstancias como la analizada, esto es, por insuficiencia de la fórmula de reajuste de precios, será requisito sine qua non que se establezca en el proceso lo siguiente: i) el incremento significativo de los valores de los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato (v.gr. elementos, mano de obra, materiales, etc.) por cualquier razón económica o del mercado, y ii) la inopia del sistema o fórmula acordada por las partes en el contrato para reajustar las modificaciones a esos precios.⁴⁸¹

Para el Tribunal es claro que mediante la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05 se estableció una fórmula de actualización del costo de la inversión que se tomaría como valor definitivo contrato, al señalar: (cuaderno 1 de pruebas documentales)

CLAUSULA TERCERA: VALOR DE CONTRATO.- *Para efectos tributarios el contrato tendrá un valor indeterminado. No obstante el valor real de las inversiones estará*

⁴⁷⁹ En este sentido se pronunció la Sala en sentencia 13682 del 22 de febrero de 2001; actor: Pablo Emilio Miranda Torres.

⁴⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10883, M.P. Alier E. Hernández.

⁴⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2010, exp. 17663. M.P. Gil Botero Enrique.

constituido por la suma de los valores de los siguientes ítems: Revisión de estudios y diseños, construcción vial, gerencia del proyecto, ejecución del plan ambiental, interventoría, supervisión, control de calidad, gestión y adquisición de predios, costos de recaudo de la contribución, costos operativos del proyecto, utilidades, imprevistos, impuestos y gravámenes. En todo caso el costo de la inversión es la suma señalada, expresada en la oferta del contratista, más la inflación transcurrida entre la fecha del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización. **PARAGRAFO PRIMERO:** Los valores de los ítems del contrato, mantendrán fijos los porcentajes de imprevistos, utilidades y el recaudo cobrado por la fiducia, consignados en la propuesta de **EL CONSESIONARIO. PARAGRAFO SEGUNDO:** El valor definitivo del contrato se actualizará conforme al índice de inflación desde el día del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización”. –Destaca el Tribunal-

Conforme a lo anterior, el valor del contrato se actualizaría, desde el cierre de la licitación, hasta el día en que quedara en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización.

Sobre lo anterior no hay discusión, a tal punto que es una precisión aceptada por la parte Convocante, por la Convocada y por la interventoría del proyecto.

Así, la parte Convocada en su contestación reiterativamente sostuvo:

5.2.1. Hechos referentes a la revisión y ajuste de precios.

(...)

Tercero: No es cierto. Expresamente los contratantes pactaron que el precio se actualizaría desde el día del cierre de la licitación (02) de junio de 2005) hasta el día en que quedara en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización (...)
(...)

Séptimo: Es falso. Insistimos en que la fórmula para liquidar el precio del contrato se encuentra claramente estipulada en la Cláusula Tercera del mismo, razón por la cual los contratantes se deben ajustar a sus precisos términos. Son ajenas a la ley del contrato las aspiraciones del Convocante mediante las cuales se pretende a través de este Tribunal modificar el alcance de la Cláusula Tercera donde se fija una fórmula para determinar el precio del contrato (...)
(...)

Octavo: No nos consta. Pero en todo caso existe un compromiso válido entre las partes contratantes vertido en la Cláusula Tercera del contrato según el cual para calcular el precio del contrato solamente se tomará en cuenta el plazo transcurrido entre el día del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización. (...)

(...)

Duodécimo: *Es cierto. La posición del Departamento Administrativo de Valorización Distrital se encuentra acorde con los planteamiento de defensa expresados por el Distrito de Cartagena según los cuales la fórmula para establecer el precio del contrato de Concesión VAL 01-05 es la contenida en la Cláusula Tercera del mismo, no siendo posible acceder a cualquier pretensión que busque liquidar el precio de una forma diferente*. –Se subraya por el Tribunal-

También es aceptada la Convocante. Los siguientes son los fundamentos de dicha aseveración:

- Oficio de once (11) de junio de dos mil nueve (2009) enviado por el concesionario al Departamento Administrativo de Valorización Distrital:

Asunto: Riego en Firme

(...)

Lo anterior es importante porque el proyecto hay que actualizarlo con el IPC hasta la fecha en que quede en firme la Resolución distribuidora de la contribución por Valorización de acuerdo con lo expresado en la CLÁUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO – PARÁGRAFO SEGUNDO –exaltamos-

- Oficio de diecisiete (17) de junio de dos mil nueve (2009), mediante el cual el concesionario manifestó al Departamento Administrativo de Valorización Distrital lo siguiente:

2. ENTREGA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL RIEGUE Y DESIGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN EN FIRME.

- *La Resolución No. 064 expedida el “27 de Junio del 2.008” y las Resoluciones individuales de cada uno de los predios que se les asigna la contribución de valorización, no han sido entregados en firme por el Departamento Administrativo de Valorización, es decir han transcurrido un año, cuyo término para notificar puede llegar a un término máximo de seis meses. Sin la entrega de los actos administrativos no se puede dar por terminada la etapa de diseño y programación y dar inicio a la etapa de construcción, facturación y recaudo, demora que conlleva a la actualización del valor del contrato, conforme a lo estipulado en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión referido*.- resaltamos-

Lo propio sostuvo el representante legal de la interventoría en la declaración testimonial rendida en el curso del trámite arbitral, así:

- Testimonio de **MAYRON VERGEL ARMENTA: (folios 497 al 517 tomo II del cuaderno principal)**

- **APODERADO DEL DISTRITO Dr. Adelmo Schotborh:** *Señor VERGEL habla Usted del precio del contrato y lo estima en 11 mil millones de pesos aproximadamente, 11.900 dentro de las pretensiones de la demanda se está solicitando la actualización del precio del contrato, conoce Usted como representante de la interventora los fundamentos de esa reclamación y tiene una opinión sobre esa petición?*

- **SEÑOR MAYRON:** *El mismo contrato de la Vía 90 estipula que los precios que estaban a 2006 deben actualizarse una vez está en firme la resolución de riego, la resolución de riego quedó en firme en el 2010, y esa actualización se hizo hasta cuando quedó en firme la resolución de riego, hasta ahí lo permite el contrato. Eso dio más o menos 900 y pico de millones, nosotros revisamos eso porque VALORIZACIÓN, pidió que nosotros también revisáramos eso, y en su momento, tengo entendido que la entidad hizo su acta con VALORIZACIÓN y ahí quedó consignado el ajuste que estipula el contrato una vez quedara en firme la resolución de riego. De todas maneras usted sabe que eso está a precio de 2006 si surgen ítems nuevos que pueden surgir en la ejecución de una obra, ya la liquidación no se hará a precios del 2006 sino que tendrá que hacerse a precios corrientes de la fecha en la cual se apruebe cualquier modificación a la obra. Nosotros sabemos que en todas estas obras civiles se presentan mayores y menores cantidades de obras que pueden ser compensadas, si no hay como compensarlas hay que valorarlas al valor presente, si hay ítem diferentes al presupuesto inicial y esos si hay que valorarlos a valor presente”-se resalta-*

Ahora bien, la cláusula en cita se trata de una fórmula de actualización del contrato tendiente, como se señaló en las providencias enunciadas previamente, a compensar mediante la corrección del valor el efecto inflacionario de la moneda, trayendo a valor presente las sumas que fueron acordadas al momento de la celebración del contrato. Si bien la actualización tiene lugar en la mayoría de los casos hasta que se efectúe el pago del valor pactado, en el caso del Contrato de Concesión VAL 01 - 05, la actualización tiene un límite igualmente contractual que llega hasta que se predique la firmeza de la resolución distribuidora de la contribución por valorización.

1. Determinación de si la fórmula de actualización pactada cumple realmente con el fin propuesto

Dado que el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera señala que “[e]l valor definitivo del contrato se actualizará conforme al índice de inflación desde el día del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización”, para llegar a una conclusión certera en el asunto que nos ocupa, resulta preciso determinar cuál es **el valor objeto de actualización**, cuál fue **la fecha del cierre de la licitación**, y en qué fecha se produce **la firmeza de la resolución distribuidora de la contribución de valorización**, a lo cual se procederá acto seguido:

a. El valor objeto de actualización

Recordemos que al tenor de lo pactado en la Cláusula Tercera, el valor del contrato tendría un **valor indeterminado**, pero en todo caso es la suma **expresada en la oferta del contratista**, más la inflación según la fórmula pactada en el párrafo segundo de la misma cláusula. A su vez, este valor que comprendería la revisión de estudios y diseños, la construcción vial, la gerencia del proyecto, la ejecución del plan ambiental, la interventoría, la supervisión, el control de calidad, la gestión y adquisición de predios, los costos de recaudo de la contribución, los costos operativos del proyecto, las utilidades, los imprevistos, los impuestos y los gravámenes; todo lo anterior según hubiese ofertado el contratista, pero actualizado desde el cierre de la licitación, hasta la obtención de la firmeza de la resolución distribuidora de la contribución de valorización.

La determinación del valor a actualizar, inicia entonces con lo ofrecido por el contratista en su oferta económica en el curso del proceso licitatorio.

No reposa en el acervo probatorio la oferta del contratista, más sí existe documentación mediante la cual el Tribunal puede inferir que tal oferta en el aspecto económico ascendía a la suma de **\$10.113.515.077**. Así, reposa en las siguientes actas de suspensión y reinicio suscritas por las partes entre octubre de dos mil cinco (2005) hasta diciembre del año dos mil siete (2007), que confrontan que tal era el valor contractual:

- “*ACTA DE SUSPENSIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001 – 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN*”, de fecha tres (3) de octubre de dos mil cinco (2005).

**“(…) CONTRATANTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN
DISTRITAL**

CONTRATISTA: CONSORCIO VIAL CARTAGENA

VALOR: \$10.113.515.077

PLAZO: 6 meses (...) –se destaca-

- “*ACTA DE REINICIO DE CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001 – 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN*”, de fecha veintiún (21) de febrero de dos mil seis (2006).

**“(…) CONTRATANTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN
DISTRITAL**

CONTRATISTA: CONSORCIO VIAL CARTAGENA

VALOR: \$10.113.515.077

PLAZO: 6 meses (...) –resaltamos-

- “ACTA DE SUSPENSIÓN No. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001 – 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN”, del diecinueve (19) de mayo del año dos mil seis (2006).

**(...) CONTRATANTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN
DISTRITAL**

CONTRATISTA: CONSORCIO VIAL CARTAGENA

INTERVENTOR: AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A.

VALOR: \$10.113.515.077

PLAZO: 6 meses (...) –subraya el Tribunal-

En los mismos términos en cuanto al valor se refiere, quedó consignado en el “ACTA DE REINICIO No. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001 – 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN” de fecha cinco (5) de septiembre de dos mil seis (2006), “ACTA DE SUSPENSIÓN No. 3 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001- 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN” de fecha veinte (20) de septiembre del año dos mil seis (2006), “ACTA DE REINICIO No. 3 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001 – 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN” del quince (15) de diciembre del año dos mil seis (2006), “ACTA DE SUSPENSIÓN No. 4 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001- 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN” del quince (15) de agosto del dos mil siete (2007), “ACTA DE REINICIO No. 4 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001- 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN”, del quince (15) de octubre del año dos mil siete (2007), y “ACTA DE SUSPENSIÓN No. 5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL – 001- 05 ETAPA DE PROGRAMACIÓN”, del dieciséis (16) de diciembre del año dos mil siete (2007).

Lo anterior, guarda relación con lo sostenido por la Dra. **LIGIA CECILIA BERMUDEZ SAGRE** en su declaración testimonial: (folios 579 al 601 tomo II del cuaderno principal)

Testigo DRA. BEMÚDEZ: a la llegada al cargo de directora de Valorización, encontré que se había suscrito en el año 2005, como Usted lo dijo, el contrato de concesión VAL 01 del 2005, luego de surtirse un proceso de licitación pública, en el cual se suscribió el contrato como tal con el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, estaba conformado por la firma CICON S.A, MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES Y CONSTRUCCIONES HILSACA, el objeto de este contrato era una obra pública con diseños del contratista, de una vía de la construcción de una vía denominada RUTA 90 cuya longitud era de 8 km 86 metros. Este contrato comprendía entre sus actividades una revisión de los estudios y los diseños definitivos en la construcción de la vía, la gerencia del proyecto, la ejecución del plan de manejo ambiental, la interventoría, supervisión, control de calidad, la gestión

y adquisición de predios, todos los costos del recaudo de la contribución de valorización, los costos operativos del proyecto, las utilidades, imprevistos, impuestos y garantías. El valor de este contrato fue indeterminado y se determinó, o sea se pactó en el contrato que el costo de la inversión fue la señalada en la propuesta que era la inflación que transcurría desde el cierre de la licitación, hasta que quedara ejecutoriada la resolución del riego de valorización que debía hacer en este caso el Departamento Administrativo de Valorización.

Esto tuvo, en la propuesta inicialmente se fijó que era en \$10.113.515.000.000 de pesos. El riego de valorización se dio mediante la resolución 064 del 27 de junio de 2008, en ese pues determinó el valor, en este caso nosotros como concedentes, cumplimos con la obligación de proferir el acto administrativo que determinaba cual era el riego de valorización (...). -se subraya-

De manera que para el Tribunal resulta claro que el valor que sirve de parámetro para el cálculo de la actualización, es el presentado por el contratista al momento de efectuar su oferta económica, aunque se hayan reconocido otros valores dentro de la ejecución contractual, pues es el primero el que guarda consonancia con la fecha del cierre de la licitación que se toma como constante a fin de efectuar el cálculo según el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera, y hechas las inferencias y análisis del caso, el Tribunal encuentra probado que es la suma de **DIEZ MIL CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.113.515.077).**

FECHA DE CIERRE DE LA LICITACIÓN. Según el cronograma del numeral 1.2. Del Pliego de Condiciones se previó para el 17 de junio de 2005. La misma fecha se palpa en el numeral 1.2.8. Del mismo documento, en el que se dispuso:

1.2.8 CIERRE DE LA LICITACIÓN – ENTREGA DE PROPUESTAS

El cierre de la Licitación, entendido como el límite para la entrega de las propuestas, se realizará en las oficinas del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias, localizado en el barrio manga calle N26 No. 16-50 (Avenida Lácides Segovia, el día 17 de junio a las 2:00 p. m. Entregándolas personalmente o por su delegado, previa inscripción a la planilla de PROPUESTAS RECIBIDAS, acción con la que se entiende entregada la propuesta (...) -se subraya-

El Tribunal considera que el documento idóneo para acreditar la fecha en comento es precisamente el Pliego de Condiciones, de manera que sobre la fecha del cierre no hay discusión. Para el Tribunal se encuentra probado que corresponde al **diecisiete (17) de junio de dos mil cinco (2005).**

- b. Fecha de firmeza de la resolución distribuidora de la contribución de valorización.** En este punto no existe consenso entre las partes, y en razón a lo anterior, es labor del Tribunal entrar a determinar desde qué fecha se puede predicar la misma, para lo cual resulta menester tener meridiana claridad sobre: *(i)* Las generalidades sobre la contribución por valorización:

antecedentes del tributo y noción sobre su distribución; y *(ii)* el acto administrativo mediante el cual se realizó la distribución de la contribución de valorización para el proyecto objeto del Contrato de Concesión VAL 01 – 05

(i) Generalidades sobre la contribución por valorización: antecedentes del tributo y noción sobre su distribución

— *Antecedentes del tributo*

En el ordenamiento jurídico colombiano ha venido incorporando en distintas normas lo relativo al financiamiento de obras públicas a través del tributo por “valorización”. Las normas primigenias lo consideran como un impuesto. Hoy en día se considera una contribución.

Un primer antecedente normativo se incorporó a través de la Ley 25 de 1921, la cual creó el “impuesto directo de valorización” sobre propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, destinado exclusivamente a la financiación de dicha obra.

Posteriormente, la Ley 113 de 1937, definió el impuesto de valorización como aquel que comprende el mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de calles, ya sea que el municipio las realice con fondos propios o con auxilios de la nación o departamentos.

La Ley 1º de 1943 también regulo aspectos en la materia, pero en estricto sentido, estableció algunas particularidades relativas a los mecanismos de expropiación, estando al frente de un supuesto que comprendiera la imposición del impuesto de valorización.

Por su parte, el Decreto Legislativo 868 de 1956, reguló específicamente la materia y dispuso que ciertos municipios podrían establecer, reglamentar, distribuir y recaudar el entonces denominado impuesto de valorización, para la ejecución de planes de obras, tanto en áreas rurales como urbanas, mediante un procedimiento especial de liquidación y distribución, con base en la capacidad económica de la tierra, establecida mediante coeficientes según su nivel o valor económico.

La Ley 25 de 1959, reguló el deber de incluir en el costo de las obras, el valor de los estudios y construcción, intereses y los gastos de administración, sosteniendo que dicho gasto debe ser repartido entre los propietarios en proporción al beneficio que se recibe.

Como antecedente normativo importante, se incorporó el Decreto Legislativo 1604 de 1966, el cual se constituye en una ley marco de la contribución de valorización en Colombia. Fue adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, y posteriormente el Código de Régimen Político y Municipal contenido en el Decreto 1333 de 1986, recogió la citada normatividad. Convierte el “impuesto” en “contribución”, haciéndolo extensivo a todas las obras de interés público que ejecute la nación, los departamentos, municipios y cualquier otra autoridad de derecho

público, que beneficien a la propiedad inmueble.

Posteriormente, el Decreto 3160 de 1968, modificado por el Decreto 154 de 1976, reorganizó el Ministerio de Obras Públicas, e introdujo modificaciones a los artículos 5º y 7º del Decreto 1694 de 1966, relativos a las funciones del “Consejo Nacional de Valorización” y a la estructura de la “Dirección Nacional de Valorización”, quedando a salvo las disposiciones referentes a los recursos administrativos en la vía gubernativa y al procedimiento para su ejercicio.

Por medio del Decreto 1394 de 1970, se reglamentan las normas de valorización contenidas en el Decreto 1604 de 1966. Estableció que las contribuciones de valorización podrán distribuirse por la totalidad de la obra, por sectores de la misma o por varias obras que integren planes de desarrollo de una zona o región. Determinó el plazo para el cobro de la contribución, en obras ya ejecutadas, hasta cinco (5) años después de la terminación de la obra. Definió lo que es beneficio. Permitted el cobro de la contribución antes de la ejecución de la obra, durante su construcción o una vez terminada. Determinó que si exigiese contribuciones de valorización y la obra no se iniciare en un período de dos (2) años o se suspendiere por dos (2) años, deberán devolverse las contribuciones. Determinó los requisitos para ser representantes de las obras. Determinó las cuotas de mora en el pago de la contribución. Limitó la contribución al valor del beneficio que el proyecto produzca a cada uno de los inmuebles que han de ser gravados. Señaló que el manejo de la contribución nacional de valorización estará a cargo del Consejo Nacional de Valorización. Creó la estructura orgánica de la División Nacional de Valorización. Reglamentó la inscripción de las contribuciones en las oficinas de registro de instrumentos públicos. Reglamentó la materia de los recursos procedentes. Reglamentó la jurisdicción coactiva. Reglamentó el fondo rotatorio nacional de valorización.

Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, se cuenta con la Ley 105 de 1993, o Ley de Transporte, mediante la cual se establecieron los mecanismos de recuperación de inversión para vías en concesión, tales como la utilización de peajes y/o cobros por valorización, y de mecanismos financieros de largo plazo tales como la titularización de los activos. Se permitió a la Nación otorgar garantías con recursos de la entidad respectiva, tales como garantías de ingreso mínimo.

Es de resaltar que muchas de las normas citadas antes de la Constitución Política tienen vigencia en la actualidad, pero han de interpretarse conforme a los nuevos postulados del Estado Social de Derecho. En las líneas siguientes se expondrán algunas circunstancias relativas a la distribución de la contribución por valorización.

— ***Noción sobre la distribución de la contribución por valorización***

Como se señaló, la forma como se concibe hoy en día la valorización, es como una contribución, y no como un tributo. Sobre el punto la Corte Constitucional ha señalado que “[l]a contribución de valorización no es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas, sino un sector de la población que está representado por los propietarios o poseedores de inmuebles que

se benefician, en mayor o menor grado, con la ejecución de una obra pública”⁴⁸².

Precisado lo anterior, se torna importante lo normado por nuestra Constitución Política a través de su artículo 338, el cual impone entre otros aspectos el principio “no hay tributo sin previa ley”, el cual se hace más fuerte si el tributo es una contribución, cuando sostiene:

“Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”. –se resalta.

En relación con la distribución de las contribuciones por valorización, un primer aspecto de orden Constitucional se pone de presente cuando se radica en cabeza de la ley, las ordenanzas o los acuerdos, la forma de hacer su reparto. Para tal efecto, de las normas reseñadas en el acápite anterior “Antecedentes del tributo”, las siguientes, vigentes en la actualidad, consagran sus particularidades:

- El Decreto 868 de 1965 “Por el cual se dictan normas sobre el Impuesto de Valorización”. Destacamos de esta norma los artículos 1º y 2º que rezan:

Artículo 1º. Autorízase a los Municipios que tengan rentas anuales propias superiores a dos millones de pesos, para establecer, reglamentar, **distribuir** y recaudar el impuesto de valorización de que trata la Ley 1 a. de 1943, con fundamento en la capacidad económica de la tierra, calificada por medio de coeficientes iguales para zonas de un mismo nivel o valor económico.

Artículo 2º. El Impuesto de valorización podrá **distribuirse** en la totalidad del ~~área~~ urbana y de la rural o en una parte cualquiera de esta y aquella o aisladamente en una u otra. Los coeficientes expresivos del valor o nivel económico de las zonas urbanas se

⁴⁸²Corte Constitucional. Sentencia C-903 del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

fijaran en cada Municipio en razón de la utilización del terreno en cada zona, los servicios públicos que las beneficien, su productividad virtual, el valor comercial de los terrenos y los demás factores que, a juicio de las dependencias administrativas o juntas asesoras que los Municipios establezcan en aplicación a lo dispuesto en este Decreto, permitan estimar objetivamente la capacidad económica de la tierra” –exaltamos-

- El Decreto Ley 1333 de 1986 “Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”, el cual señala en su artículo 235:

Artículo 235. El establecimiento, la **distribución** y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad Nacional, departamental o municipal que ejecuten las obras, y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente”. –resaltados nuestros-

- En el caso particular del Distrito de Cartagena, conforme un desarrollo del principio de la autonomía territorial, existe **norma especial** adoptada mediante el Acuerdo **No. 010 del veinte (20) de mayo de dos mil cinco (2005) emanado del Concejo Distrital de Cartagena de Indias**, que contiene el Estatuto de Valorización del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

El artículo 9⁰⁴⁸³ de esta norma especial, señala que el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, dependencia adscrita al despacho del Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, es la entidad encargada de realizar las operaciones y actuaciones administrativas de cálculo, liquidación, distribución y cobro de la Contribución de Valorización, por obras o planes de obras ordenadas por este sistema, ya construidas, en construcción o que se vayan a construir. También, el inciso 2º del artículo 44⁴⁸⁴ ibídem, atribuye la competencia al Departamento Administrativo de Valorización, para asignar mediante acto administrativo, el gravamen — contribución de

⁴⁸³Acuerdo 010 de 2005 del Concejo Distrital de Cartagena. **Artículo 9º.-Dependencia encargada del manejo.-** El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, dependencia adscrita al despacho del Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, realizara las operaciones y actuaciones administrativa del cálculo, liquidación, distribución y cobro de la contribución de Valorización, por obras o planes de obras ordenadas por este sistema, ya construidas, en construcción o que se construyan.

⁴⁸⁴**ARTÍCULO 44º.- Censo predial.-** Para facilitar la denuncia El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, elaborará un precenso predial con los datos suministrados por El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y demás entidades competentes, el cual dará a conocer ampliamente a los potenciales beneficiados para que puedan participar en el inicio del proceso de valorización.

Con bases en las confirmaciones o modificaciones que contenga cada denuncia, El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, conformará el censo predial y los datos resultantes serán los que utilizará para la liquidación, distribución y notificación de las contribuciones. En consecuencia, serán imputables al contribuyente los errores que tengan como origen la omisión de hacer la denuncia del predio, o las equivocaciones en que este incurra al hacerla.

valorización, teniendo en cuenta los datos consignados en el censo predial. Por último, el artículo 48 del mismo acuerdo, atribuye la competencia al Departamento Administrativo de Valorización, para repartir el monto distribuible entre los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia y se aplicará a cada uno de los inmuebles individualizados, el cual se llamara irrigación.

El Capítulo Segundo del Acuerdo 010 de 2005 denominado “*De la distribución de las contribuciones y del monto distribuible*”, normó las reglas básicas según las cuales se llevarían a cabo las distribuciones de la contribución por valorización en el Distrito de Cartagena. Su texto señala:

“CAPITULO SEGUNDO: DE LA DISTRIBUCION DE LAS CONTRIBUCIONES Y DEL MONTO DISTRIBUIBLE

ARTÍCULO 45°.-Definición.- *Se entiende por distribución, el proceso mediante el cual se determinará el presupuesto o costo de la obra, el monto y el método de distribución, la fijación de los plazos y formas de pago, con el fin de determinar la contribución que deba pagar cada propietario o poseedor de los inmuebles beneficiados con la obra, plan o conjunto de obras ordenadas por el sistema de valorización.*

ARTÍCULO 46°.- Monto distribuible.- *La sumatoria de todos los costos inherentes a la ejecución de la obra, plan o conjunto de obras ordenadas por el Concejo Distrital equivale al gravamen o contribución total a irrigarse dentro de la zona de influencia, y se denomina el monto distribuible.*

PARAGRAFO: *Si la contribución se distribuye antes de realizarse la obra o durante su ejecución, se determinara con base en el presupuesto. En este caso una vez terminada y liquidada la obra, El Departamento Administrativo de Valorización Distrital determinara si la contribución debe reasignarse.*

ARTÍCULO 47°.- Irrigación total o parcial.- *El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, deberá irrigar total o parcialmente el monto distribuible, en concordancia con la situación financiera de El Distrito.*

ARTÍCULO 48°.- Denominación de Irrigación.- *El Departamento Administrativo de Valorización Distrital, repartirá el monto distribuible entre los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia y se aplicará a cada uno de los inmuebles individualizados. A esta distribución se le denomina irrigación de la contribución.*

ARTÍCULO 49°.- Costo del monto distribuible.- *Dentro de los costos a incluir en el monto distribuible se encuentran, entre otros: a) Los valores de los estudios que determinen la base predial y los factores componentes del coeficiente de aplicación b) Los costos de estructuración financiera; c) Los costos de fiducia; d) Los costos de estudio*

predial, avalúos, escrituras, estudios de titulación, impuesto y demás componentes del proceso de adquisición o expropiación de predios; e) Los valores de los estudios ambientales y diseños técnico y/o arquitectónicos requeridos para la correcta ejecución de las obras; f) Los valores de los predios que se requiera adquirir para la ejecución de las obras; g) Los costos directos e indirectos de la construcción y la interventoría de las obras; h) Los costos de divulgación, socialización, publicaciones, publicidad, y demás requeridos para la debida ilustración y conocimiento ciudadano; i) El porcentaje de administración del programa, correspondiente al ejecutor, que en ningún caso podrá exceder el veinticinco por ciento (25%) del monto distribuible total; j) Los costos de reajustes financieros; l) Los costos de facturación y recaudo; m) los costos de auditoría y control; y n) Los imprevistos; ñ) Los impuestos y demás costos inherentes a la correcta ejecución del plan de obras ordenado.

PARAGRAFO: Los costos de reajustes de obras, se actualizarán con la fórmula de reajuste, utilizada por INCO (Instituto Nacional de Concesiones).

ARTÍCULO 50°.- Publicación de gaceta.- Las Resoluciones que aprueben el área de influencia, el monto distribuible, y el método de distribución, requieren publicaciones en la Gaceta Distrital.

ARTÍCULO 51°.- Memoria técnica.- La fundamentación técnica, descripción de las zonas o sectores beneficiados y la operación de cálculo y distribución del gravamen de valorización, se consignarán en una memoria técnica explicativa”.

Con lo anterior queda claro el marco normativo mediante el cual debe interpretarse y entenderse lo relativo a la distribución de la contribución de valorización para el proyecto objeto del Contrato de Concesión VAL 01 – 05.

- (ii) ***El acto administrativo mediante el cual se realizó la distribución de la contribución de valorización para el proyecto objeto del Contrato de Concesión VAL 01 – 05***

Reposa en el expediente contractual la Resolución No. 196 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil siete (2007), mediante el cual el concedente hizo una distribución y asignación inicial de la contribución de valorización del proyecto por valor de **CATORCE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO NOVENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$14.142.190.969)**. (Cuaderno 1 de pruebas documentales).

Ahora bien, por lo que se desprende del material probatorio, la Resolución No. 196 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil siete (2007), fue revocada por la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal, cuaderno 1 de pruebas documentales), distribuyéndose mediante este acto administrativo una nueva suma entre los propietarios la cual asciende a **CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS**

MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS PESOS M.L.C.

(\$14.672.380.322). Su parte resolutive está comprendida por un total de quince (15) artículos, así: mediante el **artículo primero** se dispone revocar en todas sus partes la Resolución No. 196 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil siete (2007); mediante el **artículo segundo** se distribuye la suma antes citada entre los propietarios ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto, y se disponen que los costos irrigados constituyen un valor **global y fijo**; mediante el **artículo tercero** se ordena la asignación individual a cada propietario o poseedor conforme la “tabla anexa” (la cual contiene entre otros aspectos el listado de propietarios y poseedores y monto de gravamen); de los **artículos cuarto a noveno** se regulan reglas básicas relativas al plazo del pago, los intereses de mora, la exigibilidad de la contribución, estímulos por pronto pago a cargo del concesionario, forma de pago y compensación entre el valor de la contribución y el valor de la afectación predial que ocasionalmente pueda acaecer en ciertos casos; entre los **artículos décimo y décimo segundo** se describen los mecanismos de notificación, consulta y recursos procedentes; el **artículo tercero** ordena la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos del gravamen asignado; y los **artículos décimo tercero y décimo quinto** ordenan la difusión y el momento a partir del cual rige dicho acto administrativo. Además está comprendida por los siguientes anexos: Anexo No. 1 contentivo del listado de contribuyentes y la asignación de su gravamen, siendo un total de cincuenta y siete (57) asignaciones individuales; Anexo No. 2 en el que se discrimina el presupuesto de obra y se denomina “Cuadro de cantidades y precios”, y Anexo No. 3, en el que se reflejan catorce (14) predios, y se denomina “Cuadro de compra de predios – Listado de predios y precios de predios para la compra de avalúos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi”.

De manera tal que es este último acto administrativo el instrumento mediante el cual se realizó la irrigación al proyecto en los términos del Acuerdo 010 de 2005 emanado por el Concejo Distrital, que como ya se explicó, es la norma especial que rige la materia en el Distrito de Cartagena.

Cabe resaltar que la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal, 258 al 262 cuaderno 1 de pruebas documentales), fue modificada al menos por nueve (9) actos administrativos expedidos por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, que figuran en el expediente del trámite arbitral, y son: **(i)** Resolución No. 131 del ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008) “*Por la cual se modifica la Resolución 064 de 27 de Junio de 2008*”; (folio 270, 271 cuaderno 1 de pruebas documentales) **(ii)** Resolución No. 4874 del dieciséis (16) de septiembre del año dos mil diez (2010) “*Por la cual se modifica la Resolución número 064 del 27 de Junio de 2008 y las Resoluciones números 181, 186 y 187 del 04 de Septiembre de 2008 expedidas por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena D. T. y C. (...)*”; **(iii)** Resolución No. 3358 del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) “*Por medio de la cual se modifica parcialmente el Anexo No. 1 “Departamento Administrativo de Valorización Distrital Vía Transversal 90 a 90A y Vía de penetración a Tierra Baja” de la Resolución 064 del 27 de Junio de 2008*”; **(iv)** Resolución No. 5493 del veinte (20) de diciembre de dos mil once (2011) “*Por la cual se modifica la Resolución número 064 del 27 de Junio de 2008 y la Resolución número 206 de 4 de septiembre de 2008 expedidas por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena D. T. y C. (...)*”; **(v)** Resolución

No. 0964 del primero (1) de junio de dos mil doce (2012) *“Por medio de la cual se modifica parcialmente el Anexo No. 1 “Departamento Administrativo de Valorización Distrital Vía Transversal 90 a 90A y Vía de penetración a Tierra Baja” de la Resolución NO. 064 del 27 de junio de 2008”*; (vi) Resolución No. 1035 del trece (13) de junio de dos mil doce (2012) *“Por medio de la cual se modifica parcialmente el Anexo No. 1 “Departamento Administrativo de Valorización Distrital Vía Transversal 90 a 90A y Vía de penetración a Tierra Baja” de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008”*; (vii) Resolución No. 2731 del trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) *“Por medio de la cual se modifica la Resolución No. 200 del 04 de septiembre de 2008, la Resolución No. 201 del 04 de septiembre de 2008, y parcialmente el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008”*; (viii) Resolución No. 1874 del veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013) *“Por medio de la cual se anula la Resolución 864 del 15 de mayo de 2009, y el numeral 35 del Anexo 1 de la Resolución 064 del 27 de junio de 2008, modificada por la Resolución 131 del 08 de agosto de 2008”*; (iv) Resolución No. 5845 del veinte (20) de agosto del año dos mil trece (2013) *“Por medio de la cual se excluye de la Resolución 064 del 27 de junio de 2008 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, el predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000, relacionado en el numeral 34 del anexo 1 del citado acto administrativo, y se anula la Resolución 863 del 15 de mayo de 2008 expedida por la misma autoridad”*. (Cuaderno 2 de pruebas documentales).

Aclarado lo anterior sí resulta procedente deducir cuál es la fecha de firmeza de la resolución mediante la cual se distribuyó la contribución por valorización del proyecto, ejercicio que necesariamente debe ir de la mano de lo dispuesto por el Acuerdo 010 de 2005 emanado del Concejo Distrital, como norma especial, y de las normas procesales aplicables al caso, aclarando que a la expedición de la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) se hizo en vigencia del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), pero la última modificación a esa resolución que está en conocimiento de este Tribunal, tuvo lugar el veinte (20) de agosto del año dos mil trece (2013), en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Así las cosas, para predicar la firmeza de la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal, 258 al 262 cuaderno 1 de pruebas documentales), necesariamente tiene que observarse, además de la última modificación que realizó la misma administración de ese acto administrativo –que en conocimiento del Tribunal fue el veinte (20) de agosto del año dos mil trece (2013) mediante la Resolución No. 5845-, que los recursos procedentes contra este último se hayan decidido, o que no se hayan interpuesto recursos, o se haya renunciado expresamente a ellos, o bien, fenómenos tales como la operancia de la perención o desistimientos, y que además haya fenecido el término que según el Acuerdo 010 de 2005 emanado del Concejo Distrital, disponen los contribuyentes para consultar.

Es pertinente aclarar que si bien en la parte considerativa de la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) la administración o concedente señaló que “(…) el valor del proyecto se encuentra actualizado conforme a lo establecido en el contrato con base en el IPC del mes de Mayo de 2008 –SIC 2005- hasta la fecha 31 de Mayo de 2008, certificado por el DANE

y viene a ser la contraprestación global, fija y única que recibirá el concesionario y se distribuirá entre los predios que hacen parte de la zona de influencia”, El Tribunal, sin perjuicio de la presunción de legalidad de ese aparte, considera que dista de ser así. Las razones se fundan en que los artículos Undécimo y Duodécimo del mismo acto administrativo, prevén la procedencia de la instancia de la **consulta** en los términos del Estatuto de Valorización, del **recurso de reposición** conforme la misma norma especial, y de la **publicación en diversos medios**, ritualidades sin las cuales no se puede predicar firmeza. Expresamente señalan:

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: *En lo que compete a la notificación, consulta, recursos, cobro y recaudo de las contribuciones de valorización, se aplicará lo establecido en el Acuerdo 010 del 20 de mayo de 2005. PARAGRAFO:* *En cuanto a los procedimientos para interponer la Consulta del contribuyente se establece de conformidad al Artículo No. 89 del Acuerdo 010 de 2005, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.*

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: *Contra la presente Resolución procede únicamente el recurso de reposición dentro del término del Acuerdo 010-2005, expedido por el concejo distrital, el cual se podrá interponer dentro de los (5) cinco días hábiles siguientes a su notificación, ante la DIRECCION DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL*

(...)

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO. *Para mayor difusión, publíquese esta Resolución en la Gaceta Distrital y en la página Web de EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL. Igualmente, mediante dos (2) avisos de prensa publicados en días distintos, infórmese acerca de la expedición de este acto.*

Así las cosas, a la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal), y a aquellas que la modifiquen -en cuanto la modificación recaiga sobre el gravamen-, le son aplicables consultas en los términos del artículo 89 del Estatuto de Valorización, definida como una instancia especial **previa** a la interposición de los recursos legales, la cual tiene un término de duración de cuarenta y cinco (45) días a partir de la notificación de la resolución que asigne el gravamen. Al respecto la norma especial señala:

Artículo 89.-Consulta del contribuyente. – *Para todos los efectos se establece a la instancia especial previa a los recursos legales, en la cual el contribuyente podrá consultar el gravamen asignado con los funcionarios que se designen para tal fin. En dicha instancia se procederá a verificar, corregir y aclarar las dudas que exprese el contribuyente.*

La anterior instancia se cumplirá dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de la resolución que asigne el gravamen, mediante nota escrita, que será

contestada con la decisión que al respecto tome. Esta decisión deberá proferirse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la solicitud del contribuyente”.

Así mismo, la ritualidad del recurso de reposición está determinada según los artículos 89 y subsiguientes del Estatuto de Valorización⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Acuerdo 010 de dos mil cinco (2005) emanado del Concejo Distrital de Cartagena. Artículos 89 y siguientes: **“ARTÍCULO 89.-Consulta del contribuyente.** – Para todos los efectos se establece a la instancia especial previa a los recursos legales, en la cual el contribuyente podrá consultar el gravamen asignado con los funcionarios que se designen para tal fin. En dicha instancia se procederá a verificar, corregir y aclarar las dudas que exprese el contribuyente.

La anterior instancia se cumplirá dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de la resolución que asigne el gravamen, mediante nota escrita, que será contestada con la decisión que al respecto tome. Esta decisión deberá proferirse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la solicitud del contribuyente.

ARTÍCULO 90. - Recursos en la vía gubernativa.- Por la regla general, contra los actos que penen fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

- 1) Reposición, ante el mismo funcionario que tomo la decisión para que aclare, modifique o revoque.
- 2) Apelación, ante el inmediato superior administrativo con los mismos propósitos.
- 3) Queja, cuando se rechace el de la apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la resolución, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso, se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. Recibido el escrito, el superior ordenara la remisión del expediente y decidirá lo que sea del caso.

Son actos administrativos definidos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuar.

ARTÍCULO 91º- Oportunidad y presentación.- Los recursos de reposición y de Apelación habrán de hacerse por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, según el caso.

Los recursos se presentaran ante el funcionario que dictó la decisión, salvo los dispuesto para lo de Queja, y si quieren fuere competente no quisiere recibirlo, podrán presentarse ante el Procurador Regional o Personero Distrital, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recueros de Apelación, podrá interponerse directamente o como subsidiario del de Reposición.

Transcurridos los términos sin que se hubiesen interpuestos los recursos procedentes, la decisión quedara en firme.

ARTÍCULO 92º-Requisitos.- Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

- 1) Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
- 2) Relacionar las pruebas que se pretenden hacer valer.
- 3) Indicar el nombre y la dirección del recurrente.

ARTICULO 93º-Rechazo del recurso.- Si el escrito en el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.

ARTÍCULO 94º- Desistimiento.- De los recursos podrá desistirse en las condiciones del artículo 13 del C.C.A.

ARTICULO 95º-Efecto.- Los recursos no concederán en el efecto suspensivo.

Por su parte, la norma general procedimental vigente a la expedición de la mencionada resolución, esto es, el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), señalaba en relación con la firmeza de los actos administrativos lo siguiente:

Artículo 62. Firmeza de los actos administrativos. *Los actos administrativos quedarán en firme:*

1. *Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
2. *Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
3. *Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
4. *Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.*

De manera tal, que el sólo hecho de haberse expedido la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) con un “nuevo valor actualizado”, no es mérito suficiente para predicar el cumplimiento del pacto que sobre la actualización del valor consagra el Contrato de Concesión VAL 01 - 05 en el parágrafo segundo de la Cláusula Tercera, **pues a tenor del parágrafo en marras, no basta con la sola expedición del acto administrativo, sino que aquel debe quedar en firme**, lo cual no sucedió el mismo día de su expedición, toda vez que estaba supeditado a una serie de ritualidades como la publicación en diversos medios y la notificación en debida forma a los particulares sujetos pasivos contra los que iba dirigido el acto –los cuales ascendían a un total de cincuenta y siete (57) obligados, según como ya se logró expresar en anterior oportunidad-. Además se debía garantizar que una vez surtida la debida notificación a los cincuenta y siete (57) contribuyentes, estos tuvieran la oportunidad de ejercer su derecho a formular consultas o interponer el recurso procedente. Resulta por demás imposible que la firmeza de la Resolución No. 064 del

ARTICULO 96º.- Oportunidad.- *Los recursos de reposición y de Apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerse este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.*

ARTICULO 97º.-Admisibilidad.- *Serán admisibles todos los medios de pruebas señalados en el Código de Procedimiento Civil. Los gastos que ocasione la práctica de pruebas serán a cargo de quien las solicite y si son varios, o se decretan de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre todos los interesados*

ARTICULO 98º.-Termino.- *Cuando sea el caso practicar pruebas se señalara un término no mayor de treinta (30) días ni menor de diez. Los términos inferiores a treinta (30) días podrán prorrogarse una sola vez sin que con la prórroga el término exceda los treinta (30) días. En el auto que decreta la práctica de pruebas se indicara con toda exactitud el día que vence el término probatorio.*

ARTICULO 99º.-Contenido de la decisión.- *concluido el termino para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que si lo declare, deberá preferirse la decisión definitiva, esta se motivara en sus aspectos de hecho y de derecho y en los de conveniencia si es del caso. La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas con el motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes.*

ARTÍCULO 100º.-Silencio administrativo.- *Transcurrido el plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición de los recursos de Reposición o Apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de prueba. La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto, no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

ARTÍCULO 101º.-Notificación.- *Las decisiones se notificaran en la norma prevista en los artículos 44 inciso 4 y 45 del Código Contencioso Administrativo”.*

veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) tuviese lugar el mismo día de su expedición, de cara a los términos consagrados en el Acuerdo No. 010 de 2005 emanado del Concejo Distrital para cada una de las ritualidades ya mencionadas, los cuales no se podrían ser desatendidas. Adicional a lo anterior se encontró en el acervo probatorio lo siguiente:

- Mediante oficio adiado veintiocho (28) de julio de dos mil nueve (2009) con constancia de recibido del día posterior, transcurrido más de un año de haberse expedido la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008) (folios 476 al 480 tomo II cuaderno principal), el contratista envió al Departamento Administrativo de Valorización Distrital un requerimiento que contemplaba entre otras cosas, el llamado a notificar la resolución distribuidora de la contribución de valorización:

2. EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DESIGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES

El Departamento Administrativo de Valorización (Administración anterior), expidió un acto administrativo del riego (Resolución No. 196 de 28 de Diciembre de 2007) (cuaderno 1 de pruebas documentales), en el cual no se incluyó el presupuesto de la construcción del tramo suprimido. Este tramo no fue incluido en el presupuesto general de la obra que se riega, por solicitud de los propietarios y en consenso con la administración, por cuanto la capacidad de pago no era suficiente para asumir dichos costos.

La nueva administración consideró la necesidad de plasmar el acuerdo con los beneficiarios del proyecto, en un modificadorio y revocar el acto administrativo anteriormente señalado, revocándolo seis meses después y estableciendo un nuevo monto a irrigar, mediante la Resolución No. 064 expedida el 27 de junio del presente año.

Resolución que fue publicada en la Gaceta Distrital, sin que a la fecha después de transcurridos 30 días se haya expedido el acto u actos administrativos que individualicen la contribución de cada uno de los contribuyentes y sus correspondientes notificaciones”

- Mediante oficio CVC90-927-09 de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil nueve (2009) el concesionario manifestó al Departamento Administrativo de Valorización Distrital: (cuaderno 2 de pruebas documentales)

2. ENTREGA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL RIEGUE Y DESIGNACIÓN INDIVIDUAL DE LA CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN EN FIRME.

- *La Resolución No. 064 expedida el “27 de Junio del 2.008” y las Resoluciones individuales de cada uno de los predios que se les asigna la contribución de valorización, no han sido entregados en firme por el Departamento Administrativo de Valorización, es*

decir han transcurrido un año, cuyo término para notificar puede llegar a un término máximo de seis meses. Sin la entrega de los actos administrativos no se puede dar por terminada la etapa de diseño y programación y dar inicio a la etapa de construcción, facturación y recaudo, demora que conlleva a la actualización del valor del contrato, conforme a lo estipulado en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión referido”.

- Igualmente, reposa oficio CVC90-1082-10 de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil diez (2010), recibido por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital el treinta y uno (31) de mayo del citado año, donde el contratista manifiesta: (cuaderno 2 de pruebas documentales)

Los requisitos que determinan en su comunicación han sido cumplidos en su totalidad:

(...)

- Valorización expidió la Resolución de Rieque hace 23 meses con el respectivo Estudio Socioeconómico definitivo y *no han sido remitidas los actos administrativos en firme de las contribuciones por valorización”*

- Por su parte, en comunicación fechada el nueve (9) de julio de dos mil diez (2010) – y recibida por el concesionario el trece (13) de julio- el Departamento Administrativo manifiesto al concesionario:

*En atención al asunto de la referencia me permito manifestarles que los términos para formular consultas y recursos de reposición contra la resolución No 064 del 27 de junio de 2008, 131 del 8 de agosto de 2008 y de las independientes que en virtud de las cuales se distribuye y asigna la contribución de los inmuebles dentro de la zona de influencia de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo 010 de mayo de 2005, se encuentran vencidos para los predios relacionados a continuación, cuyos propietarios y/o poseedores se notificaron ya sea personalmente o por edicto emplazatorio y por fijación de edicto en la secretaría de la oficina de Valorización Distrital, así como de aquellos que presentaron consultas y/o recursos y fueron resueltos en debida forma: (...)”. A continuación este oficio relaciona un total de cuarenta y nueve (49) propietarios y/o poseedores, que según el mismo representaría un recaudo de **\$11.963.109.317**.*

- Posteriormente, mediante comunicación de ocho (8) de octubre de dos mil diez (2010) recibida por el concesionario el veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), el Departamento Administrativo de Valorización Distrital puso en conocimiento del concesionario sobre el vencimiento de los términos en relación con otros propietarios y/o poseedores, que según el mismo oficio representaría un recaudo de **\$2.370.465.275**

Dicho sea de paso, la representación del recaudo a que se refieren las comunicaciones de nueve (9) de julio de dos mil diez (2010) y de ocho (8) de octubre del mismo año, enviadas por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital al concesionario, en suma, no alcanzan siquiera el valor irrigado mediante la Resolución No. 064 del veintisiete 27 de junio del año dos mil ocho (2008), ya que arrojan un valor total inferior al definido en la resolución de riego que asciende a **\$14.333.574.592**. Lo que conduce a deducir que a esa fecha existía un número de contribuyentes “n” que no habían sido debidamente notificados, cuyas contribuciones ascendían en total a **\$338.805.730**.

Para el Tribunal se encuentra probado que en diversas actas suscritas por ambas partes, especialmente expedidas a partir de la finalización de la Etapa de Programación, se reconoció como valor contractual actualizado a corte de veintiocho (28) de agosto de dos mil diez (2010) (según oficio del concesionario CVC90-1128-10), la suma de **\$15.585.001.221**. Los siguientes documentos dan fe de tal aseveración: “ACTA DE FINALIZACIÓN ETAPA DE PROGRAMACIÓN” suscrita el cinco (5) de diciembre del año dos mil once (2011), el “ACTA DE INICIO ETAPA DE CONSTRUCCIÓN” de seis (6) de diciembre de dos mil once (2011), el “ACTA DE SUSPENSIÓN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN” del dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), el acta denominada “PRÓRROGA DEL TÉRMINO DE SUSPENSIÓN ACTA No. 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN”, de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil doce (2012) y el “ACTA DE REINICIO ETAPA CONSTRUCTIVA” de diecisiete (17) de enero de dos mil trece (2013).

Con todo lo anterior, se concluye que incluso la actualización del proyecto a fecha de veintiocho (28) de agosto de dos mil diez (2010) resultaba insuficiente, porque tal como se señaló, el acto administrativo de distribución de la contribución de valorización no había sido notificado a una serie de contribuyentes, y en consecuencia no se podía a tal fecha predicar la firmeza del mismo.

A lo anterior se suma el hecho de que la administración modificó la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), expidiendo, como quedó demostrado, distintas resoluciones modificatorias a lo largo del tiempo, que en conocimiento del Tribunal transcurrieron desde el ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008), con la expedición de la Resolución No. 131 del “*Por la cual se modifica la Resolución 064 de 27 de Junio de 2008*”, hasta el veinte (20) de agosto del año dos mil trece (2013), mediante la Resolución No. 5845 de la fecha “*Por medio de la cual se excluye de la Resolución 064 del 27 de junio de 2008 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, el predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000, relacionado en el numeral 34 del anexo 1 del citado acto administrativo, y se anula la Resolución 863 del 15 de mayo de 2008 expedida por la misma autoridad*”. Mediante este último acto administrativo, el Departamento Administrativo de Valorización Distrital resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: *Exclúyase de la Resolución 064 del 27 de junio de 2008 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, el predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000, relacionado en el numeral 34 del Anexo 1 del citado acto administrativo.*

(...)

ARTÍCULO SEXTO: Los demás aspectos de la Resolución 863 del 15 de mayo de 2009, de la Resolución 064 del 27 de junio de 2008, modificada por la Resolución 131 del 08 de agosto de 2008, permanecerán iguales”

Para el Tribunal la actualización en aplicación del párrafo segundo de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, debe ir entonces hasta la firmeza de la resolución que distribuye la contribución de valorización del proyecto, que a su vez es predicable de la última modificación hecha al mismo acto administrativo, lo cual guarda concordancia no solo con el pacto contractual sino con la aplicación procedimental realizada por la experticia contable de la firma **INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.** quien tuvo en cuenta lo propio en su informe pericial cuando sostuvo:

Así las cosas es necesario establecer cuál es la fecha en que queda en firme la resolución de riego, la que en principio fue expedida el 27 de junio de 2008, y sobre la cual se interpusieron recursos que motivaron Resoluciones que afectaron los valores individuales de la contribución por valorización, como se observa en el siguiente cuadro (copia de las Resoluciones se adjuntan a este dictamen como Anexo No. 3).

(...)

En la medida que las resoluciones citadas en el anterior cuadro modifican el valor de la resolución de riego, entiende el perito que el último valor en firme conocido, es aquel que corresponde a la última resolución que modificó el valor inicialmente contemplado en el riego.

Para el caso que nos ocupa la resolución 5845 fue expedida el 20 de agosto de 2013, en tal sentido se haría necesario ajustar el valor de la oferta, desde la fecha de cierre de la licitación (junio 2 de 2005), hasta la última resolución que modifica la resolución de riego, entendiendo esta como el último valor firme conocido.

Para la aplicación del ajuste contemplado en el párrafo segundo de la cláusula tercera se recurre a emplear la fórmula que para el efecto aplica la Sección Tercera del Consejo de Estado, que obedece al siguiente planteamiento algebraico:

$$VI = VH \left\{ \frac{IPCF}{IPCI} \right\}$$

Dónde:

VI= Valor Indexado

VH= Valor histórico

IPCF= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de actualización (ultimo valor en firme conocido 20 agosto 2013)

IPCI= Índice de precios inicial (fecha de cierre de la licitación junio 2 2005)

(...) En ese orden de ideas, tenemos que el valor de las obras actualizado a fecha de la última resolución que modifica el valor de la resolución de riego, asciende a \$17.778.441.857.61 –resaltamos-

Aclaremos que según la experticia al valor de la actualización, esto es, a los **DIECISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS M/CTE (\$17.778.441.857.61)**, debería descontársele el valor de las obras ejecutadas que según la interventoría alcanza la suma de **SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE(\$681.410.000)**, operación que según el experto contable, daría como suma a reconocer mediante el presente laudo a favor de la Convocante y en contra de la Convocada, un total de **\$3.249.894.678.46**.

Bajo esta perspectiva, y en atención adicional a que la Convocada no probó haber cancelado valor alguno al Contratista referente a la actualización del valor contractual conforme a lo pactado en la cláusula del Contrato de Concesión VAL 01 – 05, el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativa de la arbitral, probada la pretensión tercera declarativa de la demanda arbitral y accederá a la condena relativa a este concepto, la cual se logró probar en un valor de **TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE (\$3.249.894.678.46)**; y declarará no probada la excepción de inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato.

VII. EN CUANTO A LOS GASTOS NO PRESUPUESTADOS Y AUTORIZADOS POR EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Posiciones de las Partes

En este extremo del pleito dice la Convocante que el concedente con el fin de ejecutar funciones de su competencia, ordenó con cargo a los rubros del Contrato de Concesión VAL 01 - 05 la adquisición y contratación de unos bienes y servicios por los cuales debe responder.

En la contestación de la demanda arbitral, la Convocada se opuso a las pretensiones.

Consideraciones del Tribunal

En relación con la pretensión analizada, el Tribunal encuentra probado que efectivamente el Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Valorización Distrital ordenó a la parte Convocante la ejecución de diversas actividades que contractualmente le pertenecían a esa entidad territorial, sin que hasta la fecha hubiera reconocido y pagado los valores que correspondían por la ejecución de esas tareas.

En ese sentido, encuentra el Tribunal que el Director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital expidió diversas autorizaciones de pago, a cada una de las cuales iban anexas unas cuentas de cobro de personal externo contratado, así:

- Mediante oficio AMC-OFI-0027312-2011 de fecha 12 de agosto de 2011, autorizó pago de honorarios y anexó cuentas de cobro emitidas por contratistas externos, con los siguientes conceptos “(...) prestación de servicios profesionales de abogado para el apoyo de la asesoría jurídica e integral para la gestión administrativa que debe adelantar el Distrito en cumplimiento de las obligaciones adquiridas dentro del contrato de Concesión Val 01-05 de fecha 2 de septiembre de 2005 (...)” y “(...) prestación de servicios profesionales de abogado para el apoyo de la asesoría jurídica e integral para la gestión administrativa que debe adelantar el Distrito en cumplimiento de las obligaciones adquiridas dentro del contrato de Concesión Val 01-05 de fecha 2 de septiembre de 2005 (...)”
- Similares conceptos tienen las cuentas de cobro anexas a los siguientes oficios emitidos por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital: oficio AMC-OFI-0027314-2011 de fecha 12 de agosto de 2011, AMC-OFI-0027315-2011 de fecha 12 de agosto de 2011, AMC-OFI-0030313-2011 del 01 de septiembre de 2012, AMC-OFI-0033523-2011 del 21 de septiembre de 2011, AMC-OFI-0037520-2011 del 20 de octubre de 2011, AMC-OFI-0027312-2011 del 12 de agosto de 2011, AMC-OFI-0030802-2011 del 01 de septiembre de 2012, AMC-OFI-0033524-2011 del 21 de septiembre de 2011.
- Se evidencia también cuenta de cobro por concepto de honorarios profesionales en la realización de labor socioeconómica de las comunidades del área de influencia del proyecto, como base de estudio socioeconómico del mismo; prestación de servicios profesionales como economista adscrito al Departamento Administrativo de Valorización Distrital; se acredita igualmente facturación hecha por el periódico El Universal al Contratista; cuentas de cobro por concepto de suministros de archivador; autorización emitida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital al Contratista (Oficio AMC-OFI-0030251 del 31 de agosto de 2011), autorizando el desembolso de los fondos de pre inversión una serie de Certificados de Tradición, y acto seguido, facturas emitidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de los correspondientes certificados previamente autorizados

- Se acredita también Contrato No. 5020/ 043 /2010 entre el Instituto Geográfico y el Consorcio Vial Cartagena, motivado así: **a)** que en el acuerdo 074 de 1995 emanado del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, se aprobó el Plan Integral de Obras a ejecutar a través del sistema de concesión por recaudo de la contribución de valorización; **b)** Que para dar cumplimiento a la ejecución de dichas obras se ha celebrado entre otros el contrato de concesión VAL -001-05 de fecha 2 de septiembre de 2005, con el CONSORCIO VIAL CARTAGENA,, cuyo objeto es de otorgar al CONCESIONARIO la concesión “para que realice los estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras durante el periodo de concesión del Proyecto denominado “*OBRA PÚBLICA CON DISEÑO DEL CONTRATISTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90ª CON LA CORDIALIDAD, PARTIENDO DE LA INTERSECCIÓN DEL ANILLO VIAL CON LA CORDIALIDAD, Y LA VÍA DE PENETRACIÓN DESDE EL ANILLO VIAL PASANDO POR TIERRA BAJA Y EL MEJORAMIENTO DESDE TIERRA BAJA HASTA LA INTERSECCIÓN CON ESTA TRANSVERSAL*” **c)** Que en el contrato aludido establece como obligación para el Distrito comprar las áreas de los predios que se afecten con la construcción de la vía referida, gestión que se hará por los predios que se afecten con la construcción de la vía referida, gestión que se hará por conducto del CONSORCIO VIAL CARTAGENA (...) **e)** Para los fines anteriormente señalados el Distrito a través del Departamento Administrativo de Valorización Distrital, dispuso según lo ordenado mediante comunicación VAL-DJ-10-2010 radicada en las instalaciones del Consorcio Vial Cartagena el día 18 de Noviembre de 2010, que hace parte integral de este contrato, autorizar que la celebración de la contratación y pago de los avalúos de los predios afectados por el proyecto denominado “*OBRA PÚBLICA CON DISEÑO DEL CONTRATISTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90ª CON LA CORDIALIDAD, PARTIENDO DE LA INTERSECCIÓN DEL ANILLO VIAL CON LA CORDIALIDAD, Y LA VÍA DE PENETRACIÓN DESDE EL ANILLO VIAL PASANDO POR TIERRA BAJA Y EL MEJORAMIENTO DESDE TIERRA BAJA HASTA LA INTERSECCIÓN CON ESTA TRANSVERSAL*” se elaboren con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – Sede Central (...).”

Para el Tribunal, los anteriores medios de prueba dan cuenta de que el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, ante la dificultad de cumplir con sus propias obligaciones contractuales y ante la necesidad de que el proyecto se ejecutara en debida forma, autorizó por escrito al contratista para que diera cumplimiento a dichas obligaciones. Al respecto, destaca el Tribunal que no se trató de la ejecución de tareas que estuvieran por fuera del marco obligacional del contrato, sino que se trataba de actividades estrictamente contractuales, solo que no estaban en cabeza suya sino de la entidad estatal contratante, pero que resultó ejecutando con la autorización previa y el recibo posterior por parte de la entidad.

En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que en el presente caso no era necesario cumplir con los requisitos dispuestos jurisprudencialmente para el reconocimiento de obras o actividades adicionales, pues lo cierto es que las mismas forman parte del marco obligacional del contrato. Lo que observa el Tribunal es que el contratista, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, actuó como un auténtico colaborador de la administración, hasta el punto en que resultó

ejecutando tareas que no estaban a su cargo en el contrato, pero que sí formaban parte del haz de derechos y obligaciones emanado del negocio jurídico suscrito.

Se trató de una conducta de buena fe del contratista (artículo 28 de la Ley 80 de 1993 y artículo 1603 del Código Civil) en cumplimiento del deber de colaboración que tienen las partes de un contrato estatal, en virtud del cual ellas deben actuar de tal manera que se logre efectivamente cumplir con el propósito del contrato celebrado, deber que subyace en cualquier relación negocial, como bien lo ha destacado una decisión arbitral:

*Agrega el Tribunal que en todo caso, el deber de colaboración mutua subyace en todo contrato, así no se haya expresado de manera formal por las partes en el clausulado contractual. Ello, por tratarse de una aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, que supone la plena disposición de las partes para el logro de los objetivos pactados, **incluyendo la colaboración, en lo que a cada una de ellas compete y sea exigible, para la realización de las obligaciones a cargo de su contraparte contractual;** no debe pasarse por alto que las partes en un contrato, en principio y con miras al objetivo común, deben observar entre sí la máxima disposición y conducta necesaria para el logro del objetivo pactado, lo que de suyo excluye todo comportamiento que implique dejar a su contraparte librada a su suerte, cuando ello depende de conductas de diligencia que debe observar dicha contraparte contractual⁴⁸⁶.*

Sobre el mencionado deber de colaboración, otra decisión arbitral ha expresado:

5. *Esta conducta de apoyo mutuo, derivada directamente del principio de ejecución de buena fe de los contratos contenido en el artículo 1603 del Código Civil, es lo que se conoce generalmente como “deber de colaboración”, postulado que, por ejemplo, se recoge en el artículo 5.3 de los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), que respectivamente, reza y es explicado así:*

“Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

“Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial que inspira el derecho contractual⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Tribunal de Arbitramento de *Transportadora de Gas del Interior – TGI S.A. ESP* contra *Empresa Colombiana de Gas – Ecogas*. Laudo arbitral de 2 de septiembre de 2009.

⁴⁸⁷ Tribunal de Arbitramento de *Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda. – Crear Cooperativa* contra *Hernando Horta Díaz*. Laudo arbitral de 5 de junio de 2002.

La posición de las decisiones arbitrales transcritas, que comparte este Tribunal de Arbitramento, implica que en virtud del principio de la buena fe y del deber de colaboración, el contratista debe realizar todos los esfuerzos para que la otra parte del contrato (la entidad estatal) pueda cumplir con sus obligaciones, lo cual incluye, a juicio de este Tribunal, la posibilidad de ejecutar obligaciones que le corresponderían en principio le corresponderían a dicha entidad estatal, sin que ello desborde naturalmente el contenido obligacional inicialmente pactado.

Pero, además, como es lógico, la sustitución de la entidad por parte del contratista en la ejecución de ciertas obligaciones debe tenerse autorización expresa y previa, pues de otra manera se estaría autorizando al contratista a modificar unilateralmente el contrato. En ese sentido, encuentra el Tribunal que en el caso concreto, de acuerdo con los medios probatorios mencionados antes, efectivamente existió autorización previa por parte del Departamento Administrativo de Valorización Distrital, lo cual ratifica la buena fe con la que obró el contratista.

De otra parte, observa el Tribunal que la ejecución de dichas actividades no solo fue debidamente autorizada por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, sino que además, la entidad estatal recibió debidamente las obligaciones ejecutadas y nunca presentó objeción u oposición alguna a su cumplimiento por parte del contratista.

Así mismo, se advierte que las actividades ejecutadas por contratista corresponden a cuestiones inherentes a la función del concedente, es decir, que no resultaron ser actividades en las que el concesionario tuviera una directa contraprestación y así se determinó no solo por la claridad de las autorizaciones emitidas por el concedente, sino que fue determinado de esta manera por el dictamen pericial hecho por la firma **ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A.**

Así las cosas el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativa de la demanda arbitral, probada la pretensión séptima declarativa de la demanda arbitral y accederá a declaración de condena quinta relativa a este concepto la cual se logró probar en un valor de **DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$242.642.611)**, a corte de veintitrés (23) de abril de dos mil cuatro (2014), fecha en la que el perito contable realizó la aclaración y complementación de su dictamen.

CAPÍTULO TERCERO: RESUMEN DE LOS RECONOCIMIENTOS HECHOS EN LA PROVIDENCIA

En consideración a lo expuesto en los capítulos precedentes, son varios los reconocimientos que a favor de la parte Convocante ordenará el Tribunal. A continuación se expone específicamente el monto al que asciende cada uno de ellos, previo cálculo de la respectiva actualización y de los intereses de mora, según sea el caso:

1. REVISION Y AJUSTES PRECIOS DEL CONTRATO

Se toma el valor de \$3.249.894.678 del dictamen pericial contable que no fue actualizado con las aclaraciones y complementaciones del dictamen, cuyo origen es la respuesta No. 1 del dictamen pericial de 13 de enero de 2014 (Folio 9).

ACTUALIZACIÓN

Para determinar el valor actual se indexa desde la fecha del dictamen (enero de 2014) hasta octubre 14 de 2014, dando como resultado para este ítem la suma de \$3.333.596.348, como se observa en el siguiente cuadro.

VALOR SEGUN DICTAMEN	IPC INICIAL FECHA DICTAMEN ENE2014	IPC FINAL LAUDO OCT2014	FACTOR IPC	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
3.249.894.678	114,54	117,49	1,0258	83.701.670	3.333.596.348
NOTA: ULTIMO IPC PUBLICADO SEPTIEMBRE 2014					

2. STAND BY DE EQUIPOS

El valor de este ítem se actualizó a la fecha de las aclaraciones y complementaciones, vale decir, 23 de abril de 2014, como se puede observar en la aclaración No. 16 folio 8, arrojando un valor de \$196.893.778.

ACTUALIZACIÓN

Para determinar el valor a la fecha de acuerdo con el procedimiento del dictamen pericial, se actualizaron los intereses desde 23 de abril de 2014 hasta octubre 14 de 2014, dando como resultado un valor total para este ítem de \$205.620.796, así:

VALOR SEGUN ACLARACIONES ABR 23/2014	INTERESES TASA 12% DESDE ABR24/14 HASTA OCT14/2014	VALOR HASTA LAUDO OCT14/2014
196.893.778	8.727.018	205.620.796

3. ERRORES DE RIEGUE EN LA RESOLUCIÓN 064 DE 2008

Para efectos de determinar la cuantía a la que ascienden los errores de riego cometidos en la mentada resolución, este Tribunal adoptó la fórmula establecida en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato Val-01-05, según la cual “Los intereses de mora serán los más bajos entre: Los de Ley de la contratación estatal; los Bancarios autorizados por el Gobierno en su momento o los Comerciales, certificados por la superintendencia bancaria”.

Así, con base en los valores arrojados por los dictámenes y sus aclaraciones, adicionando los intereses de mora, el Tribunal encuentra que las cifras son las siguientes:

CONCEPTO	Vr. SEGUN DICTAMEN Y ACLARACIONES	INDEXACION A LA FECHA DEL LAUDO	Vr. DICTAMEN Y ACLARACIONES - INDEXADO A LA FECHA DEL LAUDO	INTERESES TASA 12% DESDE FECHA ACLARACIONES HASTA FECHA LAUDO	Vr. TOTAL
ERRORES DE RIEGUE EN LA RESOLUCION 064 DE 2008	3,788,210,050	64,041,961	3,852,252,011	121,134,138	3,973,386,149

De acuerdo con lo anterior, el monto por el cual se condenará por concepto de errores de riego en la Resolución No. 64 de 28 es de \$3.973.386.149.

4. GASTOS NO PRESUPUESTADOS Y AUTORIZADOS POR EL CONCEDENTE

El valor de este ítem se actualizó a la fecha de las aclaraciones y complementaciones, vale decir, 23 de abril de 2014, como se puede observar en la aclaración No. 18 folio 15, el valor determinado fue de \$242.641.611.

ACTUALIZACIÓN

Para determinar el valor a la fecha de acuerdo con el procedimiento del dictamen pericial, se actualizaron los intereses desde el 23 de abril de 2014 hasta 14 de octubre de 2014 por valor de \$13.047.576, dando como resultado un valor total para éste ítem de **\$255.689.187**, así:

VALOR SEGUN ACLARACIONES ABR 23/2014	INTERESES TASA 12% DESDE ABR24/14 HASTA OCT14/2014	VALOR HASTA LAUDO OCT14/2014
242.641.611	13.047.576	255.689.187

A continuación se presenta un resumen de las cifras detalladas anteriormente:

CONCEPTO	Vr. SEGUN DICTAMEN Y ACLARACIONES	INDEXACION A LA FECHA DEL LAUDO	Vr. DICTAMEN Y ACLARACIONES - INDEXADO A	INTERESES TASA 12% DESDE FECHA	Vr. TOTAL
----------	---	---------------------------------------	--	--------------------------------------	-----------

			LA FECHA DEL LAUDO	ACLARACIONES HASTA FECHA LAUDO	
REVISION Y AJUSTES DE PRECIOS DEL CONTRATO	3,249,894,678	83,701,670	3,333,596,348	-	3,333,596,348
STAND BY EQUIPOS	196,893,778	-	196,893,778	8,727,018	205,620,796
ERRORES DE RIEGUE EN LA RESOLUCION 064 DE 2008	3,788,210,050	64,041,961	3,852,252,011	121,134,138	3,973,386,149
GASTOS NO PRESUPUESTADOS Y AUTORIZADO POR EL CONCEDENTE	242,641,611	1,723,688	244,365,299	11,323,888	255,689,187
TOTAL	7,477,640,117	149,467,319	7,627,107,436	141,185,044	7,768,292,480

CAPÍTULO CUARTO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De acuerdo con lo consagrado por el artículo 188 del CPCA: “salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C.”, ahora el C.G.P.

Encontrándose este tribunal de arbitramento para proferir decisión final, resulta imperioso aplicar las reglas correspondientes a condena y liquidación de costas procesales y agencias en derecho, con base en lo establecido por los artículos 365 y 366 del CGP, por ser norma posterior que prevalece sobre la anterior, por su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2014, en virtud de la decisión de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que interpretó que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena a partir del 1° de enero del año en curso (2014) en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al igual que en la justicia arbitral⁴⁸⁸.

Por todo lo hasta aquí manifestado, este Tribunal, con fundamento en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso ordenará en esta providencia se liquiden las costas y agencias en derecho.

⁴⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, CP: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación: **25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ)** Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

Teniendo en cuenta que las costas vienen dadas por los gastos judiciales en que incurren las partes con ocasión del desarrollo del trámite del proceso y tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-342 de 2008, éstas corresponden a los gastos que se deben sufragar en el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias entre otros. De igual manera, en el concepto de gastos entra la noción de agencias en derecho, que se predica de lo que se ha pagado por concepto de apoderamiento dentro del proceso, o lo que es lo mismo los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa a cargo de quien pierda el proceso.

Entonces, siguiendo la norma aplicable para este caso en concreto, artículo 365 del C.G.P.: “*en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas. 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.***”

Con base en la norma citada y existiendo claridad para este Tribunal que las pretensiones incoadas no prosperaron en su totalidad, el Tribunal ordenará que se pague por concepto de costas un porcentaje equivalente al ocho (8%) del valor que se sufragó en relación con los gastos anticipados de las pericias, así como los honorarios definitivos de los peritos. Igualmente, en relación con la partida de gastos (“otros gastos”) ordenada por este Tribunal en auto No. 6 del 11 de septiembre de 2013.

En cuanto a las agencias en derecho, siguiendo lo contemplado en el acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003, emanado del Consejo superior de la Judicatura, por ser este un trámite de única instancia de aquellos denominado con cuantía y habida consideración de lo que dispone el art. 365-5 del CGP, por no haber prosperado todas las pretensiones de la demanda, norma antes citada y de aplicación igualmente para la condena en agencias en derecho, este Tribunal procederá a imponer un reconocimiento por este concepto equivalente al ocho (8%) del valor de las pretensiones reconocidas en este laudo arbitral.

CAPÍTULO QUINTO: 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: Declarar que por hechos imputables al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL**, se presentó, en perjuicio de **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S**, la ruptura del equilibrio económico del contrato VAL-01-05 de 26 de septiembre de 2006, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Declarar que hubo por parte del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** indebida planeación del contrato VAL-01-05 de 26 de septiembre de 2006 suscrito con **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S**, lo cual generó perjuicios a éste, y en consecuencia se ordena al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** adoptar todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio de **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar como consecuencia de lo anterior que procede la revisión y ajuste de precios del contrato VAL 01-05 de 26 de septiembre de 2005 por haber ocurrido con posterioridad a su celebración circunstancias que han hecho más oneroso **CONSTRUCTORA MONTECARLOS VÍAS S.A.S**. el cumplimiento del Contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Denegar que por parte **CONSTRUCTORA MONTECARLOS VÍAS S.A.S**. se vienen realizando obras superiores a las aprobadas por el Distrito y su interventor, necesarias para garantizar la calidad y estabilidad del Proyecto, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Declarar el incumplimiento de obligaciones por parte del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** contempladas en el contrato VAL-01-05 d6 29 de septiembre de 2005 en cuanto a la adquisición y legalización de predios como responsabilidad contractual de su parte, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Declarar la existencia de modificaciones al acto administrativo de distribución y liquidación de valorización y a las resoluciones de asignación individual del gravamen, como consecuencia de errores del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL**, que implicaron la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios, y no han sido compensadas a **CONSTRUCTORA MONTECARLOS VÍAS S.A.S** como fue pactado en el contrato, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SÉPTIMO: Declarar la existencia a favor de **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S** de gastos no presupuestados y autorizados por el **DISTRITO DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Denegar la excepción de incumplimiento de la cláusula trigésima quinta del contrato de concesión VAL-01-05 que ordena agotar los mecanismos de arreglo directo de las controversias

contractuales, consagrada en el numeral 4.1 de la contestación de la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Denegar la excepción de inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato VAL-01-05 celebrado entre Convocante y Convocada consagradas en el numeral 4.2 de la contestación de la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Denegar la excepción de inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada consagrada en el numeral 4.3 de la contestación de la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO PRIMERO: Denegar la excepción de inexistencia de obligación por parte del Distrito de Cartagena de Indias para ejecutar las obras adicionales necesarias por intermedio del Convocante contenida en el numeral 4.4 de la contestación a la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Denegar la excepción de inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada en cuanto a la adquisición y legalización de predios contenida en el numeral 4.5 de la contestación a la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO TERCERO: Denegar la excepción de inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL-01-05 celebrado con la parte Convocada en cuanto al riego por valorización contenida en el numeral 4.6 de la contestación a la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO CUARTO: Denegar la excepción de improcedencia de condenas patrimoniales contra el Distrito de Cartagena ante la ausencia de situaciones de incumplimiento ni de circunstancias configurativas de la ruptura del equilibrio económico del contrato número VAL 01-05 contenida en el numeral 4.7 de la contestación a la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO QUINTO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S** la suma de **TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$3.333.596.348)**, por concepto de revisión y ajuste de precios del contrato VAL-01-05, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SEXTO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar a **CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S.** la suma de **DOSCIENTOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$205.620.796)**, por concepto de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones de adquisición y legalización de predios, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar a **CONSTRUCTORA MONTECERLO S.A.S** la suma de **TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$3.973.386.149)** por concepto de disminuciones individuales de la contribución de valorización superiores al cero punto cinco por ciento (0.5%) causadas por la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de las deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto y de más que conllevaron a su modificación, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO OCTAVO: Condenar al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** a pagar a **CONSTRUCTORA MONTECERLO S.A.S.** la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS (\$255.689.187)** por concepto de sumas por él autorizadas para el cumplimiento de sus funciones no presupuestadas y canceladas con cargo al proyecto que ocasionaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión VAL 01-05 en contra de **CONSTRUCTORA MONTECARLO S.A.S.**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO NOVENO: Condenar en costas y agencias en derecho al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

VIGÉSIMO: Negar la pretensión sexta de condena de la demanda, en el entendido de que las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Acceder a la pretensión séptima de la demanda, en el entendido de que las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: 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 (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ

Arbitro Presidente

WILSON TONCEL GAVIRIA

Arbitro

CARLOS PAREJA EMILIANI

Árbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA

Secretaria del Tribunal

ACLARACIÓN DE VOTO DEL ÁRBITRO JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ

Cartagena de Indias, 14 de octubre de 2014.

Con el debido respeto que me caracteriza y sin que el punto afecte de fondo las decisiones del Tribunal de Arbitramento, con las cuales me encuentro de acuerdo, el suscrito árbitro destaca que el análisis elaborado en el laudo arbitral parte de la base que el contrato VAL-01-05 de 2 de septiembre de 2005, objeto del litigio resuelto por el Tribunal, es un contrato de concesión de obra pública.

Sin embargo, a juicio del suscrito, dicho contrato es, en realidad, un contrato de obra pública y no un contrato de concesión de obra pública, como lo calificó el Tribunal, por las razones que pasa a explicar:

A. La necesidad de calificar la tipología contractual del contrato VAL-01- 05 de 26 de septiembre de 2005

Para establecer con precisión las obligaciones de las partes del contrato objeto de litigio y su alcance, así como el eventual incumplimiento de algunas por la parte Convocada a partir de lo demandado por la Convocante, el suscrito árbitro considera de suma importancia hacer un análisis previo de la naturaleza jurídica del contrato VAL-01-05, pues del acervo probatorio del proceso se evidencia una discusión determinante sobre este aspecto como premisa para la resolución de la controversia existente. Se recuerda al respecto que la jurisprudencia y los pronunciamientos arbitrales han efectuado constantemente estudios respecto de la real naturaleza del contrato que da origen a la controversia sometida a su conocimiento.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “La calificación que los contratantes den a un contrato motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre⁴⁸⁹, aunado a que “los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde⁴⁹⁰, y que “En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que ha dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas⁴⁹¹. En igual sentido, la justicia arbitral ha expresado que “la inquietud en el sentido de si el contrato objeto del presente proceso arbitral es efectivamente un contrato de prestación de servicios públicos, como bien se desprende del título dado por las partes o, en realidad, se trata de un contrato de concesión; por lo tanto, debe el Tribunal dilucidar esta cuestión

⁴⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, pág. 128

⁴⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 574.

⁴⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. No 2415, pág. 254.

antes de entrar a realizar un análisis de fondo de las controversias puestas a su consideración⁴⁹², a lo que se suma que en una controversia en la que el demandado fue igualmente el mismo convocado en el presente trámite, también se efectuó un análisis de la verdadera naturaleza del contrato, concluyéndose que el mismo no correspondía a la denominación propuesta por la entidad estatal⁴⁹³.

Es así como, a nuestro juicio, el juez de la causa está en el deber de revelar la verdadera naturaleza del contrato en atención al contenido del acervo probatorio obrante en el proceso, pues el mismo denota en principio una incongruencia jurídica que podría incidir en la decisión a adoptarse, de modo que para efectos de analizar el caso concreto, es procedente analizar la tipología contractual de la concesión de obra pública de manera paralela con el contrato de obra pública, para con base en ello examinar específicamente la naturaleza jurídica del contrato VAL-01-05 suscrito el día 2 de septiembre de 2005.

B. La distinción entre la concesión de obra pública y el contrato de obra pública

En nuestro sentir, el análisis desde el punto de vista jurídico de la concesión y su necesaria diferenciación con el contrato de obra, obliga a partir de la premisa de que en la legislación colombiana el contrato de concesión no ha sido concebido ni entendido como corresponde de acuerdo con la filosofía, evolución y desarrollo del mismo, pues en estricto sentido, la concesión tiene como propósito que el Estado permita a un particular utilizar una obra, bien o servicio público de su propiedad y a su cargo para la obtención de una utilidad económica. Así, *“casi siempre se olvida que por medio de la suscripción de un contrato de obra solo se busca a un particular capaz de realizar un trabajo material, mientras que en la concesión de obra se requiere a un individuo apto para gestionar la financiación de la obra, la realización y explotación de la misma⁴⁹⁴*

Es así como, para efectos de establecer de forma precisa la diferenciación entre estas dos tipologías contractuales, debe partirse de que, en principio en el marco de la contratación estatal, de acuerdo

⁴⁹² Tribunal de Arbitramento de Limpieza Integral y Mantenimientos especiales S.A. E.S.P. e Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A.I.C. - IMPSA contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Laudo de 15 de febrero de 2010. En el mismo sentido, Tribunal de Arbitramento Ecovías Ltda. Y Concep Ltda. (Consorcio Circunvalar 2005) contra Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla y la Región Caribe S.A. – EDUBAR, Laudo de 22 de noviembre de 2010.

⁴⁹³ Tribunal de Arbitramento Consorcio Vial Isla Barú contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias, Laudo de 4 de marzo de 2013

⁴⁹⁴ RAFAEL GÓMEZ Y FERRER MORANT. “El contrato de concesión de obra pública “en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, 2a Ed., Madrid, Thompson Cívitas, 2004, pp. 636 y ss.

con el artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983 –norma derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993– la concesión era una de las formas de pago del contrato de obra pública, naturaleza que fue mutada con el contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 cuando se separa en dos tipologías diferentes de típicos contratos administrativos la obra de la concesión de obra. En efecto, el mencionado Decreto Ley describía el contrato de obra pública mediante el sistema de concesión, consagrando en el artículo 102 que *“mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”*, sin perjuicio de que de acuerdo con el artículo 106 *“También se podrán celebrar contratos en los que se combinen dos o más de las modalidades previstas en el artículo 82 de este estatuto”* cuales son *“1. Por un precio global; 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión; 3. Por el sistema de administración delegada; 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y; 5. Mediante el otorgamiento de concesiones”*.

Entonces, el contrato de obra pública mediante el sistema de concesión se caracterizaba por la contratación de la ejecución de una obra pública para ser realizada por cuenta y riesgo del contratista, que sería pagada a éste con el recaudo de lo pagado por los usuarios de la misma, de manera única o en conjunto con otros sistemas de pago, de modo que dicha normatividad no presentaba una diferencia sustancial entre la obra y la concesión de obra como tipologías independientes, sino que se consideraba a ésta una especie de aquélla desde la perspectiva de la forma de retribución o contraprestación al ejecutor por parte del Estado como dueño del proyecto. En todo caso, es importante poner de presente que el hecho de que el sistema de pago de la concesión bajo la vigencia de la normatividad de 1983 se caracterizara por el recaudo de un pago que hicieran directamente los usuarios de la infraestructura, denota la existencia de un concepto de explotación del bien construido como elemento determinante de la utilización de este mecanismo, pues su uso se justifica en que los recursos para la ejecución del proyecto no provengan del erario público, sino directamente del costo de su utilización por los administrados⁴⁹⁵.

Ahora bien, como ya se ha esbozado, esta concepción de la concesión fue radicalmente modificada en el marco de la Ley 80 de 1993, actual Estatuto General de Contratación de la Administración

⁴⁹⁵ “La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 5 de mayo de 1999, Exp. 1.190

Pública, pues en el artículo 32, en el cual se define el concepto de contratos estatales, no solamente se separa a la concesión del contrato de obra, sino que se establece que “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”, con lo cual se establece el componente de explotación como un elemento esencial de identificación de la figura, pues la misma podrá darse tanto para obras como para bienes y servicios, junto con actividades de operación, organización, gestión, construcción o conservación.

Al respecto, se recuerda que la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos:

[L]a Ley 80 de 1993 tipificó tres especies de concesión: i) la concesión de servicio público, cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; ii) la concesión de obra pública, cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público y iii) la concesión de bien público, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público.

En la primera modalidad, se define el plazo durante el cual habrá de prestarse el servicio, la delimitación operacional del territorio, la regulación del régimen tarifario y de las condiciones operativas, como también lo relativo a la utilización de bienes estatales o privados para la prestación del servicio.

La segunda se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la l e y 105 de 1993 al regular la concesión de obra pública. Para algunos Doctrinantes, el elemento diferencial de este contrato, "no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública."

Y la tercera, comporta la explotación de cualquier bien de dominio público, sea fiscal o de uso público, pues su esencia está definida en función de la satisfacción del interés público,

*mediante la utilización del correspondiente bien, lo cual, de acuerdo con la definición constitucional y legal que caracteriza los bienes del Estado, puede lograrse a través de los bienes fiscales o de los de uso público*⁴⁹⁶.

También expresó la justicia administrativa:

La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público. [...]

En relación con (i) la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, la concesión de servicio público tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, la concesión de obra pública es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción.

[...]

En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión —sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes— son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente

⁴⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Exp. 11.542.

podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, "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" —artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993— y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el *contrato*⁴⁹⁷.

En otros términos, la justicia arbitral ha decantado como características de la concesión las siguientes:

En lo concerniente, a sus características más relevantes, se destacan:

(a). Es negocio jurídico, rectius, contrato típico con nomen y disciplina normativa, esto es, ostenta tipicidad legal.

(b). Es bilateral o de prestaciones correlativas al generar derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes.

(c). Es de ejecución sucesiva, prolongada o progresiva en el tiempo.

(d). Puede ser de naturaleza aleatoria o conmutativa según su disciplina normativa, su objeto, las estipulaciones contractuales, la utilidad de la relación negocial y el interés de las partes, en tanto las prestaciones podrán ser equivalentes, determinadas y ciertas o indeterminadas y determinables e inciertas y sujetas a factores contingentes desde su celebración.

*(e). Es de la esencia del contrato de concesión su desarrollo y ejecución "**por cuenta y riesgo del concesionario**" (Artículo 32 de la ley 80 de 1993) y, por consiguiente, un elemento (**esencialia negocia**) necesario e imprescindible para su existencia (Artículo 1501 del C. C. y 898 (2) del C. de Co.). No obstante, este elemento no determina su naturaleza conmutativa o aleatoria, ni precisa la asunción general e ilimitada de todos los riesgos. Por principio, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, son los expresamente pactados, los inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, los corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", proporcionados o equilibrados", los del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, a la buena fe, a la equidad y a las directrices,*

⁴⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 14.390.

reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada y, por tanto, inadmisibles "que en una relación contractual de derecho público (y en cualquier relación, se anota), el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato". Por lo común la previsión, dosificación y distribución de los riesgos de la contratación (Artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 1604 del C. C.) se efectúa en los términos de referencia, pliegos de la licitación, invitación a ofrecer, oferta o propuesta y en el contrato. A dicho respecto, las partes son admitidas a la negociación de los riesgos de la contratación, en términos razonables y sin llegar al extremo de su asunción general, total, absoluta e indiscriminada o en términos contrarios a la obligación, ni excluir el equilibrio económico negocial.

(f). Su función práctica o económica social atañe a la cooperación, es instrumento de colaboración, financiación y ejecución eficaz interpartes y, en virtud de los intereses generales, colectivos, públicos, trasciende la esfera intersubjetiva.

(g). Al contrato de Concesión, aplica el Derecho Privado, "salvo en las materias particularmente reguladas" en la Ley 80 de 1993, sus estipulaciones, "serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza" pudiendo pactarse las modalidades, condiciones y, "en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración" y, como acontece en la contratación particular, podrán acordarse otras cláusulas o estipulaciones que consulten los fines, cometidos, derechos e intereses estatales, los servicios y actividades confiadas.

En consecuencia, temas como, por ejemplo, los efectos de los contratos (Artículo 1602 del C. C.), la denominada condición resolutoria tácita (Artículos 1546 del C. C., y 870 del C. de Co.), la excepción de contrato no cumplido (Artículo 1609 del C. C.), la constitución en mora (Artículo 1608 del C. C.), los modos de extinción de las obligaciones (Artículo 1625 del C. C.), la regulación sobre el pago de las obligaciones (Artículos 1626 a 1686 del C. C.), entre otros, aun tratándose de típicos contratos estatales, por expreso mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, "se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes" -en ese orden-, razón por la cual respecto de esos asuntos se acudirá a la aplicación de las respectivas disposiciones mercantiles o civiles⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Laudo arbitral de 21 de noviembre de 2006.

En otra ocasión, expresó un Tribunal de Arbitramento:

[E]ntre los elementos que se extractan del contrato de concesión de obra pública a partir de lo establecido en la normatividad y en la jurisprudencia se encuentran:

- *Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. Al igual que en el contrato de obra pública, esta no es una característica específica del contrato de obra pública, sino de todos los contratos estatales en los términos de la Ley 80 de 1993, puesto que dicha Ley se refiere en específico a las denominadas entidades estatales en los términos del artículo 2.*
- *Objeto: otorgar la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra. En este caso se trata de la entrega a la persona natural o jurídica denominada concesionario, la posibilidad de ejecutar actividades materiales sobre un bien público, además exigirle a éste todas las actividades necesarias para el correcto funcionamiento.*
- *Cláusula del riesgo y ventura: el objeto antes descrito debe ejecutarse por cuenta y riesgo del concesionario. Este era un aspecto realmente trascendental en la celebración de contratos de concesión, sin embargo, en Colombia no se ha tratado propiamente desde la perspectiva del traslado por completo de los riesgos al concesionario, sino que ha variado de acuerdo con el tipo de concesión que se trata, y en la actualidad ha conllevado a señalarse que los riesgos deben asumirse por quien esté en mejor condición de soportarlos, asunto que ya venía ventilándose por la justicia arbitral.*

Ello, en todo caso, no implica que la concesión se ejecute por completo por cuenta y riesgo del concedente, ya que parte importante de esta tipología es el otorgamiento al particular de la obra a ejecutar, por lo que en gran medida tendrá la mejor condición de soportarlo el concesionario.

- *Forma de financiación: cualquiera que las partes acuerden. Vemos que la Ley 80 de 1993 no estableció de forma fija de remuneración del concesionario, incluso permitiendo que su pago no sea por medio del cobro a los terceros usuarios de la infraestructura, sino cualquiera que la autonomía de la voluntad permita. En esa medida, el concesionario puede no pagarse con la utilidad esperada de quien hace uso de la infraestructura, pero sí debe ponerla en funcionamiento y en la medida de lo posible explotarla, que para ese*

caso se traduciría en percibir ingresos accesorios por sacarle provecho a la infraestructura⁴⁹⁹.

De esta manera, se destacan como elementos distintivos del contrato de concesión que (i) su objeto es otorgar a una persona natural o jurídica, o forma de integración plural, llamada concesionario, 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 misma; (ii) que dicho objeto y sus actividades conexas deben ejecutarse por cuenta y riesgo del concesionario en cuanto al desarrollo normal del proyecto en sus componentes técnico y financiero y con base en la distribución de riesgos efectuada entre Estado y contratista como resultado de un análisis de tipificación, cuantificación de su costo y mecanismos de gestión a la parte que esté en mejor condición de asumirlos⁵⁰⁰, y; (iii) utilizando cualquier forma de remuneración para el contratista que las partes acuerden, sin restringirse al rédito causado por el pago de los usuarios de la obra, bien o servicio. Lo anterior ha sido recientemente reafirmado y complementado por la jurisprudencia, así:

[A] partir de la definición contenida en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley

80 de 1993, se puede afirmar que la concesión constituye un tipo contractual dirigido a obtener el concurso de la inversión privada, con el ánimo de optimizar, facilitar y acelerar la satisfacción de los servicios públicos, la construcción de obras o la explotación de bienes a cargo del Estado. Este contrato tiene las siguientes características: i) la entidad de derecho público encomienda al 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 obras o bienes destinados al servicio o al uso público ii) en ambos casos comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la

⁴⁹⁹ 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 de 4 de marzo de 2013.

⁵⁰⁰ “[L]a razón de ser de la incorporación del concepto de los riesgos en un contrato es analizar todos aquellos resultados de situaciones o eventos que se puedan presentar durante su ejecución y que puedan dificultar o facilitar ésta, a fin de establecer su probabilidad de ocurrencia y los costos estimados de su eventual configuración, para que con base en la posición que se tiene frente a las mismas y al riesgo en general – si se es amante, neutral o adverso- y el costo aproximado de su gestión -bien para que se desarrolle el riesgo, o para reducir su probabilidad de ocurrencia o minimizar el costo de sus consecuencias-, se decida qué tipo de riesgos y cuánta cantidad de los mismos se quiere asumir y en consecuencia gestionar. Por lo tanto, la distribución de los riesgos en una relación contractual determina indefectiblemente qué riesgos deben ser gestionados por cada una de las partes involucradas en la misma, siendo ello una obligación en el marco del acuerdo de voluntades que de no cumplirse conllevará no solamente al desarrollo del riesgo malo para el objeto contratado o el no desarrollo del riesgo bueno para éste, sino además el incumplimiento de las estipulaciones contractuales que derivará en responsabilidad de la parte correspondiente”. Tribunal de Arbitramento de Consorcio Cosacol-Confurca contra Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. -TRANSORIENTE S.A. E.S.P., Laudo de 18 de junio de 2014.

obra o servicio iii) el concesionario asume los riesgos derivados de la actividad, lo cual implica que debe conseguir los recursos técnicos y financieros para prestar el servicio, ejecutar o explotar la obra o el bien y los invierte, además, por su cuenta y riesgo; iv) la entidad concedente ejerce el control y vigilancia del concesionario; v) el concesionario tiene derecho a recibir una contraprestación, que puede ser pactada por las partes contratantes bajo cualquier modalidad, incluso, puede consistir en derechos, tasas, valorización o participación en la explotación del bien, vi) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, vii) conlleva la inclusión virtual de las cláusulas excepcionales al derecho común y la cláusula especial de reversión respecto de los bienes directamente afectados a la concesión, viii) adicionalmente, el objeto del contrato de concesión puede versar sobre actividades cuyo monopolio detenta el Estado⁵⁰¹

Ahora bien, plenamente identificada la figura de la concesión como un contrato autónomo a partir del estudio de sus elementos estructurales, se deduce claramente que la misma reporta una total independencia de la obra pública como mecanismo contractual. En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 ya referido en su numeral 1 consagra 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”, siendo evidente que el elemento esencial de este tipo contractual es la realización de trabajos materiales sobre un bien inmueble, con independencia de la forma de pago que se adopte como contraprestación.

En este punto, nuevamente se pone de presente que la justicia arbitral ha decantado como características del contrato de obra las siguientes:

- *Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. En realidad esta no es una característica específica del contrato de obra pública, sino de todos los contratos estatales en los términos de la Ley 80 de 1993, puesto que dicha Ley se refiere en específico a las denominadas entidades estatales en los términos del artículo 2.*
- *Objeto: la actividad material debe recaer sobre un bien de propiedad del Estado. El concepto de obra pública ha tenido muchas definiciones, pero una precisa frente a la materia a tratar lo trae la doctrina así “operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos”.*
- *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.*

[...]

⁵⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2012, Exp. 20.523.

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

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

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

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

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

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

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

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

- *Bilateral sinalagmático: el artículo 1496 del Código Civil colombiano define que “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”, de modo que debe analizarse si para una o ambas partes del contrato surjan obligaciones, y la correlatividad que existe entre dichas obligaciones.*

En el contrato de obra pública existen prestaciones por ambas partes, pues se presenta por un lado la ejecución de una actividad material sobre un bien inmueble, y por otro la

entrega de un pago. Así mismo, las obligaciones son correlativas, puesto que la ejecución de la actividad material sobre el bien inmueble se ve como contraprestación al pago que se pretende ejecutar.

- *Oneroso: el artículo 1497 del Código Civil señala que “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”. Así, el concepto de utilidad de ambas partes radica en los contratos onerosos.*

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

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

Por regla general, el contrato de obra pública es conmutativo, debido a que el particular se obliga a la ejecución de una actividad material que debe cumplir, ya que se trata de una obligación de resultado, y frente a dicha actividad material la entidad estatal debe definir un pago al particular⁵⁰².

Como consecuencia de todo lo anterior, tenemos, entonces, que sin lugar a dudas la obra y la concesión son dos contratos independientes y diferentes desde su esencia, pues mientras que la concesión tiene como objeto principal la explotación de una obra, bien o servicio público, la obra se erige para la intervención material de un bien inmueble, ya sea para su construcción, transformación o destrucción; esto denota, en consecuencia, que la relación entre la obra y la concesión de obra se reduce a la existencia de un elemento común de realización de trabajos sobre una infraestructura, siendo en la concesión una actividad de medio, y en la obra su finalidad y objetivo.

⁵⁰² 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 de 4 de marzo de 2013, cit.

En concordancia con lo expuesto, debe hacerse notar que la doctrina también se refiere a esta característica de que el contratista debe llevar a cabo el mantenimiento y explotación de la obra como una de las notas que permite caracterizar la existencia de un auténtico contrato de concesión de obra pública. En este sentido, se ha dicho que el citado contrato “*tiene por objeto la realización de algunas prestaciones del típico contrato de obras (incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes), así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos*”⁵⁰³. De la misma manera se ha dicho:

Las notas distintivas de la nueva configuración del contrato podrían resumirse en los siguientes términos:

[...]

*Explotación, conservación y mantenimiento. La LCSP se refiere explícitamente en el artículo 7.1 a la “conservación y mantenimiento” de los elementos constructivos como una nota característica del contrato de concesión de obras públicas. Y aunque no se refiere en similares términos a la “explotación” de la obra, ésta sigue configurándose, sin embargo, como el eje central que caracteriza este tipo de contrato*⁵⁰⁴.

Al respecto, la doctrina más autorizada en la materia también ha expresado lo siguiente:

*La obra pública objeto del contrato se convierte en soporte instrumental con la única finalidad de su explotación económica mediante la ejecución de Actividades y servicios de interés público, constituyendo éste un elemento esencial y característico del contrato*⁵⁰⁵.

En el mismo sentido se ha expresado el profesor Gaspar Ariño:

*La explotación de la obra por parte del particular en el contrato de concesión, no es solo una forma de remuneración del administrado, sino objeto mismo del contrato*⁵⁰⁶.

⁵⁰³ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 506.

⁵⁰⁴ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. “El contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa*, nº 274-275, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-agosto 2006, pp. 212 y 213.

⁵⁰⁵ FRANCISCO PUERTA SEGUIDO. “El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación. Definición legal y objeto” en *El contrato de concesión de obras públicas en la ley de contratos del sector público*, Capítulo II, Madrid, La Ley Temas, 2009, pp. 106 y 107.

⁵⁰⁶ GASPAR ARIÑO ORTÍZ. “Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra” en *Revista de obras públicas. Extraordinario* Núm. 3425, Madrid, Octubre 2002, pp. 189 y ss.

A lo anterior se suma que no puede dejarse de lado que la concesión busca esencialmente la vinculación de capital privado a la actividad estatal para la financiación a largo plazo de proyectos de gran envergadura que de otra manera implicarían el compromiso de importantes recursos del Estado por largos períodos de tiempo en detrimento de la materialización de otros objetivos que son igualmente necesarios para el logro de sus fines y que también demandan una ejecución mediata e inmediata, tal como lo hemos referido en líneas precedentes; por ello la concesión en la actualidad parte del supuesto de la explotación de la obra, bien o servicio en el sentido de que la misma produzca valor económico, si bien ha sido claro que puede no ser la única fuente de pago del concesionario ejecutor.

En resumen, tanto la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como la justicia arbitral han diferenciado la concesión y la obra a partir de sus características, en los siguientes términos:

[L]a concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá , en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuanta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de "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"

[...]

[S]e ha señalado que el elemento diferencial de este contrato "... no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los

servicios de infraestructura pública⁵⁰⁷.

Ha dicho un laudo arbitral:

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

Es este el concepto adoptado por la ley, que ha encontrado desarrollo unánime en la doctrina nacional y extranjera en el intento de definir la concesión de obra pública. Por la definición misma de la concesión ha surgido la preocupación doctrinaria de establecer los linderos de la responsabilidad del concesionario frente al riesgo que éste asume con la celebración del contrato. Múltiples han sido los ensayos en esta materia, pero todos descansan sobre un común denominador: el concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo, lo que implica la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra, la remuneración correspondiente, que usualmente consistirá en la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que

⁵⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 14.390.

regulan la materia⁵⁰⁸

En conclusión a partir de todo lo hasta aquí explicado, para el suscrito árbitro es indiscutible la diferencia entre la obra pública y la concesión de obra pública, y en consecuencia procederá a analizar de manera concreta, en el marco de sus facultades, la verdadera naturaleza jurídica del contrato objeto de la controversia, para con base en ello identificar la normatividad aplicable que permita dilucidar la viabilidad de las pretensiones de la demanda y de las excepciones de la defensa.

C. El caso concreto: Análisis del contrato VAL-01-05 de 26 de septiembre de 2005

A la luz de lo anteriormente expuesto, y partiendo del hecho evidente de que el contrato que da origen a la presente controversia fue celebrado en plena vigencia

Del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, se procederá a verificar la tipología contractual que corresponde al mismo a partir del contenido de sus estipulaciones, para determinar si la misma corresponde a una concesión, tal como quedó plasmado en el documento contractual, o si realmente atiende a la figura de obra por la redacción misma de su clausulado.

En ese orden de ideas, se observa lo siguiente:

1.- De acuerdo con la cláusula primera del contrato VAL-01-05 de 26 de septiembre de 2005, el objeto del mismo, producto de la adjudicación de la licitación pública VAL-001-2005 adelantada por el Departamento Administrativo de Valorización de Cartagena de Indias mediante la Resolución 0671 de 31 de agosto de 2005, consiste en *“otorgar a EL CONCESIONARIO la concesión para que realice los estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras durante el período de concesión del Proyecto denominado: OBRA PÚBLICA CON DISEÑO DEL CONTRATISTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE AL ANILLO VIAL O RUTA 90ª CON LA CORDIALIDAD, PARTIENDO DE LA INTERSECCIÓN DEL ANILLO VIAL CON LA VÍA MANZANILLO DEL MAR HASTA LA INTERSECCIÓN CON LA CORDIALIDAD, Y LA VÍA DE PENETRACIÓN DESDE EL ANILLO VIAL PASANDO POR TIERRA BAJA Y EL MEJORAMIENTO DESDE TIERRA BAJA HASTA LA INTERSECCIÓN CON*

ESTA TRANSVERSAL, el cual incluye: La elaboración de los diseños de la vía según las especificaciones técnicas; Construcción de la vía; La financiación del proyecto, los costos de administración de los diseños y estudios llevados a cabo por el Departamento Administrativo de Valorización y financieros durante el plazo para la recuperación de la inversión y demás aspectos que se derivan de un contrato de esta naturaleza ofrecidos por EL CONCESIONARIO”.

⁵⁰⁸ Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. contra Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, Laudo de 24 de agosto de 2001.

2.- Dentro de la cláusula segunda del referido contrato, la cual consigna el plazo de ejecución del proyecto, se indica en su literal c) que el mismo comprende una etapa de programación, en la que “EL CONCESIONARIO contará con seis (6) meses en los que deberá: 1. Revisar, modificar, ajustar bajo su criterio técnico y responsabilidad, y presentar el diseño definitivo de la obra prevista la cláusula primera. 2. Revisar el Plan de Manejo Ambiental y tramitar las modificaciones a que haya lugar, entre otras la cesión a su favor de la Licencia Ambiental. 3. Adquirir los predios de acuerdo con la ruta crítica de ejecución. 4. Efectuar el cierre financiero y el cobro de la contribución por valorización (...) 5. Pagar los costos de la supervisión e interventoría del proyecto correspondiente a esta etapa.

6. Efectuará el estudio socioeconómico definitivo con el objeto de tomar las decisiones de mitigación social a que haya lugar. 7. Constituir el fideicomiso para la debida administración de los recursos financieros de la concesión y las tasas y contribuciones a que tiene derecho en virtud de este contrato (...) 8. EL CONCEDENTE consolidará, en esta Etapa, el proceso de distribución y liquidación de la contribución de valorización, y efectuará las revisiones y aprobaciones correspondientes (...); e igualmente comprende en su literal d) una etapa de construcción, en la que “se deberán instalar los equipos, movilizar los materiales y el personal requerido para la construcción, al sitio de la obra, desarrollar la totalidad de las obras que conforman el proyecto determinadas en los diseños definitivos, las medidas de mitigación, compensación y restauración de los impactos ambientales negativos generados e instalaciones del alcance físico del proyecto y el suministro, montaje y pruebas de los equipos para la operación”; y por último, consigna una etapa de recaudo en el literal e), que consiste en “El plazo para la facturación y recaudo por valorización cedida a EL CONCESIONARIO para la recuperación de la inversión y utilidades...”.

3.- Por otra parte, se observa que mediante modificatorio de 26 de junio de 2008, las partes acordaron modificar la cláusula primera del contrato de concesión, Estipulando como objeto del mismo que “el concesionario se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, el proyecto denominado “CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90 CON LA 90ª, partiendo de la intersección con la vía manzanillo del mar hasta la cordialidad, y la vía de penetración del anillo vial a tierra baja hasta el punto de intersección con la calle de acceso al pueblo, lo cual incluye: financiación del proyecto, revisión de los estudios y diseños; adquisición de predios; construcción de las obras viales; montaje e instalación de redes de iluminación y drenajes pluviales; implementación del plan de manejo ambiental; financiación de la interventoría; facturación y recaudo de la contribución de valorización; pago de los costó (sic) de pre inversión y gerencia de proyecto y los demás ítem (sic) señalados en el pliego de condiciones de la licitación que procedió (sic) la contratación y el contrato”.

4.- Así mismo, la cláusula tercera que estipula el valor del contrato, consagra que “Para efectos tributarios el contrato tendrá un valor indeterminado. No obstante el valor real de las inversiones estará constituido por la suma de los valores de los siguientes Ítems: Revisión de estudios y diseños, construcción vial, gerencia del proyecto, ejecución del plan ambiental, interventoría, supervisión, control de calidad, gestión y adquisición de predios, costos de recaudo de la contribución, costos

operativos del proyecto, utilidades, imprevistos, impuestos y gravámenes. En todo caso el costo de la inversión es la suma señalada, expresada en la oferta del contratista, más la inflación transcurrida entre la fecha del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización. PARÁGRAFO PRIMERO: Los valores de los ítems del contrato, mantendrán fijos los porcentajes de imprevistos, utilidades y el recaudo cobrado por la fiducia, consignados en la propuesta de EL CONCESIONARIO. PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor definitivo del contrato se actualizará conforme al índice de inflación desde el día del cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización”.

5.- Aunado a lo anterior, se encuentra que la cláusula quinta estipula como otras obligaciones del concesionario, además de las ya previstas, “1. Financiar la inversión requerida por el proyecto; incluyendo costos de: Preinversión (sic) del proyecto, de desarrollo del proyecto; asesorías, estudios y diseños; construcción, financiación y administración de recursos; mitigación del impacto ambiental; adquisición de predios; distribución, facturación y recaudo de la contribución de valorización; administración. 2. Constituir las garantías exigidas y pagar los impuestos del proyecto. 3. Constituir un fideicomiso, dentro de los quince (15) días calendarios (sic) siguientes a la suscripción del presente contrato, para la captación y administración de los recursos financieros del proyecto incluyendo la contribución de valorización. 4. Elaborar y responder por el diseño definitivo del proyecto. 5. Gestionar la adquisición de predios por negociación directa, elaborar las promesas y minutas de las escrituras de compraventa (sic) 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. 6. (sic) 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. 7. Gestionar las modificaciones de la Licencia Ambiental con su Plan de manejo Ambiental otorgada para el proyecto, de acuerdo a (sic) su diseño definitivo y al programa de trabajo; aceptar la cesión que de ella le haga EL CONCEDENTE; y cumplir las obligaciones derivadas de la misma. 8. Construir las obras del proyecto vial, así como las necesarias para la operación del mismo, de acuerdo con el diseño elaborado por EL CONCESIONARIO. 9.- Pagar a través del fideicomiso los costos de Interventoría y supervisión. 10. Suministrar, instalar, montar y probar los equipos y elementos de señalización, iluminación de las obras y amoblamiento urbanos requeridos para la operación del proyecto. 11. Facturar y recaudar la contribución de valorización decretada y liquidada por EL CONCEDENTE para la financiación de este proyecto. 12. Facilitar el pago de la contribución mediante el establecimiento del recaudo a través de agencias del sistema financiero. 13. Suministrar toda la información y documentación necesaria a EL CONCEDENTE para que este adelante la jurisdicción coactiva y apoyar tales cobros. 14. Sustentar y gestionar los cobros prejurídicos (sic). 15. Indemnizar los perjuicios que cause a terceros en desarrollo o como consecuencia de la construcción de las obras, cuando EL CONCESIONARIO actúe con culpa o dolo. 16. Mantener las vías y las obras del proyecto en el nivel de servicio mínimo establecido en el pliego. 17. Revertir a EL CONCEDENTE los bienes objeto de la concesión, incluyendo las obras e instalaciones y equipos afectados directamente a la operación de las mismas, en estado de

funcionamiento y con el nivel de servicio establecido en el pliego de condiciones. 18. Ejercer, con personal idóneo, el control técnico interno sobre la cantidad y calidad de los bienes, obras, trabajos y servicios que le suministren o construyan sus subcontratistas. 19. Transferir a la empresa controladora de cartera de EL CONCEDENTE, los documentos de pago para el ejercicio de su función y permitir el conocimiento de los representantes designados por esta empresa de las cuentas de fideicomiso. 20. Rembolsar (sic) a EL CONCEDENTE los costos de preinversión (sic) (Costos de estudios y asesorías previos a la contratación) en valor actualizado con el IPC desde junio del 2005 hasta la fecha de reembolso”.

6.- Por último, se encuentra en la prueba testimonial rendida por el representante legal de la interventoría del proyecto lo siguiente:

DR. EXPÓSITO: No... si la información relacionada con el contrato bajo su tarea que es la de interventor del mismo. Eso es. Además de esos generales de Ley y que nos adelantamos un poquito en relación con lo que ha sucedido a lo largo de la ejecución del contrato, ya Usted hablo de la primera fase como contrato de concesión en principio es un contrato que estaba dividido en etapas. Es así? La primera Ud. dice, había unos diseños

SEÑOR MAYRON: Realmente, esto no es un contrato de concesión, esto es un contrato de obra civil por valorización, si u analiza la ejecución del proyecto y la naturaleza y objeto del contrato, esto no es un contrato de concesión porque aquí no se construye a todo riesgo y a todo costo, tampoco el concesionario se le entregó en concesión la administración y operación y recaudo de los peajes. Esto simplemente es una obra por valorización, que por uno u otro factor le pusieron concesión, vaya y venga pero la realidad es que es una obra civil por valorización.

En este orden de ideas, se observa claramente que los documentos contractuales refieren como objeto y alcance del mismo a actividades de revisión de estudios y diseños; elaboración de diseños definitivos; construcción y mejoramiento de una vía; financiación del proyecto con recursos del contratista, y recaudo de una contribución por valorización. Lo anterior evidencia que en ninguno de sus apartes, ni mucho menos dentro de la esencia misma de la relación jurídica, el contrato contempló la actividad de explotación de la vía a ser construida y mejorada, aspecto muy diferente del cobro de la contribución de valorización a los propietarios de predios que se encuentran en la zona de influencia del proyecto, pues los usuarios de la misma no se limitan a tales sujetos, ni el cobro de esta contribución se justifica en el uso de la vía.

Por el contrario, se evidencia que el objeto del proyecto es la ejecución de una intervención material sobre un bien inmueble, en las modalidades de construcción y mejoramiento, con actividades conexas como la revisión de estudios y diseños y la elaboración de ingeniería de detalle, aspectos que se constituyen en medio y requisito necesario para la consecución de la finalidad buscada con la contratación, aunados a una prestación de servicios de recaudo de unos recursos específicamente relacionados con la vía intervenida, actividades que serían remuneradas con el valor recaudado por

concepto de contribución por valorización cobrada a las personas propietarias de inmuebles en la zona determinada como de influencia del proyecto de obra.

Ahora bien, el hecho de que la financiación del proyecto provenga del contratista y no directamente del presupuesto público no convierte automáticamente el contrato en uno de concesión de obra pública. En efecto, en la definición del contrato de obra pública contenida artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993, se prevé claramente 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”* (Subrayas fuera de texto), lo cual implica que, al igual que en el contrato de concesión, la forma de remuneración del contratista no es definitiva para determinar la naturaleza jurídica del contrato, pues en ambos tipos contractuales se acepta ampliamente la libertad para pactar la forma de pago.

Bajo ese marco legal, el hecho de que todo el dinero para la ejecución de los trabajos materiales lo ponga el contratista y luego reciba su remuneración con la cesión de unos recaudos tributarios, no se traduce en que exista un contrato de concesión puro y simple. Por el contrario, tanto en una tipología contractual como en la otra, dicha modalidad de pago resulta admisible, de tal manera que ese simple hecho no puede determinar la tipología contractual.

Además, tampoco puede desconocerse que existen muchos casos en que contratos de obra pública puros y simples se ejecutan con la financiación del contratista. Es el caso típico de un contrato de obra a precio global en el cual se pacta que la totalidad del importe se cancelará una vez terminada y en funcionamiento la obra. En ese caso, el contratista efectivamente está financiando la ejecución del contrato y no por ello se desconoce que es un contrato de obra pública, pues lo cierto es que la modalidad de pago no resulta un hecho relevante para calificar la tipología contractual.

Así las cosas, para el Tribunal es absolutamente claro que a la luz de la normatividad vigente y bajo la cual fue celebrado el contrato VAL-01-05, la relación jurídica constituida entre el Distrito-Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias y la Constructora Montecarlo S.A.S. se enmarca plenamente como un típico contrato de obra en los términos del artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993, toda vez que su objeto y finalidad es la realización de trabajos materiales sobre un bien inmueble y no la ejecución de los mismos como un medio para la explotación del bien por parte del contratista con finalidades económicas para la administración contratante.

A. Conclusión y consecuencias

Como consecuencia de lo anterior, para efectos de dirimir la controversia puesta en conocimiento del Tribunal, las pretensiones y excepciones debieron ser analizadas en el marco del contrato celebrado bajo la tipología de obra, con la consecuente aplicación de las normas civiles y comerciales sobre la materia, además de las especiales contenidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública sobre el particular y no con base en las normas propias del contrato de concesión de obra pública.

Empero, el suscrito árbitro considera que, de acuerdo con el acervo probatorio recaudado y por las razones expuestas en las consideraciones del laudo arbitral objeto de la presente aclaración de voto, las soluciones de fondo dadas a las pretensiones y excepciones presentadas serían idénticas si se le diera tratamiento de contrato de obra pública, por lo cual el presente documento es simplemente una aclaración de voto en cuanto a la consideración de que se trataba de un contrato de concesión de obra pública.

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ

Árbitro Presidente