

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**DE**

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**

**CONTRA**

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

Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural, siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescribe la Ley 1563 de 2012 y, en lo pertinente, las consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Código General Del Proceso, Decreto 1829 de 2013, Decreto Legislativo No. 491 de 2020, normas que rigen el presente proceso, este Tribunal de Arbitramento procede a proferir el laudo arbitral que resuelve las controversias surgidas entre las partes señaladas en el encabezado de este documento, que han sido sometidas a su decisión, en el siguiente orden.

**CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES**

**1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA**

Mediante escrito presentado el 31 de octubre de 2019 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, fue radicada la solicitud de convocatoria para el inicio del proceso arbitral (demanda arbitral) formulada por las sociedades que conforman el Consorcio Vial Isla Barú como la parte Convocante, a través de apoderado especial, con la finalidad de dirimir las

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

diferencias presentadas con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL, como parte Convocada, con ocasión de la ejecución del CONTRATO DE CONCESIÓN No. VAL-02-06, suscrito el 29 de diciembre de 2006, entre el DISTRITO y el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú, cuyo objeto se estableció así:

*“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- El objeto del presente contrato es el de otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión “Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú” el cual incluye: a.) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato. b.) Construcción de la vía (31kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kms aproximadamente); c.) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión”.*

Con posterioridad, mediante memorial radicado el 31 de enero de 2020, la parte Convocante presentó corrección a la demanda arbitral.

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

### **3. PRETENSIONES:**

#### **3.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**3.1.1. PRIMERA:** *Que se declare que las obras del Pedraplén protector de “Playetas” comprendido entre las abcisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Indias, se encuentra dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No.1 de la Licitación Pública VAL-02-06, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión.*

**3.1.2. SEGUNDA.-** *Que se declare que el **DISTRITO DE CARTAGENA** viene incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no permitir que el Contratista **CONSORCIO** ejecute la totalidad de su objeto contractual en lo que corresponde a la ejecución del Pedraplén protector de “Playetas”.*

**3.1.3. TERCERA.** *Que se declare que el **DISTRITO DE CARTAGENA** incluyó en el objeto del contrato No 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el **DISTRITO DE CARTAGENA** y la sociedad **KMC** la optimización del pedraplen para la conformación de la cimentación de la vía transversal barú en el tramo 2 de playetas del distrito de Cartagena de indias” que es el mismo establecido en el contrato VAL -02-06 celebrado entre el **CONSORCIO VIAL ISLA BARU** y el **DISTRITO DE CARTAGENA** el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.*

### **3.2.PRETENSIONES DE CONDENAS:**

**3.2.1. PRIMERA.** *Que se condene al **DISTRITO DE CARTAGENA** a que debe permitir y disponer lo pertinente, a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, para que el **CONSORCIO** demandante ejecute la totalidad de las obras faltantes del objeto del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 en lo que corresponde a la ejecución de las obras faltantes del Pedraplén protector de “Playetas”*

**3.2.2. SEGUNDA.** *Que se condene al **DISTRITO DE CARTAGENA** a que debe aplicar el artículo 44 de la ley 80 de 1993 dando por terminado, en el estado que se encuentre el contrato No 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el **DISTRITO DE CARTAGENA** y la sociedad **KMC**, por nulidad absoluta al ser su objeto ilícito al haberse celebrado contra expresa prohibición legal por razón de que su objeto “contenido en su cláusula segunda “CONTRATAR LA*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

*OPTIMIZACION DEL PEDRAPLEN PARA LA CONFORMACION DE LA CIMENTACION DE LA VIA TRANSVERSAL BARU EN EL TRAMO 2 DE PLAYETAS DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS” es el mismo establecido en el contrato VAL -02-06 celebrado entre el **CONSORCIO VIAL ISLA BARU** y el **DISTRITO DE CARTAGENA** el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.*

**3.2.3. TERCERA:** *Que se condena en costas, incluyendo agencias en derecho al **DISTRITO DE CARTAGENA***

## **2. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL**

Mediante audiencia de nombramiento de árbitros, celebrada el 18 de noviembre de 2019, las partes designaron de común acuerdo, de la lista oficial de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, como árbitros a los doctores Nicolás Pareja Bermúdez, Rodrigo Vicente Martínez Torres y Rodrigo Noguera Calderón.

Comunicadas oportunamente las designaciones a los árbitros nombrados, los doctores Pareja y Martínez manifestaron su aceptación del cargo y cumplieron con el deber de información, mientras que el doctor Noguera no aceptó la designación. Teniendo en cuenta lo anterior, en audiencia del 12 de diciembre de 2019, fue designado como árbitro el doctor Néstor David Osorio Moreno, quien aceptó el cargo y cumplió con el deber de información.

El 22 de enero de 2020, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal, con la participación de las partes y fue designado como Árbitro presidente el doctor Rodrigo Martínez Torres, y como Secretaria la doctora Liliana Bustillo Arrieta, quien tomó posesión del cargo. 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.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

La AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO fue informada de este proceso arbitral, 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.

### **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. 2 de fecha 6 de febrero de 2020, resolvió admitir la demanda arbitral presentada por la Convocante, notificar personalmente la providencia al representante legal de la entidad demandada y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido a los buzones electrónicos para notificaciones judiciales, y les corrió traslado por el término legal de veinte (20) días, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, los cuales comenzaron a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

Se dejó constancia que la notificación a través de buzón electrónico se entendería surtida cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

Adicionalmente, se dispuso comunicar la Providencia No. 2 a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado.

El 7 de febrero de 2020 se envió vía correo electrónico certificado del Auto No. 2 proferido por el Tribunal de Arbitraje, en el que se resolvió la admisión de la demanda arbitral corregida, para efectos de notificación a todas las partes y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso. Así mismo, se envió la comunicación a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, entidad que por correo electrónico recibido el 10 de febrero de 2020, emitido desde el correo soporte.ekogui@defensajuridica.gov.co manifestó el acuse de recibido. (Date: lun., 10 feb. 2020 a las 13:11 Subject: CASO N° 0118508).

Así mismo, con la finalidad de notificar la decisión de admisión de la demanda, se remitió el Auto No. 2 proferido por el Panel Arbitral, copia de la demanda arbitral corregida, sus pruebas y anexos, en dos (2) correos electrónicos certificados CERTIMAIL, el día 7 de febrero de 2020, teniendo en cuenta que los documentos adjuntos eran de gran tamaño.

Consta igualmente en el expediente el acuse de recibo certificado CERTIMAIL de la notificación del Auto No. 2 del 6 de febrero de 2020.

Respecto a los correos No.1 y No. 2 emitidos por la secretaria de este Tribunal, el día 7 de febrero de 2020, a las direcciones: notificacionesjudicialesadministrativo@cartagena.gov.co, eomana@procuraduria.gov.co y oscar@ibanez.com.co, el sistema CERTIMAIL certificó ACUSE DE RECIBO CERTIFICADO Y ESTADO DE ENTREGADO, el día 7 de febrero de 2020, tal como se informa en la tercera columna de la tabla anterior.

El día 12 de febrero de 2020, la secretaría del Tribunal emitió oficio dirigido al Agente del Ministerio Público y al Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C, con CD adjunto contentivo de la providencia notificada, demanda arbitral corregida, pruebas y anexos, recibidos el día 12 de febrero de 2020 por la abogada del Distrito de Cartagena D.T. y C., doctora Mélida Agamez Julio en las oficinas del Distrito, y por el funcionario que atendió en la oficina del Procurador Judicial, como consta en el expediente los oficios recibidos. Lo anterior, para los fines previstos en el inciso 5º del artículo 199 del C.P.C.A.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Teniendo en cuenta lo anterior, el término común de 25 días hábiles, previsto en el artículo 199 del C.P.C.A., comenzó a correr desde el día 10 de febrero de 2020, día hábil siguiente al 7 de febrero de 2020, fecha de acuse de recibo certificada de la entrega en el buzón del destinatario, y venció el 13 de marzo de 2020.

Seguidamente, inició a correr el término de veinte (20) días hábiles de traslado previsto en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 y antes de la suspensión de los términos procesales, decretada mediante Auto No. 5 del 19 de marzo de 2020, corrieron los días 16, 17 y 18 de marzo de 2020. Teniendo en cuenta que la suspensión de los términos procesales, fue a partir del 19 de marzo de 2020, por 7 días hábiles, la misma se extendió hasta el 30 de marzo de 2020. Reanudados los términos el día 31 de marzo de 2020, conforme con lo resuelto en el Auto No. 6 del 30 de marzo de 2020, notificado y con constancia de entregado en los correos de los destinatarios, en la misma fecha, reinició la cuenta del término del traslado previsto en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, desde el cuarto día hábil que corresponde al 31 de marzo de 2020, por lo que venció el traslado de la demanda arbitral, el día 24 de abril de 2020, sin tener en cuenta para la contabilización de los términos, los días festivos, 9 y 10 de abril de 2020, correspondientes a la Semana Santa.

El 28 de abril de 2020 se recibió, de la parte Convocante, memorial en el que solicitó que se le corriera traslado virtual de las excepciones de mérito o demanda de reconvencción que hubiere interpuesto la parte convocada Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C, - Departamento Administrativo de Valorización Distrital.

El 29 de abril de 2020 la parte Convocada, Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C. - Departamento Administrativo de Valorización Distrital, allegó por correo electrónico memorial contentivo de la contestación de la demanda arbitral y excepciones de mérito.

## **TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

### **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

Teniendo en cuenta lo anterior, la contestación de la demanda arbitral fue presentada al Tribunal de Arbitramento, por correo electrónico del 29 de abril de 2020, y por ende, fue radicada por fuera del término legal concedido, por lo que no se surtió el traslado ordenado en el inciso primero del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, respecto a las excepciones propuestas por la Convocada.

#### **4. EXTEMPORANEIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En la audiencia de fecha 30 de abril de 2020 (Acta No. 7), el Tribunal de Arbitraje señaló que la contestación de la demanda arbitral fue presentada, por correo electrónico el 29 de abril de 2020 y, por ende, extemporánea o por fuera del término legal concedido, por lo que no se surtió, el traslado ordenado en el inciso primero del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, respecto de las excepciones propuestas por la Convocada. Lo anterior, quedó ratificado en el Auto No. 9 del 14 de mayo de 2020.

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

Mediante Auto No. 10 del 14 de mayo de 2020, se reprogramó para el día 22 de mayo de 2020, a las 3:00 p.m., la audiencia de conciliación y en caso de no lograrse acuerdo, la determinación de los gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal.

La audiencia se celebró con la participación de las partes y el Agente del Ministerio Público. Mediante Auto No. 11 del 22 de mayo de 2020, se declaró fracasada la audiencia de conciliación, ante la imposibilidad de las partes de lograr una fórmula de arreglo a la controversia sometida al conocimiento del Tribunal de Arbitraje.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

Mediante Auto No. 12 del 22 de mayo de 2020, el Tribunal de Arbitraje fijó las sumas por concepto de gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal, el cual fue objeto de recurso de reposición por la parte Convocante, fue revocado y en consecuencia quedaron definidos los gastos y honorarios en el Auto No. 13 del 22 de mayo de 2020. Adicionalmente, ordenó su consignación a las partes a órdenes del Presidente del Tribunal, mediante cheque de gerencia, dentro del plazo de ley, providencia que quedó notificada y ejecutoriada en dicha audiencia.

En esta audiencia del 22 de mayo de 2020 también se realizó el control de legalidad a las actuaciones surtidas en el trámite del Proceso Arbitral, sin observaciones de las partes y el Agente del Ministerio Público.

La parte Convocante, CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, 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. 004597 del BANCO DE OCCIDENTE, de fecha 8 de junio de 2020, 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.

Posteriormente, la parte Convocante CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, 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. 004613 del BANCO DE OCCIDENTE, de fecha 10 de junio de 2020, 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 DISTRITAL, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal y lo previsto por la ley arbitral en el citado artículo 27.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

### 6. DE LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

Mediante Auto No. 14 de 18 de junio de 2020, 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 3 de julio de 2020, con la asistencia de las partes y el Agente del Ministerio Público, se celebró la primera audiencia de trámite en este proceso arbitral, en la cual mediante Auto No. 16 el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para resolver las controversias sometidas a decisión del mismo. (Acta No. 12 del 3 de julio de 2020)

Al respecto, el Tribunal de Arbitraje consideró: *“En ese sentido, teniendo en cuenta que se encuentra acreditada la existencia del pacto arbitral y que las controversias planteadas están cobijadas por el mismo y son susceptibles de disposición por las partes, se procederá a decidir sobre las mismas en la oportunidad procesal respectiva, con excepción de las pretensiones 3.1.3. declarativa, y la 3.2.2, de condena, excluidas de la competencia del Tribunal, las cuales son del siguiente tenor:*

*“3.1.3. TERCERA. Que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA incluyó en el objeto del contrato No 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC la optimización del pedraplen para la conformación de la cimentación de la vía transversal barú en el tramo 2 de playetas del distrito de Cartagena de indias” que es el mismo establecido en el contrato VAL -02-06 celebrado entre el CONSORCIO VIAL ISLA BARU y el DISTRITO DE CARTAGENA el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.”*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“3.2.2. SEGUNDA. Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA a que debe aplicar el artículo 44 de la ley 80 de 1993 dando por terminado, en el estado que se encuentre el contrato No 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC, por nulidad absoluta al ser su objeto ilícito al haberse celebrado contra expresa prohibición legal por razón de que su objeto “contenido en su cláusula segunda “CONTRATAR LA OPTIMI-ZACION DEL PEDRAPLEN PARA LA CONFORMACION DE LA CIMENTACION DE LA VIA TRANSVERSAL BARU EN EL TRAMO 2 DE PLAYETAS DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS” es el mismo establecido en el contrato VAL -02-06 celebrado entre el CONSORCIO VIAL ISLA BARU y el DISTRITO DE CARTAGENA el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios.”*

*De acuerdo con el contenido de las pretensiones antes transcritas, este panel arbitral observa que no están cobijadas en el objeto del pacto arbitral que da origen a este proceso.”*

La parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 16 por los argumentos que quedaron grabados en el Audio de la Audiencia, surtiéndose el trámite del recurso en esa misma fecha, con lo cual, mediante Auto No.17, se confirmó en todas sus partes el Auto No. 16.

En esta misma audiencia, mediante Auto No. 18, se decretaron las pruebas a practicar en este proceso arbitral. (Acta No. 12 de la Primera Audiencia de Trámite).

Adicionalmente, se efectuó el saneamiento del proceso, se estableció lo pertinente al conteo del término del proceso, definido en ocho (8) meses de conformidad con el Decreto 491 de 2020, para todos los efectos legales.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

### 8. DEL DECRETO DE PRUEBAS EN EL PROCESO ARBITRAL

En el auto No. 18 de fecha 3 de julio de 2020 (Acta No. 12 del 3 de julio de 2020), se decretaron las pruebas a practicar en este proceso, en los siguientes términos:

*“... PRIMERO: DECRETAR Y ORDENAR la práctica de las siguientes:*

#### *I.PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE*

##### *DOCUMENTALES*

*Téngase como tales, con el valor que le asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocante en la demanda inicial, y citadas en la corrección de la demanda arbitral, en el acápite de pruebas en los literales A, B, C, D, E y F.*

*No se admite la prueba aportada por el apoderado de la parte Convocante en correo electrónico recibido en fecha 29 de junio de 2020, consistente en 1 contrato denominado contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos, por ser extemporánea su presentación.*

##### *DICTAMEN PERICIAL APORTADO*

*Se decreta como prueba el dictamen pericial elaborado por el perito ALFREDO PINEDA CORENA, aportado por la parte convocante, de conformidad con lo señalado en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, en consonancia con lo establecido en los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso, en lo pertinente.*

#### *II.PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCADA*

*Por cuanto la parte Convocada no contestó la demanda en tiempo, no se decretan ni se practicarán las pruebas solicitadas por ésta.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

#### III. PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

*Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 169 y 228 del Código General del Proceso, y por considerarlo conveniente para la verificación de los hechos alegados y controvertidos, se decretan las siguientes pruebas de oficio:*

#### INTERROGATORIO DE PARTE AL CONVOCANTE

*Cítese al representante legal de la parte convocante, con el fin de que absuelva interrogatorio que practicarán los Árbitros del presente Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 198 y siguientes de la Ley 1564 de 2012. Se fija como fecha para la recepción de la declaración el 18 de agosto a las 2:00 p.m.*

#### SOLICITUD DE INFORME AL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD CONVOCADA

*De conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y siguientes de la ley 1564 de 2012, el representante legal de la entidad convocada deberá presentar informe escrito bajo juramento, sobre las siguientes actuaciones que resulten de los archivos de la misma entidad pública:*

*- El informe deberá versar sobre la documentación o información y/o antecedentes administrativos, y en especial, comunicaciones o correspondencia física y electrónica cruzada entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú, relacionada con la posibilidad o no de ejecutar las obras indicadas en el párrafo primero de la cláusula primera del modificatorio No. 2 del Contrato de Concesión VAL 02-06, objeto de la presente controversia. Adicionalmente, deberán allegar el acta de inicio de obra y las actas parciales de obra del contrato de Concesión VAL*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*02-06; igualmente, deberán informar si el contrato de Concesión VAL 02-06 tiene acta de terminación y de liquidación, bien sea bilateral o unilateral.*

*- Por otra parte, también deberán remitir los documentos relacionados con el desarrollo de la actuación contractual de todo el contrato de Concesión VAL 02-06*

*Para la presentación del referido informe se concede el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente decisión.*

#### CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL APORTADO

*Cítese al señor ALFREDO PINEDA CORENA, en su condición de perito, de conformidad con lo señalado en el artículo 212 de la ley 1437 de 2011, con el fin de ser interrogado sobre los aspectos relevantes de su dictamen, por parte de los Árbitros, en consonancia con lo establecido en los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso, en lo pertinente. Se fija como fecha para la recepción de la declaración el 18 de agosto a las 4:00 p.m.*

#### DECLARACIÓN DE TERCEROS

*Cítese al INTERVENTOR o al representante legal de la firma INTERVENTORA del contrato del CONTRATO DE CONCESIÓN No. VAL-02-06, suscrito el día 29 de diciembre del año 2006, con el fin de que absuelva interrogatorio, que se le formulará por los Árbitros en relación con hechos objeto de la presente controversia.*

*Para tal efecto, se le solicita a la parte Convocada que suministre la información general del interventor, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia. Posteriormente el tribunal fijará por auto separado, la fecha para la práctica de esta prueba.*

#### DICTAMEN PERICIAL TECNICO

*De conformidad con lo establecido en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, en*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*consonancia con lo establecido en los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso, se decreta la práctica de un dictamen pericial a ser rendido por un ingeniero civil, especialista en vías, el cual versará sobre los puntos técnicos enunciados por la Parte Convocante en:*

- *El numeral 7.2, 7.3, del acápite denominado Hechos Sustanciales del Debate.*
- *En el acápite 8 denominado hechos relativos al desarrollo y modificaciones del contrato frente al caso concreto.*
- *En el acápite 10, denominado hechos relativos a la modificación al contrato de concesión val 02-06.*

*Este dictamen versará sobre aspectos técnicos exclusivamente.*

*Para tal efecto, el Tribunal designa como perito a un ingeniero civil, especialista en vías de la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, seleccionado de una terna que para el efecto se solicitará a la entidad. Por auto separado, se escogerá el perito de la terna enviada por la SIAB, y se fijará la fecha y hora para su posesión.*

*Por Secretaría se emitirán los oficios respectivos para la práctica de las pruebas...”.*

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

### **EN CUANTO A LAS DECLARACIONES DECRETADAS:**

INTERROGATORIO DE PARTE AL CONVOCANTE

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Se citó al representante legal de la parte convocante; esta prueba se practicó el 25 de septiembre de 2020 como consta en video de la grabación y en el Acta No. 20.

#### DECLARACIÓN DE TERCEROS

Fueron citados los INTERVENTORES del CONTRATO DE CONCESIÓN No. VAL-02-06. En relación con esta prueba, se practicó la declaración de ALFONSO DE JESÚS ARRIETA PASTRANA, el día 2 de octubre de 2020 (Acta No. 21). MAYRON VERGEL ARMENTA, en audiencia de fecha 5 de noviembre de 2020 (Acta No. 24). ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ, en la misma audiencia del 5 de noviembre de 2020 (Acta No. 24), declarante que allegó documento (Informe Ejecutivo CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 65 de 2019.) La parte Convocante, mediante memorial de fecha 21 de agosto de 2020, formuló tacha del testigo ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ.

#### **DE LAS PRUEBAS PERICIALES**

CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL APORTADO: Se citó al señor ALFREDO PINEDA CORENA, en su condición de perito, cuya declaración se surtió en audiencia de fecha 2 de octubre de 2020.

Respecto del DICTAMEN PERICIAL TECNICO a ser rendido por un ingeniero civil, especialista en vías, se abordarían los puntos técnicos enunciados por la Parte Convocante, correspondientes a:

- El numeral 7.2, 7.3, del acápite denominado Hechos Sustanciales del Debate.
- En el acápite 8 denominado hechos relativos al desarrollo y modificaciones del contrato frente al caso concreto.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

- En el acápite 10, denominado hechos relativos a la modificación al contrato de concesión val 02-06.

Previas solicitudes de ternas a la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, finalmente se designó como perito al ingeniero civil, OSBALDO DE JESÚS CASTILLA, tal como se resolvió en el Auto No. 29 del 18 de septiembre de 2020 (Acta No. 19). Se le comunicó la designación y fue aceptada; una vez posesionado en audiencia de fecha 25 de septiembre de 2020 (Acta No. 20), rindió su dictamen pericial en 8 de octubre de 2020, allegado con sus anexos por correo electrónico.

Mediante Auto No. 36 del 13 de octubre de 2020 (Acta No. 22), se corrió traslado del dictamen a las partes y al Agente del Ministerio Público. La parte Convocada solicitó aclaraciones y complementaciones, mediante memorial allegado el 28 de octubre de 2020, que mediante Auto No. 40 del 5 de noviembre de 2020 (Acta No. 24) fueron puestas en conocimiento del perito, y resueltas por éste, mediante informe recibido por correo electrónico de fecha lunes 16 de noviembre de 2020. Este último informe también fue puesto en conocimiento de las partes y el Agente del Ministerio Público, mediante Auto No.43 del 23 de noviembre de 2020 (Acta No. 26), y se recibió pronunciamiento de la parte Convocada por memorial de fecha 3 de diciembre de 2020.

Ahora bien, en relación con el Dictamen Pericial técnico decretado mediante Auto No. 22 del 28 de julio de 2020, para lo relativo a la medida cautelar decretada y practicada dentro del Proceso Arbitral, mediante Auto No. 28 del 18 de septiembre de 2020 fue designado el Ingeniero ANTONIO MARIMÓN MEDRANO, a quien se le comunicó, aceptó la designación y con posterioridad renunció al cargo (comunicación fechada 28 de septiembre de 2020), lo que fue aceptado mediante Auto No. 32.

Para esta prueba pericial mediante Auto No. 35 del 13 de octubre de 2020, fue

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

designado el perito ANTONIO COGOLLO AHUMADA, quien manifestó su aceptación el 20 de octubre de 2020, posesionado en audiencia del 5 de noviembre de 2020 (Acta No. 24), rindió su dictamen pericial el día 30 de noviembre de 2020, se corrió traslado del mismo a las partes y al Agente del Ministerio Público, por Auto No. 44 del 2 de diciembre de 2020 (Acta No. 27), que no fue objeto de solicitudes de las partes.

Adicionalmente, por Auto No. 45 del 22 de diciembre de 2020 (Acta No. 28) se fijó audiencia con intervención de peritos, para el 30 de diciembre de 2020 (Acta No. 29).

Respecto al Auto No. 45 la parte Convocada interpuso recurso y posteriormente renunció al mismo, fue aceptada por Auto No. 46 como consta en el Acta No. 29 del 30 de diciembre de 2020, así también se reprogramó la audiencia con participación de los peritos, para el 13 de enero de 2021. (Acta No. 30)

### **INFORME DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**

El 18 de agosto de 2020, el apoderado del Distrito de Cartagena presentó, vía correo electrónico, solicitud de ampliación de plazo para rendir informe por un término no inferior a quince (15) días hábiles, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código General del Proceso. En cuanto a esa solicitud, el Tribunal de Arbitramento decidió otorgar el término adicional de diez (10) días hábiles, para el cumplimiento de lo ordenado en el auto que decretó pruebas dentro del presente trámite.

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 definido por el Tribunal Arbitral en el Auto No. 12, mediante correo electrónico de fecha 31 de agosto de

## **TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

### **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

2020, emitido por Myrna Elvira Martínez Mayorga (Jefe Oficina Jurídica). Previamente la Convocada había solicitado nueva ampliación del término para rendirlo.

Este informe fue allegado en oficio No. AMC – OFI-0075427-2020 el cual reposa en el expediente virtual. El Tribunal de Arbitraje, mediante Auto. 33 del 2 de octubre de 2020 (Acta No. 21), requirió a la Convocada para complementar el informe rendido el 31 de agosto de 2020, en los aspectos definidos en el Auto mencionado. Con posterioridad, el Distrito allegó nuevo documento mediante memorial el 15 de octubre de 2020, con oficio No. AMC-OFI-0089213-2020, anunciando pliegos definitivos, propuesta Consorcio Vial Isla Barú, en pdf.

#### **10. AUDIENCIA DE CIERRE DE LA ETAPA INSTRUCTIVA**

En audiencia del 13 de enero de 2021, 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. 30 que reposa en el expediente.

#### **11. AUDIENCIA DE ALEGACIONES**

Tal como consta en el Acta No. 31 del 12 de febrero de 2021, se celebró la audiencia de alegaciones en este proceso arbitral, en donde los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones verbalmente y por escrito. Así mismo, se fijó como fecha para la audiencia de lectura del laudo arbitral el 7 de abril de 2021.

#### **12. AUDIENCIA DE LAUDO**

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Como quedó expuesto en el punto anterior, se fijó el 7 de abril de 2021 a las 3:00 p.m., para realizar la audiencia para la lectura de la parte resolutive del laudo arbitral de conformidad con el Auto No. 51 del 12 de febrero de 2021 y lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 1563 de 2012.

### **13. SOLICITUD DE LA CONVOCADA PARA INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO**

El 18 de agosto de 2020 se recibió, vía correo electrónico, poder otorgado al doctor Antonio Pabón Santander, como apoderado de la parte convocada, y sus respectivos anexos.

Mediante auto No. 25 del 18 de agosto de 2020, el Panel Arbitral reconoció personería al doctor Antonio Pabón Santander, como apoderado especial de la parte Convocada.

La parte convocada, el 18 de agosto de 2020, mediante correo electrónico, formuló “*solicitud de integración del contradictorio y suspensión de las audiencias programadas*” con un anexo.

En la audiencia del 18 de agosto de 2020, el Tribunal de Arbitramento determinó suspender la sesión para dar trámite a la solicitud antes mencionada, con garantía del derecho de contradicción y el debido proceso que irradian las actuaciones de los procesos arbitrales.

El 19 de agosto de 2020, se corrió traslado a la Parte Convocante y al Agente del Ministerio Público, del memorial aportado el 18 de agosto de 2020, contentivo de la solicitud de integración del contradictorio, para lo cual, se fijó en lista para efectos del traslado, por el término de tres (3) días.

La parte convocante, mediante memorial fechado del 24 de agosto de 2020, remitido vía correo electrónico, presentó su “oposición a la Solicitud de la Convocada de que ingrese un tercero”. El 25 de agosto de 2020, la Parte Convocante, remitió, vía

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

correo electrónico, documento denominado “escrito adicional a la oposición de ingreso de un 3º”.

Por Auto No. 26 del 31 de agosto de 2020, el Panel Arbitral, emitió la decisión respectiva, en relación con la solicitud formulada por la parte convocada, denegando la solicitud con fundamento en lo señalado en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 61 del Código General del Proceso, jurisprudencia, doctrina, y las consideraciones esbozadas en la providencia.

Dentro del término legal, el 4 de septiembre de 2020, el apoderado de la parte convocada, presentó recurso de reposición contra el auto número 26 del 31 de agosto de 2020, cuyo traslado se surtió a la parte Convocante y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con el parágrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020, tal como se dejó constancia en la comunicación secretarial de fecha 7 de septiembre de 2020. Posteriormente, el 8 de septiembre de 2020 la parte convocante recorrió el traslado del recurso de reposición formulado, y solicitó que se rechazara de plano el mismo. El Agente del Ministerio Público no se pronunció.

Mediante auto No. 27 del 14 de septiembre de 2020, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre el recurso de reposición interpuesto, en el sentido de no reponer el Auto No. 26 del 31 de agosto de 2020, de conformidad con las razones y fundamentos jurídicos expuestos en la providencia. Esta decisión fue compartida por el H. Consejo de Estado en providencia de 1 de diciembre de 2020, de segunda instancia, dentro del proceso 11001-03-15-000-2020-03325-01<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Trascrito: “43. En los términos del artículo 61 del CGP, el proceso no versa sobre una sola relación jurídica respecto de la cual, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de la sociedad KMC. No existe, entonces, una relación sustancial única e indivisible integrada por varios sujetos, pues nos hallamos ante dos contratos distintos, cuyos contratistas no coinciden. Por lo tanto, la Sala comparte a consideración del Tribunal Arbitral, según la cual la accionante no corresponde a un litisconsorte necesario y, en consecuencia, su citación al trámite sea obligatoria.

44. En ese orden de ideas, no se configuraron los defectos alegados por la accionante. El Auto no incurrió en un defecto procedimental, pues el Tribunal actuó de conformidad con el Estatuto Arbitral. Tampoco se configuró el defecto orgánico, ya que el Panel no asumió competencia respecto de las pretensiones directamente relacionadas con el accionante y el contrato de obra pública No. 20-2019, celebrado por este.”

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

#### 14. TEMPORALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Este laudo arbitral se profiere en oportunidad legal, teniendo en cuenta que en este proceso arbitral el término inició a correr el 4 de julio de 2020, es decir, el día siguiente a la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, siendo el término del Proceso Arbitral fijado en ocho (8) meses en la misma audiencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 5º del artículo 10 del decreto legislativo 491 de 2020.

En virtud de las suspensiones del proceso arbitral decretadas y relacionadas a continuación, **el término legal del proceso arbitral se adicionó en ciento dos (102) días, tal como se informó en audiencia de esa fecha, así:**

Auto No. 42 del 9 de noviembre de 2020	Diez (10) días
Auto No. 46 del 30 de diciembre de 2020	Once (11) días
Auto No. 48 del 13 de enero de 2021	Veintiocho (28) días
Auto No. 51 del 12 de febrero de 2021	Cincuenta y tres (53) días.
<b>Total días adicionados al término del proceso arbitral-</b>	<b>Ciento dos (102) días.</b>

---

45. En virtud de los anteriores argumentos y en relación con las pretensiones formuladas por la accionante, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad del Auto de competencia y de las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a la instalación del Tribunal. La Sala tampoco ordenará al Tribunal declararse incompetente para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda, ni le exigirá citar a KMC para la integración del contradictorio.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Las anteriores suspensiones del proceso arbitral fueron solicitadas de común acuerdo por las partes con la anuencia del Ministerio Público en las diferentes oportunidades, de conformidad con el artículo 11 de la ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, es decir sin exceder 150 días.

En consecuencia con lo anterior, si la primera audiencia de trámite finalizó el día 3 de julio de 2020, el término establecido para la duración del proceso inició el día siguiente a la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, 4 de julio de 2020, y en ese sentido, inicialmente este término vencería el 4 de marzo de 2021, sin embargo, según lo dispuesto en el numeral tercero (3º) del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, ibídem, que dispone que *“Al término del proceso se adicionaran los días de suspensión (...)”*, el término legal para proferir la decisión, en este caso, y por las causas antes mencionadas, se extiende hasta el día 14 de junio de 2021; por lo tanto, el presente Laudo proferido hoy 7 de abril de 2021 se encuentra, con suficiencia, dentro del término legal para proferirlo.

#### **15. MEDIDA CAUTELAR**

Mediante memorial del 30 de enero de 2020 y radicado el 31 de enero de la misma anualidad la parte convocante presentó la demanda arbitral corregida, incluyendo una solicitud de medida cautelar.

El 6 de febrero de 2020, mediante Auto No. 3, el Tribunal de Arbitraje, se pronunció sobre la solicitud de medida cautelar de la parte convocante, corriendo traslado a la parte Convocada y al Agente del Ministerio Público, de dicha solicitud.

Mediante memorial del 14 de febrero de 2020 la parte convocante reiteró su solicitud de medida provisional de urgencia, exponiendo que resultaba procedente por cumplir los requisitos indicados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011. El 14 de

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

febrero de 2020 la parte Convocada se pronunció en relación con la medida cautelar formulada por la parte Convocante, oponiéndose a la misma.

Posteriormente, con Auto No. 4 del 28 de febrero de 2020 el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la solicitud de medida cautelar elevada por la parte convocante y sobre el pronunciamiento de la parte convocada, así como de las consideraciones del Ministerio Público en relación con esa solicitud. Contra la decisión proferida en cuanto a las medidas cautelares, el Agente del Ministerio Público formuló recurso de reposición, el 4 de marzo de 2020.

Por su parte, el Distrito de Cartagena, en calidad de parte convocada, interpuso recurso de reposición contra la decisión contenida en el Auto No 04 del 28 de febrero de 2020.

El 9 de marzo de 2020 se fijaron en lista para efectos de traslado, los recursos formulados en lugar visible de la secretaria del Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 y 319 del Código General del Proceso. El 12 de marzo de 2020 la Parte Convocante recorrió el traslado de los recursos interpuestos, oponiéndose a los mismos.

Mediante Auto No. 7 del 1 de abril de 2020, se confirmó en todas sus partes la decisión adoptada en cuanto a la medida cautelar decretada por el Panel Arbitral contenida en el Auto No. 4 del 28 de febrero de 2020, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el Tribunal y debido a que se trataba de una decisión relacionada con el contrato de concesión VAL-02-06 celebrado entre las partes, derivado de la habilitación prevista en el artículo 116 de la Constitución Política y en la cláusula compromisoria del contrato de Concesión.

Posteriormente, mediante Auto No. 50 del 12 de febrero de 2021, el Tribunal de Arbitraje resolvió acatar lo resuelto en sentencia del primero de diciembre de 2020, proferida por la Honorable Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del trámite de tutela 11001-03-15-000-2020-03325-01.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

## 16. CONTROL DE LEGALIDAD

Se ha realizado el control de legalidad de todas las actuaciones del Tribunal en diferentes oportunidades del trámite arbitral, con presencia de las partes y el Agente del Ministerio Público, tal como consta en: audiencia del 22 de mayo de 2020, mediante Auto No. 20 del 3 de julio de 2020, Auto No. 31 del 25 de septiembre de 2020, Auto No. 34 del 2 de octubre de 2020, Auto No. 41 del 5 de noviembre de 2020, Auto No. 49 del 13 de enero de 2021, y Auto No.52 del 12 de febrero de 2021.

## CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### ASPECTOS PRELIMINARES

#### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales son *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*.<sup>2</sup>, los cuales, considera el panel arbitral, se encuentran reunidos dentro del presente trámite, para su validez, y por ende, para permitir el pronunciamiento de fondo.

Del expediente y desarrollo del proceso, se observa:

- **PARTES**

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1996-02316-01(22168)

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

De conformidad con los certificados de existencia y representación aportados, así como el acta de constitución y modificaciones realizadas al Consorcio Vial Isla Barú, y los poderes que reposan en el plenario, se evidencia que las partes son plenamente capaces para comparecer al proceso y están debidamente representadas.

#### • **COMPETENCIA**

El Tribunal de Arbitramento constata que ha sido integrado en debida forma; han efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas, con excepción de las pretensiones respecto de las cuales el Tribunal declaró no tener competencia, son susceptibles de transacción y que se encuentran cobijadas por el pacto arbitral que origina este trámite; que las partes tienen capacidad de transigir; que el pacto arbitral reúne los requisitos legales, y por consiguiente, es competente para conocer el presente conflicto surgido entre las partes y decidir sobre el litigio.

Sobre el particular, la Subsección B de la Sección Tercera Consejo de Estado<sup>3</sup>, en sentencia de tutela, señaló que el auto de competencia del presente Tribunal, está ajustado al ordenamiento jurídico. Así mismo, en otra providencia, la Sección Primera de la mencionada Corporación, precisó que las decisiones que ha adoptado el Tribunal Arbitral han recaído exclusivamente frente a El CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, integrado por las sociedades Constructora Emma Ltda. y Cicon S.A.S., y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA quienes celebraron el contrato de concesión núm. VAL-02-06 de 2006.<sup>4</sup>

#### • **DEMANDA EN FORMA**

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata. Bogotá D.C., 1 de diciembre de 2020. Radicado: 11001-03-15-000-2020-03325-0

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020). Núm. único de radicación: 11001-03-15-000-2020-03325-00

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

El Panel verificó que la presente demanda arbitral reúne los requisitos establecidos en los artículos 82 y 93 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la Ley 1563 de 2012, en cuanto al contenido y oportunidad.

En consecuencia, la demanda que dio origen al presente proceso, reúne los requisitos de ley, cumpliéndose los presupuestos de forma exigidos para ese acto procesal.

- **CADUCIDAD**

En cuanto a la oportunidad para el ejercicio de la acción respectiva, se ha verificado que los motivos que dan origen a la reclamación objeto del presente asunto, se suscitaron dentro de los dos años anteriores a la presentación de la demanda, es decir, dentro del término correspondiente, teniendo en cuenta lo señalado en el literal j) del numeral 2ª del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo.

La norma citada, señala:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*(...)*

*j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento.*

*En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente. En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

- i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
- ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*
- iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta; (...).”*

En el asunto bajo estudio, encuentra el Tribunal que, estando el contrato suspendido a marzo de 2020, dentro y durante el trámite del presente proceso Arbitral, y sin haberse efectuado la liquidación del negocio jurídico objeto de análisis, aún no ha ocurrido el supuesto de caducidad previsto en la ley.

Al respecto, en el oficio AMC-OFI-0075427-2020<sup>5</sup>, del 31 de agosto de 2020, suscrito por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, en su condición de representante legal de la Convocada, y quien se encuentra legitimado para rendir el informe solicitado por este Tribunal, manifestó que el contrato VAL 02-06, se encontraba suspendido a la fecha de emisión del documento citado.

En igual sentido, debe tenerse en cuenta que el contrato de concesión objeto de controversia, a 24 de marzo de 2020, se encontraba vigente y con fecha prevista para la finalización de las obras, el 28 de mayo de 2020, como se indica

---

<sup>5</sup> Informe rendido por el Distrito de Cartagena. Página 5.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

expresamente en la parte considerativa del acta de suspensión<sup>6</sup> aportada por la parte Convocada en el informe solicitado por el Panel.

El acta aportada, señala lo siguiente:

#### **“CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA No. VAL-02-06 "CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO DE LA VIA TRANSVERSAL ISLA BARU”**

*En la ciudad de Cartagena, siendo los veinticuatro (24) días del mes de marzo de 2020, se reunieron las siguientes personas, con el fin de llevar a cabo la suspensión temporal del **CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA No. VAL-02-06** cuyo objeto es **"CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO DE LA VIA TRANSVERSAL ISLA BARÚ"**, por un lado, **JAVIER MORENO GALVIS**, identificado con la cedula de ciudadana No. 3.881.793 expedida en Mahates, en calidad de **DIRECTOR** del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL** del **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, nombrado mediante Decreto No. 0001 del 02 de enero de 2020, cargo para el cual tome posesión el 02 de enero de 2020, según consta en Acta No. 2018, actuando conforme al Decreto No. 0092 del 16 de enero de 2020 expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena, y con fundamento en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 que la modifica, y el Decreto 1082 de 2015; y por otro lado, **EFRAIN FERNANDO AMIN BAJAIRE**, identificado con cedula de ciudadanía No. 9.082.111, en su calidad de representante legal del **CONSORCIO VIAL ISLA BARU**, identificado con Nit. No. 890.403.235-3, en calidad de **CONCESIONARIO**. La suspensión en mención se llevará a cabo previas las siguientes consideraciones:*

- 1. Que entre el **DISTRITO DE CARTAGENA** y el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ**, se celebró el día 29 de diciembre de 2006, el **CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA No. VAL-02-08** cuyo objeto es **"CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO DE LA VIA TRANSVERSAL ISLA BARÚ"**.*
- 2. Que el Contrato se encuentra vigente, y según el cronograma de ejecución de obras elaborado por **EL CONCESIONARIO**, se prevé a finalización de las mismas el día 28 de mayo de 2020.*
- 3. Que la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el 11 de marzo de 2020 el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia.*

---

<sup>6</sup> Informe rendido por el Distrito de Cartagena. Carpeta 3. Actas, documento denominado Acta de Suspensión-25 de marzo de 2020.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

4. *Que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 declaró "la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020" por causa del Coronavirus.*
5. *Que la mencionada Resolución ordeno a los jefes y representantes legales de los centros laborales públicos y privados, adoptar las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID-19.*
6. *Que corresponde a las instituciones públicas y privadas, la sociedad civil y la ciudadana en general coadyuvar en la implementación de las medidas necesarias que permitan la adopción de una cultura de prevención y la minimización del riesgo.*
7. *Que el Presidente de la Republica per medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declare "el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el termino de treinta (30) días" con el fin de adoptar todas aquellas medidas necesarias pare conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos derivados de la pandemia COVID-19.*
8. *Que a través del Decreto 440 de 2020. el Presidente de la Republica adopto medidas de urgencia en materia de contratación estatal con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19.*
9. *Que a través del Decreto 457 de 2020, el Presidente de la Republica, impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden*
10. *Que, como parte de las medidas adoptadas por el mencionado decreto legislativo, se ordene el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la Republica de Colombia, a partir de las 00:00 a.m. del 25 de marzo de 2020, hasta las 00:00 a.m. horas del día 13 de abril de 2020.*
11. *Que igualmente se ordenó a los gobernadores y alcaldes pare que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, adopten las instrucciones, actos y Ordenes necesarias pare la debida ejecución de la medida de aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia.*
12. *Que una de las medidas adoptadas mediante el Decreto Ley 457 del 2020, dispuso: **"ARTICULO 3. Garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo garantice de derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa der Coronavirus COVID- 19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos y actividades. en listando a continuación 34 situaciones que se constituyen en las ideas permitidas en ejercicio del derecho fundamental de circulación, En otras palabras, toda situación que implique el derecho fundamental de circulación que no esté prevista en el listado en mención, se encuentra transitoriamente prohibida.***
13. *Que relación con la circulación de personas en el marco de ejecución de obras públicas, encontramos habilitación Únicamente en tres escenarios, el primero es al*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

que se refiere el numeral 18, el cual contempla como actividad permitida: "18. La revisión y atención de emergencias y afectaciones vial, y las obras de infraestructura que no pueden suspenderse"; el segundo, el enlistado en el numeral 31, que señala: '31. La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural", y el tercero, es aquel a que se refiere en el numeral

34, que a su tenor dispone: "34. La construcción de infraestructura de salud estrictamente necesaria para prevenir mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19"

14. Que en este orden de ideas es viable inferir, (i) que en la actualidad y de manera transitoria la regla general en materia de circulación de personas, es el aislamiento preventivo; (ii) que la ejecución de obras públicas al implicar la circulación de personas, encuentra únicamente habilitación en los tres escenarios mencionados en el párrafo anterior, (iii) que deviene la imposibilidad de ejecutar toda obra pública que no encaje en los supuestos mencionados.

15. Que la ejecución de los contratos este limitado para las normas de orden público que son de obligatorio cumplimiento, que para el caso concreto aplica para todas las normativas dictadas por el Gobierno Nacional para la contención de la pandemia, en especial el Decreto 457 del 2020.

16. Que se hace necesario adoptar la suspensión de los contratos de obra e interventoría supervisados para el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, como medida extraordinaria, estricta y urgente relacionada con la contención del virus y su mitigación, con el fin de garantizar la debida protección de la salud de los ciudadanos.

17. Que, la emergencia sanitaria por causa de la presencia del virus COVID-19 en el territorio nacional, constituye un hecho de fuerza mayor, exterior, irresistible e imprevisible.

18. Que, debe tenerse en cuenta, que el artículo 64 del Código Civil dispone sobre la fuerza mayor o caso fortuito lo siguiente: "Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

19. Que en lo que respecta a la responsabilidad del deudor por el cumplimiento de sus obligaciones, se destaca el artículo 1616 del Código Civil, el cual señala que: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios". En este sentido, se destaca que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

En virtud de lo anterior,

**ACUERDAN**

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

**PRIMERO:** *Suspender de manera transitoria de la ejecución del **CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA No. VAL-02-06** cuyo objeto es "CONSTRUCCION Y MEJORAMIENTO DE LA VIA TRANSVERSAL ISLA BARU", a partir de las 00:00 am. del 25 de marzo de 2020, hasta las 00:00 a.m. horas del día 13 de abril de 2020, o hasta que finalice la medida de circulación de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 457 del 2020, o las normas que lo modifiquen.*

**SEGUNDO: EL CONCESIONARIO** *deberá presentar dentro de los cinco (05) días siguientes al reinicio de la ejecución, la reprogramación del cronograma de ejecución del proyecto.*

**TERCERO: EL CONCESIONARIO** *deberá presentar dentro de los quince (15) días siguientes al reinicio de la ejecución, las garantías actualizadas a favor del Distrito de Cartagena, ajustada a la suspensión aquí establecida.*

**CUARTO:** *La presente suspensión no genera reconocimiento económico alguno a favor de **EL CONCESIONARIO** al estar fundamentada en un hecho de fuerza mayor, exterior, irresistible e imprevisible. En consecuencia, **EL CONCESIONARIO** no podrá alegar reclamos o indemnizaron de perjuicios a su favor con ocasión a la suspensión aquí pactada."*

En consecuencia, de esa prueba arribada al expediente, este Tribunal considera que no ha operado la caducidad de la acción contractual; y, por ende, esta fue ejercida oportunamente por la parte Convocante.

De igual manera, la referida decisión no fue objeto de recurso ni de reproche alguno en la primera audiencia de trámite, al momento del Tribunal declararse competente para conocer las controversias dentro del presente asunto.

### • CONTROL DE LEGALIDAD

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas, sin que obre causal de nulidad que afecte el presente Laudo. Además, se practicó de manera permanente un control de legalidad por parte del Tribunal de Arbitramento, sin objeción o reparo alguno de las partes en conflicto ni por el Ministerio Público.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

En ese orden, no existe causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación.

Por lo expuesto, es procedente dictar el correspondiente laudo que, según lo acordado en la cláusula compromisoria, debe proferirse en derecho, para lo cual se tienen en cuenta las pruebas regular y oportunamente aportadas al plenario.

## **2. DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SUS EFECTOS**

Dentro del trámite, se dejó constancia que la contestación de la demanda arbitral fue presentada al Tribunal de Arbitramento, por correo electrónico del 29 de abril de 2020; en consecuencia, fue radicada por fuera del término legal, razón por la que no se surtió el traslado ordenado en el inciso primero del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, respecto de las excepciones propuestas por la Convocada. Lo anterior, quedó ratificado en el Auto No. 9 del 14 de mayo de 2020, lo cual indica que el Tribunal no puede pronunciarse sobre ninguna excepción de fondo o de mérito formulada por la parte Convocada dentro del presente proceso, debido a que no fueron formuladas oportunamente por ésta.

En relación con la consecuencia de la falta de contestación de la demanda por parte de la Convocada, este Tribunal considera que no es procedente aplicar la presunción contenida en el artículo 97 del Código General del Proceso, que contempla una consecuencia adversa para la parte demandada, en caso de que no conteste la demanda, consistente en tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión.

El artículo mencionado señala:

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“Artículo 97. Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto...”*

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente trámite arbitral se aplicarán las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011, y por encontrarse en uno de los extremos de la Litis una entidad pública, resulta necesario traer a colación lo señalado en el artículo 217 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala lo siguiente:

*“Artículo 217. Declaración de representantes de las entidades públicas. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas.”*

En consonancia con lo anterior, el artículo 195 del Código General del Proceso reproduce la norma antes citada, prohibiendo la confesión de los representantes legales, con lo cual no resulta viable interpretar el silencio de la administración frente a la demanda como una aceptación de responsabilidad sobre los hechos alegados en esta.

De manera que, en criterio de este Panel, se excluye que el silencio de la convocada permita presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda.

### 3. DE LA TACHA DE TESTIGO

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Mediante escrito de fecha 21 de agosto del 2020, el Apoderado de la parte convocante formuló tacha respecto al testigo ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIERREZ, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso, fundamentado en lo siguiente:

*“En el documento que también allego es la evaluación jurídica y en la página 13 apreciamos que el proponente 5 es el CONSORCIO INTERVENTORIA PEDRAPLEN está integrada por las mismas sociedades ya citadas o sea la sociedad PROYECTOS Y GESTION DEL DESARROLLO S.A.S NIT: 900508212-1 cuyo representante legal es el señor ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIERREZ y la sociedad ANTLIA-AC S.A.S NIT: 900463278-1 representada por el señor HECTOR ALCIBIADES CRUZ ALVAREZ, o sea que el testigo ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIERREZ es socio de la interventoría del tercero KMC S.A.S. que trató, por petición del apoderado del DISTRITO, ser tercero en nuestro proceso arbitral y también actuó como interventor del contrato VAL -02 - 06 en el periodo del 1 de octubre al 31 de Diciembre del año 2019.*

*En el presente caso, de acuerdo con las copias que anexo, al ser informado por el representante de mi mandante de las circunstancias indicadas, donde el testigo ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIERREZ que debe ser el mismo EDUARDO POSADA que habla el auto donde lo convoca a rendir testimonio, estimo mi deber informar de ello a los señores árbitros pues hay un vínculo o dependencia contractual entre el DISTRITO y dicho testigo para que si no se prescinde de oír ese testimonio sea analizado con mucho rigor.”*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

En ese orden, el Tribunal, atendiendo las circunstancias evidenciadas dentro del presente proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 211<sup>7</sup> del Código General del Proceso, y considerando que la controversia objeto de este Arbitraje es de índole contractual, y por ende, personas vinculadas a la Interventoría que se ejercía al Contrato de Concesión No. VAL – 02-06 son fuente idónea de información sobre las circunstancias que rodearon el mencionado contrato, considera este Panel que el hecho de que el declarante tenga una relación con un negocio jurídico distinto, no es, por sí sola, razón suficiente para excluir el testimonio; de manera que no se encuentran evidencias de parcialidad que hubiesen afectado la declaración o impedido al Tribunal llevar a cabo un análisis crítico de las misma.

En consecuencia, en relación con la tacha del testimonio de ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ, quién por su relación con los hechos de este trámite, estuvo presente en una de las etapas de la ejecución de las obras faltantes del Contrato de Concesión No. VAL - 02-06, este Tribunal no dará prosperidad a la misma. No obstante, se analizará la declaración conforme con las reglas de la sana crítica y a la luz de las demás pruebas que obran en el expediente.<sup>8</sup>

### ANTECEDENTES Y ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06 DE 2006

---

<sup>7</sup> La norma citada, señala: “Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

<sup>8</sup> Sobre el particular la Corte Constitucional, ha señalado: “Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebidamente o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso.” Referencia Expediente T-1132315, sentencia T1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

En el sub-lite se acreditaron los siguientes hechos, en relación con el contrato de concesión objeto de controversia, relevantes para la decisión:

- En octubre de 2006 el Distrito de Cartagena de Indias, en el marco de la Licitación Pública No. VAL – 02-06, para la celebración de un Contrato de Concesión que tendría como objeto la construcción de una obra pública consistente en el mejoramiento de la Vía Transversal de Barú, emitió los pliegos de condiciones definitivos.<sup>9</sup>
- El 26 de octubre de 2006 se constituyó el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ entre las sociedades de Cicon S.A. y Compañía de Trabajos Urbanos S.A, para presentarse conjuntamente a la Licitación Pública No. VAL – 02-06.<sup>10</sup>
- El 27 de octubre de 2006 el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ presentó ante el Departamento Administrativo de Valorización Distrital propuesta formal para participar en la Licitación Pública No. VAL – 02-06.<sup>11</sup>
- El 29 de diciembre de 2006, concluido el proceso de convocatoria y selección, el Distrito de Cartagena de Indias adjudicó la Licitación Pública No. VAL – 02-06 al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ y, por consiguiente, se celebró entre el Distrito de Cartagena de Indias y el Consorcio Vial Isla Barú el Contrato de Concesión No. VAL – 02-06.<sup>12</sup>
- El Contrato de Concesión No. VAL – 02-06 tiene como objeto lo siguiente:  
*“para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú, el cual incluye: a) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las*

---

<sup>9</sup> Informe Distrito de Cartagena. Carpeta 4 Documentos contractuales. Nombre del documento: “1. Pliegos Definitivos...”

<sup>10</sup> Documentos de conformación del Consorcio Vial Isla Barú, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 2-11.

<sup>11</sup> Informe Distrito de Cartagena. Carpeta 4 Documentos contractuales, carpeta 2. Propuesta concesionario barú.

<sup>12</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 109-151.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato, b) Construcción de la vía (31 kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kms aproximadamente); c) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos del Departamento Administrativo de Valorización, contemplados en el cuadro de presupuesto de obra presentado por el Concesionario en su propuesta y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.”<sup>13</sup>*

- El 1 de marzo de 2007 se suscribió acta de iniciación de la etapa de diseño y programación, establecida en el Contrato de Concesión No. VAL – 02-06 como “Etapa de Diseño y Programación”.<sup>14</sup>
- El 26 de diciembre de 2008 se suscribió Modificadorio No. 01 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05, posteriormente aclarado mediante documento de 9 de marzo de 2009. De su contenido se destaca lo siguiente:

Se modificó el literal b del objeto contractual, en los siguientes términos:

*“b) construcción de la vía (31 kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas de los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2.2 kms aproximadamente). La construcción de la vía se divide en tres (3) tramos a saber: un PRIMER TRAMO que comprende del K0+000 al K4+992 de la Zona Continental Sector Pasacaballos y del K0+000 al K17+900 de la Zona Insular, un SEGUNDO TRAMO que comprende del K17+900 al K19+300 y un TERCER TRAMO que comprende del K19+300 al K26+983 de la Zona Insular.”<sup>15</sup>*

---

<sup>13</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 109.

<sup>14</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 153-156.

<sup>15</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folios 167-185

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

- El 30 de diciembre de 2008 el Departamento Administrativo de Valorización Distrital del Distrito de Cartagena de Indias expidió la Resolución No. 0372 del 2008 *“Por medio de la cual se determina y distribuye el costo de las obras del proyecto vial: construcción y mejoramiento de la vía transversal isla barú, a financiarse con la contribución de valorización por el sistema de beneficio directo, y se asigna en forma individualizada dicha contribución, a cada uno de los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto citado.”*<sup>16</sup>
  
- El 2 de enero de 2009 el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias expidió la Resolución No. 0002 de 2009 *“Por medio de la cual se aclara la Resolución No. 372 de 30 de diciembre del 2008, que determina y distribuye el costo de las obras del proyecto vial: construcción y mejoramiento de la vía transversal isla barú, a financiarse con al contribución de valorización por el sistema de beneficio directo, y se asigna en forma individualizada dicha contribución, a cada uno de los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto citado.”*<sup>17</sup>
  
- El 14 de enero de 2009 se suscribió el acta de inicio de la “Etapa de Construcción” del Contrato de Concesión No. VAL – 02-06.<sup>18</sup>
  
- El 23 de noviembre de 2009 se suscribió Modificadorio No. 02 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05, en los siguientes términos:  
Se modificó la cláusula primera del Modificadorio No. 01 al Contrato de Concesión No. VAL -02-06, de la siguiente manera:

---

<sup>16</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 189 (Primera página) y “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 1-12.

<sup>17</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 13-16.

<sup>18</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 29.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“a) La vía de BARU de 31 Kilómetros aproximadamente se construirá en pavimento flexible y la construcción a la entrada de los poblados de Ararca, Santana y Barú de 2,2 kms aproximadamente, se construirán en pavimento rígido. b) la vía está conformada por dos tramos así: 1) Tramo continental que comprende del K0+000 al K4+992 de la zona continental sector pasacaballos. 2) Tramo insular que comprende del K0+000 al K26+983 de la zona insular de la isla de barú, tramo donde está incluido el sector de playetas. c) la construcción del sector de playetas comprendido entre el K17+955 al K20+360 está sujeta a lo establecido en la condición suspensiva de la cláusula segunda, parágrafo primero del modificadorio.*

*(...)*

*Parágrafo: En virtud a lo que se determina en los considerandos del presente Modificadorio No. 2, se opta por adicionar el valor del contrato A) La pavimentación, en concreto rígido de la calle, situada entre la nueva vía que conduce al Canal del Dique, en la intersección de la ladrillera la Clay, hasta donde inicia la vía pavimentada del sector periférico de pasacaballos. El valor de esta vía, de 800 Metros aproximadamente, incluyendo la pre inversión (Estudios y Diseños \$40.000.000.) es de MIL CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$1.040.000.000.00), valor estipulado de los precios unitarios previstos en el contrato, de conformidad con los cálculos elaborados por el DAVD sujetándose la construcción de la vía por parte del CONCESIONARIO a las siguientes condiciones: a) Que el concesionario elabore los estudios y diseños de la vía referenciada dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la suscripción del presente modificadorio y lo presente a la interventoría- DADV para su aprobación b) Que en el evento que el presupuesto final de la vía a pavimentar genere un mayor valor del aquí estipulado, se cubrirá con los recursos propios del CONCEDENTE y la ejecución de esta vía se hará, previa aprobación de los diseños, presupuestos y disponibilidad de recursos o con los excedentes del proyecto si los hubiere. c) Que en caso que el presupuesto de la calle a pavimentar*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*arroje un mejor valor, se apropiará para la solución hidráulica de playetas. El valor de la vía será cargado el riego.”*

Se modificaron los plazos y se pactó la siguiente cláusula:

*PARÁGRAFO PRIMERO : CONDICIÓN SUSPENSIVA: El concedente podrá adicionar las obras de protección para la defensa costera de playetas que hoy no tienen diseños definitivos, ni presupuestos, ni estudios, ni aprobación por parte del MMAVDT, estudios y aprobaciones que son necesarias para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en ese sector, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) Se efectúen los estudios de la solución de defensa del sector de playetas y sean aprobados por Valorización Distrital y el MMAVDT. 2) Que se obtenga la licencia ambiental para las obras de protección del sector de playetas. 3) Que se obtengan los recursos para la ejecución de la obra de protección del sector de playetas, como son: los aportes de los dueños de los predios que se benefician con el proyecto y otros aportes del orden Nacional o Distrital necesarios para su ejecución. Los recursos para los diseños definitivos y estudios, y consecución de la licencia ambiental, entre otros, se incluirán en el presupuesto modificado del proyecto. 4) Con los recursos que se incluyan, de forma proporcional, como aportes de los dueños de los predios sujetos al pago de la valorización se constituirá una cuenta especial en el encargo fiduciario, que se destinará para la pre inversión y construcción de las obras de protección del sector playetas, previo el cumplimiento de los numerales 1, 2, 3 de este parágrafo.”<sup>19</sup>*

- El 1 de diciembre de 2009 el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias, expidió la Resolución No. 2581 del 2009 “Por medio de la cual se modifica la Resolución No. 372 de 30 de diciembre

---

<sup>19</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 31-41.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*del 2008, aclarada por la Resolución No. 02 de 02 de enero del 2009 y modificada por la Resolución No. 017 de 23 de enero del 2009.*<sup>20</sup>

- Entre las partes se suscribió el Adicional N. 03 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>21</sup>
  
- El 24 de enero de 2012 se suscribió Otrosí No. 04 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>22</sup>
  
- El 26 de abril de 2012 se suscribió Otrosí No. 05 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>23</sup>
  
- El 04 de mayo de 2012 se suscribió Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>24</sup>
  
- El 15 de agosto de 2012 se suscribió Otrosí No. 07 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>25</sup>
  
- El 11 de diciembre de 2012 se suscribió Otrosí No. 08 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: "Anexos del consorcio vial isla barú 121-197" Folio 17-22.

<sup>21</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "6. Adicional No. 3 al contrato de Concesión VAL 02-06"

<sup>22</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "7. Otrosí No. 04"

<sup>23</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "8. Otrosí No. 05"

<sup>24</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "9. Otrosí No. 06"

<sup>25</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "10. Otrosí No. 07"

<sup>26</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: "11. Otrosí No. 08"

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

- 
- El 12 de julio del 2013 se suscribió Otrosí No. 09 al Contrato de Concesión No. VAL – 02-05.<sup>27</sup>
  - El 13 de diciembre de 2016 la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, expidió la Resolución No. 01531 del 2016 *“Por la cual se otorga una licencia ambiental y se toman otras determinaciones.”*, con la que se otorgó Licencia Ambiental al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias para la ejecución del proyecto denominado “Construcción de la Conexión Vial en la Isla de Barú en el Sector Mohan - Playetas del Parque Nacional Corales Del Rosario y San Bernardo”, el cual está localizado en jurisdicción del Distrito Turístico de Cartagena en el departamento de Bolívar.<sup>28</sup>
  - El 26 de junio de 2019 el Órgano Colegiado de Administración y Decisión, expidió el Acuerdo No. 27 de 2019 *“Por medio del cual se adoptan decisiones relacionadas con proyectos de inversión financiados o cofinanciados con recursos del Sistema General de Regalías – SGR”*<sup>29</sup>

### PLANTEAMIENTO JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDANTE

La convocante, en la demanda corregida, sostiene que las condiciones para que su representada ejecutara la parte del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06 que corresponde a las obras de protección para la defensa costera de Playetas, se cumplieron sin que el Distrito hubiera adicionado a la parte convocante, las referidas obras en el marco de la condición suspensiva pactada en el referido contrato. Por el contrario, la convocada adjudicó esas obras a otro contratista, la sociedad KMC.

---

<sup>27</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 4 de documentos contractuales, aportados por el Distrito de Cartagena. Nombre del documento: “12. Otrosí No. 09”

<sup>28</sup>Anexos aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexo 6- licencia ambiental playetas.”

<sup>29</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del Consorcio Vial Isla Barú 121-197” Folio 47-50

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

De la misma manera, que por Modificadorio No. 1<sup>30</sup> al Contrato de Concesión VAL-02-06, de diciembre 26 de 2008, la construcción de la Vía Transversal de Barú, de 31 kilómetros, se dividió en tres tramos, uno de los cuales, el Segundo Tramo, corresponde al sector Playetas, esto es, el comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300.

Respecto de este, señala el convocante, que se pactó en el literal (b) de la Cláusula Segunda que, para la construcción de ese Segundo Tramo se acordaría un término entre las partes “... *supeditado a la previa consecución de los recursos para la solución de la alternativa técnica del sector Playetas exceptuando los recursos previstos en el riego por valorización para la construcción de este tramo...*”; y, más adelante en esa misma cláusula, pero en el Parágrafo Tercero, se pactó que, si durante la etapa de construcción del primer y tercer tramo de la vía, y habiendo obtenido o no el Distrito la licencia ambiental, o de no lograrse los recursos mediante gestión ante el gobierno nacional para la construcción del tramo de Playetas, el concesionario (convocante) “... *renuncia automáticamente a su ejecución, sin que esta situación genere perjuicios e indemnizaciones a favor del Concesionario...*”.

Finaliza este punto la convocante con la siguiente conclusión: “... *8.8 De lo anterior se observa que las partes en el modificadorio No. 1 reconocen como parte del objeto contractual del Contrato de concesión No. VAL-02-06 el sector Playetas, más específicamente en el tramo dos (2) de la construcción; sin embargo, dicho sector es sometido a condición resolutoria, debida a la complejidad para su ejecución, siempre y cuando no se logre obtener la licencia ambiental y los recursos necesarios para su intervención...*”<sup>31</sup>

Igualmente, indica el convocante que por Modificadorio No. 2, del 23 de noviembre de 2009, se modificó el alcance del objeto del contrato, se reformuló el presupuesto

<sup>30</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120.” Folio 167

<sup>31</sup> Hecho 8.8 – Demanda Corregida, Documento denominado “Copia de corrección de la demanda inicial (30/01/2020), página 14.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

del proyecto y el programa de obras con fundamentos en ajustes al proyecto y al riego, así como a la solicitud de los propietarios de los predios ubicados en la zona de influencia, las cuales resultaban necesarias para el proyecto. Así mismo, que dentro de la Cláusula Primera de dicho Modificadorio, en sus literales a), b) y c), los tramos del proyecto denominado: “*Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú*” finalmente quedaron definidos para su ejecución en dos (2) tramos, de los cuales el Tramo I refiere a la porción continental, entre las abscisas K0+000 al K4+992, correspondiente a cuatro mil novecientos noventa y dos (4.992) metros lineales; y el Tramo II refiere a la porción insular, correspondiente a veinte y seis mil novecientos ochenta y tres (26.983) metros lineales, que conjugan a las abscisas K0+000 al K26+983, y a Playetas, a la que le corresponde las abscisas K17+955 al K20+360.<sup>32</sup>

En similar sentido, agrega el convocante en la demanda corregida, que en el mismo Modificadorio No. 2 al referido contrato de concesión, quedó establecido que la condición resolutoria para la construcción del sector Playetas varió para someterse a la condición suspensiva ya detallada anteriormente, la cual, en su opinión, se cumplió para que el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ pudiera ejecutar la parte del objeto de ese contrato correspondiente al “Pedraplén de Playetas”, y la vía, precisando que se cumplieron dichas condiciones de la siguiente manera:

- Los diseños definitivos para la defensa costera del sector Playetas fueron aprobados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), y presentados el Distrito de Cartagena de Indias de conformidad con el concepto Técnico No. 20162300000656 de junio 2 de 2016 proveniente de Parques Nacionales Naturales de Colombia, de acuerdo con lo indicado en el hecho 7.2.5 del libelo introductorio.

---

<sup>32</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 32 (Modificadorio no. 02) – Hecho 8.9 – Demanda Corregida, Documento denominado “*Copia de corrección de la demanda inicial (30/01/2020)*”, página 15.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

- 
- La ANLA expidió la Licencia Ambiental contenida en la Resolución 01531 del 13 de diciembre de 2016 para la Construcción de la Conexión Vial en la Isla de Barú en el Sector Mohán – Playetas del Parque Nacional Corales del Rosario y San Bernardo, como consta en el documento denominado ANEXO 6 – licencia ambiental Playetas, obrante en los documentos aportados por la parte convocante.
  - Los recursos necesarios para ejecutar las obras del Pedraplén de Playetas surgieron de los proyectos de inversión aprobados por el Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD Cartagena), según Acta No. 32 del 26 de junio de 2019, que consta en la parte considerativa del Acuerdo No. 27 del 26 de junio de 2019.<sup>33</sup>

También cita la convocante la Cláusula Primera del Modificadorio No. 2 por la cual se modificó la Cláusula Primera del Modificadorio No. 1 ya mencionado, precisando que “... *CLÁUSULA PRIMERA. (...) c) La construcción del sector de Playetas comprendido entre el K.17+955 al 20+360 está sujeto a la condición suspensiva de la cláusula segunda, parágrafo primero de este modificadorio...*”.

Anota el convocante en la demanda corregida que, debido a las condiciones determinadas dentro de la declaratoria de Calamidad Pública en la zona, se realizó una primera etapa, conformada por un trapecio de base inferior de 16 metros, con altura de 3 metros y base superior de 8 metros. Así mismo, que para culminar el Pedraplén de Playetas, y a efectos de mitigar el riesgo producto de la erosión en este sector resultaba necesario ejecutar las obras de Optimización del Pedraplén para la conformación de la cimentación de la Vía Transversal Barú, en el Tramo II de Playetas, consistente en las obras de ampliación a través de la optimización del Pedraplén de acuerdo a las especificaciones de construcción que permitieran ampliar la base inferior del trapecio en 9 metros más, para un total de 25 metros de

---

<sup>33</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 47-50

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

ancho, su base superior al cual se llegó en la primera etapa de la vía provisional, para que quedara en 1.50 metros por encima del nivel medio del mar. Con ello, quedaría completado el ancho del Pedraplén y, en consecuencia, quedaría pendiente completar la altura del mismo y la estructura de la vía.

Indica la convocante en la demanda corregida, que las obras de protección para la defensa costera de Playetas (Pedraplén protector de Playetas), se encuentran dentro del cuadro detallado de obras que corresponden al objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, “... *en armonía con lo previsto en el anexo técnico de la licitación pública mediante el cual fue adjudicado el referenciado Contrato de Concesión...*”, señalando que tanto en los Pliegos de Condiciones (*Anexo Cuadro de Cantidades y Precios, en los ítems No. 21 y 22 las actividades contractuales del “Relleno con pedraplén y pedraplén protector zona Playetas”*)<sup>34</sup>; agregando que en otros documentos contractuales se replica igual sentido, tales como el Anexo No. 2 del Contrato VAL-02-06 “Presupuesto modificado y discriminado”; en el Acta de Avance de Obra de diciembre 13 de 2012<sup>35</sup>, finalizando con la afirmación de que, “... 8.13. *Teniendo como punto de partida que el objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, consiste en la construcción y mejoramiento de la Vía Transversal de Barú en pavimento flexible, de no realizarse las obras de protección para la defensa costera del sector Playetas, el corredor vial no sería funcional, y el objeto del contrato que fue válidamente pactado entre las partes para su ejecución, tampoco se cumpliría en el orden que fue acordado, por lo que es imprescindible su ejecución previa para intervenir dicho sector en pavimento flexible...*”<sup>36</sup>. Y en el mismo sentido, las argumentaciones de la convocante en los numerales 8.14 al 8.17 que, por economía procesal, no se transcriben.

---

<sup>34</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 45. En igual sentido, visible a folio 4 del documento denominado ANEXO 1 ADENADA (sic) 2, aportado con el dictamen pericial de oficio rendido por el señor Osbaldo de Jesús Castilla Tarrá.

<sup>35</sup> Informe Distrito. Carpeta No. 3 de Actas, aportados por el Distrito de Cartagena. Documento denominado Acta de avance de obra\_13\_12\_2012.

<sup>36</sup> Hecho 8.13. – Demanda Corregida, Documento denominado “Copia de corrección de la demanda inicial (30/01/2020)”, página 16.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

En torno de la condición suspensiva y la vigencia del negocio jurídico materia del análisis de este panel arbitral, el demandante citó, en los numerales nueve (9) de los hechos de la demanda corregida, apartes dirigidos a explicar por qué se defirió en el tiempo la ejecución del tramo de Playetas alegando circunstancias no imputables al contratista debido a la incapacidad de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada una de las posible variables y contingencias que podían surgir en el desarrollo del objeto contractual, lo que establece la posibilidad de renegociar y modificar estos contratos, con citas de jurisprudencias y en la misma literalidad tanto del Contrato VAL-02-06 como de sus modificatorios, incluida esta sección del Modificadorio No. 1 en el que se lee:

*“... Durante la Etapa de Diseño y Programación del Contrato, el concedente, el concesionario y la interventoría constataron que el inicio de la etapa del contrato “Etapa de Construcción”, se hace inejecutable de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas, por razones de orden técnico y jurídico, en atención a los requerimientos ambientales especiales que demanda la construcción del tramo de la vía denominado Sector Playetas...”*

En igual sentido las explicaciones de la convocante en cuanto la suspensión condicionada de las obras de Playetas no extinguían el vínculo contractual de las partes; por el contrario, para *“... efectos de la reanudación del cumplimiento de las obligaciones pendientes, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que desplaza la fecha de finalización del contrato...”*<sup>37</sup>

En el siguiente acápite, o número 10 de los hechos, la convocante trata de los relativos a la modificación al contrato de concesión, anotando que las obras de protección para la defensa costera del sector Playetas se enmarca dentro del alcance contractual, con lo cual el Concesionario, además de la construcción en

---

<sup>37</sup> Hecho 9.11. – Demanda Corregida, documento denominado “Copia de corrección de la demanda inicial (30/01/2020)”, página 22.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

pavimento flexible, realizaría las obras de protección en tal sector, sujeta a la condición suspensiva por cuyo efecto “... *no es necesaria la suscripción de un adicional a fin de que el Concesionario pueda realizar dichas obras, ya que para tal efecto las partes pactaron una condición suspensiva...*”.

De la misma manera, anota la convocante, que por precisar que el Contrato de Concesión VAL-02-06 no requiere mayores cantidades de obras, no puede cobijarse con el concepto legal de ‘contrato adicional’ “... *toda vez que las obras de protección para la defensa costera del sector Playetas, se encuentran amparadas en el alcance del contrato...*”. Igualmente, que el Concesionario debe garantizar la funcionalidad de las obras, incluidas las necesarias para la operación de la vía Transversal de Barú, con lo cual “... *se puede concluir que las obras de protección para la defensa costera de Playetas, hacen parte del alcance del Contrato de Concesión VAL 02-06... (...) ... 10.7. Si el concesionario no llegare a ejecutar el tramo de “Playetas”, quiere decir, que el corredor vial nunca funcionaría, tampoco se habría cumplido en el orden que fue pactado, lo (sic) implicaría violar manifiestamente la ley del contrato (pliego de condiciones, llamado a licitación) y los principios de transparencia, economía y responsabilidad que orientan la contratación estatal...*”.

### **PRUEBAS PRACTICADAS EN LA ETAPA PROBATORIA PARA EL ANÁLISIS DE LA CONDICIÓN PACTADA EN EL MODIFICATORIO No. 2**

Las siguientes pruebas fueron recaudadas en el proceso durante la etapa probatoria, que se suman a las aportadas por la parte demandante en la demanda inicial y la corregida, las cuales también son valoradas por el panel arbitral por haberse admitido en este trámite, lo que no aconteció con el material probatorio anexo a la contestación de la demanda por la convocada en vista de que fue extemporánea, razón por la cual no se pueden tener en cuenta para los efectos del análisis a cargo de los árbitros de este Tribunal.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

De las pruebas practicadas en la etapa probatoria, algunas fueron aportadas por las partes, otras de oficio, y se citan en este acápite por tener íntima relación con el análisis de la condición suspensiva denominada así en el Modificadorio No. 02 del Contrato de Concesión VAL-02-06, las siguientes:

- Se recibió oficio AMC-OFI-0075427-2020 de agosto 31 de 2020, suscrito por el alcalde de Cartagena, William Dau Chamat, en el que se refiere a las razones por las cuales el sector Playetas no podía haber sido incluido como una de las obras objeto del contrato materia de este proceso, explica el porqué de la condición suspensiva, las razones por las que se generó la Declaratoria de Calamidad Pública en el sector Mohán – Playetas del PNNCR que dio origen al convenio de cooperación No. 2060 del 12 de marzo de 2018, celebrado entre el Distrito de Cartagena de Indias y la Gobernación de Bolívar, del porqué las obras de defensa costera del sector Playetas no hacen parte del objeto “... *ni del alcance del contrato antes descrito, pues al ser potestativo no genera compromiso por parte del Distrito ni derecho adquiridos por parte del Consorcio Vial Barú en cuanto a su ejecución...*”. Que el contrato de obra pública por el cual se ejecutó esa obra dentro de la referida Declaratoria de Calamidad Pública fue liquidado bilateralmente, con lo cual el Distrito declaró el retorno a la normalidad de dicha situación. A dicho oficio se le acompañaron los documentos en este relacionados<sup>38</sup>.
- El 25 de septiembre de 2020 se escuchó al perito ALFREDO PINEDA CORENA, quien es el autor de un dictamen pericial aportado por la parte convocante, que más adelante se valorará. En lo pertinente en este punto, una respuesta del perito a una pregunta del representante del Ministerio Público puede resumir su declaración, así:

---

<sup>38</sup> Informe Distrito del 31 de agosto de 2020 ya citado.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Pregunta del Procurador: *“Entonces el Pedraplén era necesario para Playetas de acuerdo con el trazado de la vía y por las condiciones que ahí se presentaban; es cierto que era necesario el Pedraplén para proteger la vía en el sector Playetas. La pregunta es, de lo que usted tuvo para efectos de analizar o para rendir este dictamen técnico, los documentos que a usted le aportaron para rendir este dictamen técnico ¿de qué parte de esos documentos contractuales desprende usted que estaban contratadas desde un principio las obras de Pedraplén de Playetas?*

El Perito respondió: *“Bueno sí, en la cláusula del contrato que dice que eran 31 kilómetros, lógicamente que estaba incluido el sector de Playetas, por si posteriormente en las modificaciones en los adendos, en los otros ítems siempre se habló de las condiciones para la construcción de Playetas por las circunstancias que habíamos dicho: no existía licencia ambiental, no había presupuesto y no había diseño. Entonces de eso... el sector Playetas sí estaba incluido y hacía parte integrante del contrato VAL 02-06”*

- En esa misma fecha, 25 de septiembre de 2020, absolvió el interrogatorio de parte el representante legal del CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, señor EFRAÍN AMIN BAJAIRE, quien, en lo pertinente, manifestó:

*“... En este mismo modificadorio 2 se firma una condición suspensiva porque definitivamente no había ni los recursos, ni la licencia ambiental, pero se firma con un condicionamiento que es que se tiene que conseguir la aprobación de los diseños por parte del ANLA, se tiene que obtener la licencia ambiental por el ANLA y se tienen que conseguir los recursos. Esos condicionamientos son los que generan la condición suspensiva, estos 3 condicionamientos que pactamos con*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*el Distrito todos fueron subsanados, quiero que me permitan leer exactamente porque no puedo tener en mi memoria los números de oficio que son que los diseños fueron aprobados por el ANLA con el concepto técnico No. 20162300000656 en junio 2 de 2016, o sea 10 años después de haber firmado el contrato. La licencia ambiental firmada por el ANLA fue firmada mediante Resolución 01531 de diciembre 13/16 y los recursos se aprobaron por el OCAD Cartagena en acta No. 32 del 26 de junio 2019 (...)*

*“Si entramos al modificadorio 3, en el modificadorio 3 teníamos licencia ambiental, pero no teníamos recursos cuando se firma el modificadorio 3, entonces ahí lo que se acuerda prácticamente es que el tramo desde Playetas hasta el final del proyecto será de acuerdo a la consecución de la licencia ambiental y de los recursos, bueno este pacto, este acuerdo entre el Distrito y el Concesionario se repiten en todos los modificadorios 4, 5, 6, 7, 8 y 9 en la misma Cláusula Cuarta de todos los modificadorios, o sea hay un reconocimiento expreso del Distrito de Cartagena en el contrato que tan pronto que se obtuvieran la licencia y los recursos el Concesionario era quien tenía que ejecutar las obras de Playetas.” (...)*

*“Dentro de los avances de obra para llegar al sector de Playetas el 13 de diciembre de 2012, el Distrito, Valorización, por intermedio del ingeniero Luis Vélez Carrasquilla, como representante o director técnico de Valorización nos recibió el 100% de la obra de todo el tramo continental y los 18 kilómetros del tramo insular hasta llegar a Playetas y esa acta de avance del 100% la recibieron tanto el Departamento Administrativo de Valorización Distrital como el director de la interventoría de la Universidad de Cartagena, el doctor Jaime Fortich Gutiérrez. (...)*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Entonces yo sí quiera que me permitieran leerle una parte de esa acta porque ahí llegamos y nos frenamos porque viene Playetas para que ustedes escuchen qué se dice textualmente en esa acta. (...)*

*“El sector Playetas hasta la población de Barú, el Distrito Valorización se encuentra adelantando las gestiones pertinentes tendientes a la obtención de la licencia ambiental requerida para que el Consorcio Vial Isla Barú pueda intervenir ese sector de Playetas.” “Entonces que más reconocimiento expreso que el mismo Departamento Administrativo de Valorización Distrital y la misma interventoría están diciendo que están tramitando la licencia para que el Consorcio ejecute las obras de Playetas, aquí nos queda una reflexión...”*

- En octubre 2 de 2020 se recibió testimonio del ingeniero ALFONSO ARRIETA PASTRANA en representación de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, como una de las firmas interventoras del Contrato de Concesión VAL-02-06, donde fue interrogado por los árbitros, las partes y ministerio público, siendo su aporte limitado pues aquel manifestó que sólo fungió como interventor durante catorce (14) meses, contrato que no se amplió por falta de recursos de quien vinculó a la Universidad y no le constaba muchos aspectos de la ejecución del contrato pero, singularmente, del que el panel arbitral se ocupa en este acápite.
- El 5 de noviembre de 2020 se recibió declaración del abogado MAYRON VERGEL ARMENTA, en representación de AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A., quien aportó luces sobre los aspectos que se estudian en este apartado, y que se analizarán más adelante.
- En la misma fecha se recibió el testimonio de ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ, en representación del CONSORCIO INTERVENTORÍA BARÚ

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

2019, quien aportó luces sobre los aspectos que se estudian en este apartado, y que también se analizarán más adelante.

- Informe del Perito designado por el Tribunal Arbitral, ingeniero OSBALDO DE JESÚS CASTILLA TARRÁ, y la complementación de ese documento, solicitada por la parte convocada, de los que se desprende que las actividades con relleno con pedraplén y pedraplén protector en la zona de Playetas, en su opinión, están previstas en el cuadro de cantidades de obras en los ítems 21 y 22 de la Adenda 2 de los pliegos de condiciones de la licitación pública VAL-02-06 de octubre de 2006; que la construcción parcial del pedraplén con base en 16 metros de ancho y una corona de 8 metros se contrató en virtud del Contrato 2308 de 2019, suscrito entre la Gobernación de Bolívar y el Consorcio Vial Isla Barú corresponden al sector Playetas, a la protección costera en el sector Mohan – Playetas del PNNCR. Sobre la declaración rendida por este perito y sobre el informe técnico que fue presentado al Tribunal habrá que volver más adelante.

### DOCUMENTOS CONTRACTUALES QUE SON RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE LA CONDICIÓN PACTADA POR LAS PARTES

Los siguientes documentos contractuales son considerados relevantes por el panel arbitral, para el análisis de la condición pactada por las partes de este proceso, en el Modificadorio No. 02 al CONTRATO DE CONCESIÓN VAL 02-06:

- **El Contrato de Concesión VAL 02-06<sup>39</sup>:**

---

<sup>39</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: "Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120." Folio 109-151. En igual sentido, reposa en los documentos aportados con el Informe rendido por el Distrito de Cartagena, Carpeta No. 4 Documentos Contractuales, archivo No. 3 denominado "CONTRATO DE CONCESION VAL 02-06".

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

Por este Contrato el Distrito otorgó al Concesionario (el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ), la concesión para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú, lo cual incluye "... a) *La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta las cuales hacen parte de este contrato.* b) *Construcción de la vía (31 kilómetros aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kilómetros aproximadamente).* c) *La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos del Departamento Administrativo de Valorización, contemplados en el cuadro de presupuesto de obra presentado por el Concesionario en su propuesta y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión...*".

Por su parte, en el numeral 7 de la cláusula Sexta se señala como obligación del Concesionario "... *Gestionar las modificaciones de la Licencia Ambiental con su Plan de manejo Ambiental otorgada para el proyecto, de acuerdo a su diseño definitivo y al programa de trabajo; Aceptar la cesión definitiva 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...*". Y, más adelante, en la Cláusula Séptima, sobre Otras obligaciones del Concedente, se lee en el numeral 2., la de "... *Obtener la Licencia Ambiental y la aprobación del Plan de Manejo Ambiental del proyecto y cederlo a EL CONCESIONARIO. En caso de ser necesario realizar modificaciones de la Licencia Ambiental apoyar a EL CONCESIONARIO en esta labor con el fin que se realice en el menor tiempo posible...*". De la misma manera, en la Cláusula Vigésima Segunda, sobre Obras no previstas, se lee que "... *Si durante el desarrollo del contrato se identifican, por cualquiera de las partes contratantes, obras no incluidas dentro del alcance físico contratado, pero necesarias para el proyecto, EL CONCEDENTE y EL CONCESIONARIO podrán acordar la ejecución de estas obras complementarias mediante la suscripción de un contrato adicional en el que consten los ítem, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*los ítem de esta obras complementarias están contempladas en la propuesta del CONCESIONARIO al licitar, el precio unitario con el que se pagará será el establecido para el ítem respectivo, en caso contrario, el precio unitario debe ser acordado por las partes. El valor adicional de la obra se pagará a precios de origen del contrato...". Y en la Cláusula Vigésima Octava se lee "... CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL Y ESTRUCTURAL.- Desde la suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, hasta la entrega final del proyecto, al término del Contrato, EL CONCESIONARIO asume entera responsabilidad por el mantenimiento del proyecto incluido en la Concesión y el cuidado de las obras y estructuras incluidas en las mismas..."*

#### **- El Modificadorio No. 1 al Contrato de Concesión VAL-02-06<sup>40</sup>:**

Se lee en el Modificadorio No. 1 que las partes y la interventoría, en ese momento a cargo de la firma AFA Consultores y Constructores S.A., concordaron en que la segunda etapa del contrato "Etapa de Construcción", se hacía inejecutable de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas, "... *por razones de orden técnico y jurídico, en atención a los requerimientos ambientales especiales que demanda la construcción del tramo de la vía denominado Sector Playetas. 7. El sector Playetas comprendido entre el K17+900 al k19+300 de la vía, se encuentra ubicado al interior del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo, por lo cual requiere la obtención de Licencia Ambiental ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, previa aprobación de la Alternativa Ambiental, proceso que actualmente se encuentra en trámite. 8) Que las anteriores circunstancias, originadas por la ocurrencia de hechos externos no imputables al concedente ni al concesionario, han generado la necesidad de introducir las*

---

<sup>40</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: "Copia de Anexos consorcio vial isla barú 20-120." Folio 167-185



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*siguientes modificaciones al contrato inicial para garantizar la continuidad y debida ejecución del proyecto...”.*

De la Cláusula Primera de este Modificadorio se desprende que las partes acordaron que los 31 kilómetros de construcción de la Vía Transversal de Barú se dividieran en tres tramos, uno de los cuales, el Segundo Tramo, corresponde al sector Playetas, de un mil cuatrocientos (1.400) metros lineales, esto es, el comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300. Más adelante, en el literal (b) de la Cláusula Segunda se lee que, para la construcción de ese Segundo Tramo se acordaría un término entre las partes “... *supeditado a la previa consecución de los recursos para la solución de la alternativa técnica del sector de playetas exceptuando los recursos previstos en el riego por valorización para la construcción de este tramo...*”; y, seguidamente en esa misma cláusula, pero en el Parágrafo Tercero, se pactó que, si durante la etapa de construcción del primer y tercer tramo de la vía, y habiendo obtenido o no el Distrito la licencia ambiental, o de no lograrse los recursos mediante gestión ante el gobierno nacional para la construcción del tramo de Playetas, el concesionario (convocante) “... *renuncia automáticamente a su ejecución, sin que esta situación genere perjuicios e indemnizaciones a favor del Concesionario...*”.

Mediante el Parágrafo Cuarto de esta misma Cláusula Segunda se pactó una Condición Resolutoria en los siguientes términos “... **CONDICIÓN RESOLUTORIA.-** *Las PARTES establecen como condición resolutoria automática del contrato, la no consecución de las obligaciones que surgen en virtud del parágrafo anterior. En todo caso el plazo total para la construcción del primer y tercer tramo de esta etapa no podrá superar los veinticuatro (24) meses. El plazo anterior no incluye las suspensiones y extensiones del mismo que proceden de conformidad con lo dispuesto en el contrato Val 02 de 2006...*”

#### - **El Modificadorio No. 2 del CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06<sup>41</sup>:**

---

<sup>41</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 31-41.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Se lee en el Modificadorio No. 2 que las partes acordaron introducir modificaciones al CONTRATO DE CONCESIÓN VAL 02-06 por las causas que al inicio se indican, y se trataron temas relativos al alcance del objeto del contrato, al presupuesto del proyecto, al programa de obras, al riego, a la atención de peticiones de las comunidades y de propietarios de predios ubicados la Isla.

Adicionalmente, en los literales a), b) y c) de la Cláusula Primera, para la ejecución de las obras, quedaron definidos dos (2) tramos, de los cuales el Tramo I se refiere a la porción continental, entre las abscisas K0+000 al K4+992; y la porción insular en el Tramo II, relativo a las abscisas K0+000 al K26+983, y a Playetas, a la que le corresponde las abscisas K17+955 al K20+360. “... *sujeta a lo establecido en la condición suspensiva de la cláusula segunda, párrafo primero de este modificadorio...*”.

Por su parte, conviene en este apartado volver a transcribir, en lo pertinente, la literalidad del Párrafo Primero de la Cláusula Segunda de este Modificadorio No. 02, que reza:

*“... **CLÁUSULA SEGUNDA:** La cláusula segunda del contrato inicial se complementará así: ... (...) ... **PARÁGRAFO PRIMERO: CONDICIÓN SUSPENSIVA.** El concedente podrá adicionar las obras de protección para la defensa costera de playetas que hoy no tiene diseños definitivos, ni presupuestos, ni estudios, ni aprobación por parte del MMAVDT, estudios y aprobación que son necesarias (sic) para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en ese sector, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) Se efectúen los estudios de la solución de defensa del sector de playetas y sean aprobados por Valorización Distrital y el MMAVDT. 2) Que se obtenga la licencia ambiental para las obras de protección del sector de playetas. 3) Que se obtengan los recursos para la*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*ejecución de las obras de protección del sector de playetas, como son: los aportes de los dueños de los predios que se benefician con el proyecto y otros aportes del orden Nacional o Distrital necesarios para su ejecución. Los recursos para los diseños definitivos y estudios, y consecución de la licencia ambiental, entre otros, se incluirán el presupuesto modificado del proyecto.*

*4) Con los recursos que se incluyan, de forma proporcional, como aporte de los dueños de los predios sujetos al pago de la valoración se constituirá una cuenta especial en el encargo fiduciario, que se destinará para la preinversión y construcción de las obras de protección del sector de playetas, previo el cumplimiento de los numerales 1, 2, 3 de este párrafo...”.*

Más adelante se lee en el Parágrafo Tercero de esa misma Cláusula Segunda lo siguiente: “... Todos los tramos (Tramo continental K0+00 al K4+992+Tramo insular K00 al K26+983) del proyecto podrán desarrollarse por parte del concesionario y aprobado por la interventoría o por el DAVD con las restricciones establecidas en el párrafo primero...”.

#### - Acta de Avance de Obra de diciembre 13 de 2012<sup>42</sup>

En el Acta de Avance de Obra de diciembre 13 de 2012 se lee la siguiente frase: “... **SECTOR PLAYETAS HASTA LA POBLACIÓN DE BARÚ: EL DISTRITO – D.A.V.D. se encuentra adelantando las gestiones pertinentes tendientes a la obtención de la licencia ambiental requerida para que EL CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ pueda intervenir este sector del proyecto...**” (Subrayado fuera del texto).

### VALORACIÓN DE PRUEBAS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS SOBRE LAS OBRAS DEL PEDRAPLEN PROTECTOR PLAYETAS

---

<sup>42</sup> Copia de Anexos aportados por Consorcio Vial Isla Barú. 127-197, folio 43. Dicho documento también fue aportado por el Distrito de Cartagena de Indias con su Informe del 31 de agosto de 2020 obrante a Carpeta 3 “Actas”.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

La primera pretensión declarativa de la parte convocante, hace referencia a lo siguiente:

*“Que se declare que las obras del Pedraplén protector de “Playetas” comprendido entre las abcisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de Indias, se encuentra dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No.1 de la Licitación Pública VAL-02-06, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión.”*

A su turno, la parte convocada, no formuló medios exceptivos para enervar la pretensión; sin embargo, en sus alegatos y en la prueba por informe decretada, manifiesta que las obras de mejoramiento del pedraplén de playetas no se encuentran en el objeto del contrato de concesión VAL-02-06 de 2006.

#### **¿Las obras del pedraplén de playetas se encuentran incluidas en el objeto contractual del Contrato de Concesión VAL-02-06?**

De acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, se observa que el contrato de concesión VAL-02-06 fue celebrado previo proceso precontractual, en el que constituye pieza relevante, los pliegos de condiciones.

En el mencionado documento, aportado al plenario en el Informe rendido por el Distrito, en la Carpeta No. 4, denominada “Documentos contractuales”, encontramos el objeto y el alcance de la licitación, en los siguientes términos:

#### *“... 1.1.2. OBJETO DE LA LICITACIÓN*

*Seleccionar, en igualdad de oportunidades, al proponente que ofrezca las mejores condiciones para la celebración de un “Contrato de concesión para la construcción de una Obra Pública, para el Mejoramiento de la vía*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Transversal de Barú". La ubicación del sitio de trabajo es en la isla de Barú, 26.5 kmts., y en la parte continental, 4.5 kmts., (31.0 kmts. Aproximadamente).*

#### 1.1.3. ALCANCE DE LAS ACTIVIDADES.

*Las actividades a ejecutar están relacionadas con la "Construcción y mantenimiento de una Obra Pública con revisión del Diseño por el CONCESIONARIO, para el Mejoramiento de la vía Transversal de Barú". Este proyecto requiere contemplar las siguientes actividades para su ejecución:*

*- La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas y los Estudios y Diseños Técnicos del acueducto Santana – Barú.*

*- Construcción de la vía (31.0 kmts. Aproximadamente) en pavimento flexible (asfalto), mas las entradas a los puertos de los tres poblados de la isla, (Ararca, Santana y Barú) 2,2 kmts aprox.*

*- La financiación del proyecto incluidos los estudios de factibilidad y los costos Administrativos del Departamento Administrativo de valorización contemplados en el cuadro de presupuesto de la obra. Los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.*

En el mismo documento se hace referencia a que la entidad convocada "... verificó el impacto fiscal del proyecto y su compatibilidad con el Marco Fiscal de mediano Plazo, encontrando que actualmente produce un impacto, por cuanto el Distrito en este momento no cuenta con capacidad de endeudamiento que permita asumir compromisos por este proyecto."

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

De igual manera, se precisó que “... para la realización de la obra en mención, se requiere una inversión de treinta y cinco mil millones de pesos (\$35.000.000.000), de los cuales se presume una contingencia del Veinte (20%) de este valor, lo que equivale a siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000), que sería el compromiso en vigencias futuras.”

En el interrogatorio al deponente MAYRON VERGEL ARMENTA, en su condición de representante legal de la primera interventoría del Contrato, hizo alusión a los estudios iniciales realizados a petición del Distrito, para efectos de la apertura de la licitación, así:

*“DR. TONCEL: Aun cuando el doctor Mayron ha manifestado que sólo intervino en la fase I del proyecto, ni siquiera conoce en rigor el otro sí No. 2, no obstante voy a hacer un par de preguntas a ver si nos ilustra un poco más en relación con el problema medular de este proceso, le pregunto si es por razón de haber sido interventor en la fase inicial, la fase I si él conoció toda la extensión del área del contrato, es decir las dos partes continentales y la parte de Playetas, si él físicamente lo conoció o no, simplemente eso y dependiendo de lo que responda le formularía una pregunta siguiente.*

*DR. VERGEL: De hecho si nosotros participamos... y revisamos el proyecto inicial que entregó la Universidad al Distrito para efectos de abrir esta licitación, pues teníamos que conocer las dos partes, todas las partes del proyecto, es más la Universidad entregó una alternativa para los de Playetas y entregó una alternativa para la fase I antes de llegar a Playetas, que fue lo que yo les dije que hecha la revisión en conjunto porque eso fue en conjunto con el contratista y de nuevo el diseñador que también era la Universidad, se llegó a la conclusión que como estaba estructurado el proyecto no se podía estructurar... los estudios de suelos... tuvimos que para ponerles un ejemplo*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*ellos hicieron apiques a tres metros en razón a la situación que encontramos al hacer los ensayos de laboratorios de suelos.”*

De lo anterior, y de acuerdo con los antecedentes de los pliegos de la licitación pública adelantada en ese entonces, es claro que existía una necesidad que satisfacer con el proceso contractual, que fue valorada en relación con el alcance y financiación del mismo, y por esa razón fueron entregadas las obras a un tercero, a través de un contrato de concesión.

En relación con los demás documentos precontractuales, emitidos por el Distrito, en el marco de la Licitación Pública No. VAL-02-06, la Convocada mediante oficio No. AMC-OFI-0089213-2020 del 7 de octubre de 2020, manifestó que *“En virtud a la antigüedad del contrato de la referencia, esta entidad solo pudo encontrar en sus archivos el pliego de condiciones y la oferta presentada, los cuales sirvieron de base para adelantar el proceso a través del cual se escogió al concesionario. Adjunto pliego de condiciones y oferta presentada por el Consorcio Vial Isla Barú.”*

No obstante, es importante mencionar que de los documentos que se enuncian por parte de la convocada como aportados<sup>43</sup>, en la oferta del proponente Consorcio Vial Isla Barú, no se evidenció el anexo 2 contentivo de la cantidad de obra y presupuesto, análisis unitarios y discriminación del AUI.

De acuerdo con lo narrado en los antecedentes y las pruebas documentales aportadas por la parte demandada, se observa que el objeto contractual consistió en:

**“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.-** *El objeto del presente contrato es el de otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión “Para la construcción y*

---

<sup>43</sup> Propuesta Concesionario Barú, Carpeta 2 contenida en la Carpeta 4, Documentos contractuales, del Informe presentado por el Distrito de Cartagena.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*mejoramiento de la vía Transversal de Barú” el cual incluye: a.) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato. b.) Construcción de la vía (31kms aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kms aproximadamente); c.) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.*

Posteriormente, con el Modificadorio No. 01, se contempló la división de la obra en tres tramos, y luego con el Modificadorio No. 02, se establecieron dos tramos, uno continental y uno insular. En el primer modificadorio<sup>44</sup> se hace referencia a una condición resolutoria, como consta en el mencionado documento y en especial en el anexo # 1<sup>45</sup> (Costo a distribuir del proyecto para la construcción de la vía transversal de Barú contrato VAL -02-06) a la resolución No. 372 de 30 de diciembre de 2008, modificada por la Resolución No. 2851 de 2009, que relaciona los siguientes ítems:

***“21,0 Relleno con Pedraplen***

***22,0 Pedraplen Protector Zona Playetas – Condición Resolutoria”***

En principio, de las documentales que se encuentran en el expediente, se observa que las actuaciones contractuales, más bien escasas, con las que se cuentan, hacen referencia concretamente a las actividades de construcción de la vía, sin detallarse los componentes específicos de la misma; no obstante, la cimentación de la vía con el pedraplén, al unísono de los profesionales de la ingeniería y representantes de las interventoría del Contrato de Concesión VAL-02-06, que han comparecido al proceso, sí se encontraba contemplado en el contrato de concesión

---

<sup>44</sup> Visible a página 167 del Documento denominado Anexos Consorcio Vial Isla Barú 20-120.

<sup>45</sup> Página 23 del Documento denominado Anexo Consorcio Vial isla Barú 121-197, aportado por la convocante.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

la intervención al Sector Playetas, y corresponde a una actividad que hace parte de la obra, en el sentido que permite la funcionalidad de esta.

**La funcionalidad de las obras: ¿De no encontrarse incluidas y no realizarse las obras de protección para la defensa costera del sector Playetas, el corredor vial no sería funcional?**

En el interrogatorio realizado al representante legal del Consorcio Vial Isla Barú<sup>46</sup>, se preguntó lo siguiente:

*“DR. TONCEL: Repito la pregunta que quería formularle al representante legal de la parte demandante: si fuere cierto que el tramo Playetas no corresponde al objeto del contrato VAL 0206, ¿ese contrato pudiere cumplir la finalidad que se propuso el Distrito al celebrarlo en esa época, es decir si funciona el contrato sin Playetas?*

*SR. AMÍN: Es imposible que se pudiera llegar al objeto contratado por una sencilla razón: en el tramo de Playetas todos tenemos conocimiento que hasta un Renault 4 se atollaba y se enterraba porque ahí no había vía; entonces, cómo iba a ser posible que el concesionario pasara equipos, volquetas, doble troques 15 metros cúbicos, 35 toneladas por una zona por donde no pasaba ni un zapatico, un taxi.*

*Entonces no se hubiera podido terminar el objeto del contrato. Es que el contrato es integral; el contrato es uno sólo, el contrato está claramente especificado que son 31 kilómetros; ese contrato es ininterrumpido. Si usted analiza el abcisado se da cuenta que no hay un bache de ni un centímetro; usted ve que va del K0 al K4+992, del K4+992 al K17+900, del K17+900,*

---

<sup>46</sup> Audiencia de pruebas del 25 de septiembre de 2020.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*K19+300 y del K19+300 al K26+583, ahí no hay un bache en todos los 31 kilómetros; entonces no se hubiera podido ejecutar el objeto del contrato concesionado.*

*Imagínense la tremenda, perdone la palabra, culebra del Concesionario de haber recibido recursos de todos los propietarios que estaban después de Playetas y que no se pudiera ejecutar la obra, y mire semejante incumplimiento tanto del Concesionario como del Distrito de Cartagena finalmente porque el Distrito es al que le toca responder al final por la cartera; ¿quiere alguna otra aclaración'?...".*

En cuanto a la declaración del señor ALFONSO DE JESÚS ARRIETA, en su calidad de director del Instituto Hidráulico de la Universidad de Cartagena, quienes ejercieron durante un período la interventoría del Contrato de Concesión VAL-02-06, se destaca lo siguiente:

*DR. TONCEL: Explique al Tribunal si usted sabe o conoce cuál fue el objeto o si lo recuerda, en caso de saberlo del contrato VAL 02-06*

*SR. ARRIETA: El objeto era la pavimentación de la vía de Barú, el tramo inicial desde Abocol hasta el Canal del Dique y luego desde el Canal del Dique hasta Barú, **tenía incluido inicialmente el tramo de Playetas** pero fue sacado inicialmente. No participamos en ninguna de esas decisiones.*

*(...)*

*DR. TONCEL: La petición que hago es que se le muestre la adenda 2 para que usted ahora que se la muestren determine si estaba o no estaba incluido el sector Playetas de acuerdo con esa adenda, de acuerdo con el objeto*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*inicial y esa adenda, el objeto inicial habla de que el contrato tiene 31 kilómetros y no sé si usted recuerda, ¿esos 31 kilómetros qué espacio comprende el área de extensión del mismo?*

*SR. ARRIETA: No; es que el espacio está claro: iba entre Abocol y Barú, sino que tenía un tramo intermedio que era Playetas, el cual tuvo dificultades para ejecutarse por el tema ambiental. Entonces en ese proceso allí había un limitante que era la construcción de Playetas porque todo eso pertenecía a parques nacionales Islas Rosario.*

*(...)*

*DR. TONCEL: La pregunta es muy específica y no es jurídica para aclararle al doctor Pabón, la pregunta es estrictamente técnica porque se trata de una experticia técnica, el ingeniero ha dicho su profesión u oficio y que tuvo relación con el objeto del contra VAL 02-06. Mi pregunta específicamente una vez que ha releído la adenda No. 2 y lo ha recordado es si el sector Playetas hace o no parte del contrato con valorización; sólo me referí al 02 para no demorar las preguntas, porque en las demás adiciones o adendas también se habla del tema, específicamente que el sector Playetas va según lo que dice el adicional No. 2 del K17+957 al L20+360. La pregunta específica que se hace al ingeniero es si en su conocimiento técnico y su conocimiento real que tuvo del tema del contrato, ¿el sector Playetas estaba o está incluido en el mismo, para la época de este...?*

*SR. ARRIETA: Es claro, ahí en la adenda que el tramo de Playetas para esa fecha estaba dentro del contrato y durante la interventoría que nosotros hicimos también estuvo. Extraoficialmente me enteré con posterioridad que*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*fue sacado del documento, pero no conozco la documentación en que se hizo.*

*DR. TONCEL: Formalmente, ¿no tiene conocimiento de documento alguno en donde haya visto, estudiado o conocido que el sector Playetas hay sido excluido del contrato?*

*SR. ARRIETA: No lo he tenido en mis manos, he escuchado por información secundaria que fue extraído del contrato, pero en lo que nosotros tuvimos estaba dentro del... ahí lo dice explícitamente, está dentro pero no se hizo ninguna actuación, nosotros actuamos en otro contrato en la consecución de los permisos ambientales, diferentes a la interventoría, cuando hicimos los estudios para conseguir los permisos, las licencias ambientales por parte de la entidad mencionada que daba los permisos...*

*(...)*

*DR. PABÓN: Explique al Tribunal ¿por qué si el sector Playetas II que es el que está en discusión estaba en el contrato, por qué el sector I se hace en otro contrato?*

*SR. ARRIETA: No podría tener los argumentos para decir, porque para mí Playetas es un solo proyecto. Desconozco cómo lo partieron posteriormente, no conozco los argumentos. Sé que cuando nosotros lo concebimos como presideño, acuérdesese que la licencia ambiental se tiene como prediseño, había un tramo en un sector húmedo con unos puentes, unos terraplenes, unas obras de cruce de animales que son los puentes que están y unos tramos en tierra con unas requisiciones ambientales que puso la autoridad ambiental, de ahí para adelante desconozco ningún documento para decir, solamente he pasado por el sitio y he visto que ahí hay una obra hecha con*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*una estructura más o menos como que... de diseño y no puedo decir por qué, porque no tengo esa información...”.*

En la declaración del deponente MAYRON VERGEL ARMENTA, en su condición de representante legal de la primera Interventoría del contrato de concesión, indicó:

*DR. TONCEL: Y teniendo en cuenta que sí conoció el tema de la extensión del área donde se iba a ejecutar el proyecto le pregunto si el objeto del contrato se cumple o funciona de no incluir el sector Playetas, de no ejecutarse nunca el sector Playetas; ¿o era imprescindible que de alguna manera con viaducto o con lo que fuera se construyera Playetas por razón de ese contrato?*

*DR. VERGEL: Bueno yo le digo que en verdad el proyecto contemplaba la construcción de Playetas. De hecho, lo contemplaba la ejecución del proyecto. Pero como en la fase de preconstrucción se condicionó a que ese trayecto de Playetas cuando se consiguiera la licencia por parte de la autoridad ambiental, eso implicaba que si no existía licencia no podría concluirse. Entonces por eso en esa primera fase nos dedicamos porque ahí participamos nosotros era a construir la parte de la vía y hacer unos estudios adicionales que planteó ya en la fase final la autoridad ambiental, pero que no definió qué era lo que realmente quería, ella quería unos puentes muy largos y esos puentes muy largos excedían los presupuestos del Distrito y excedían también, ustedes saben que ese proyecto dependía, era una obra, no era una concesión...”*

Posteriormente, al intervenir el apoderado de la Convocada, pregunta lo siguiente:

*“DR. PABÓN: La siguiente pregunta la voy a restringir al tema de Playetas que es el tema que ocupa a este Tribunal. ¿Usted quiere precisarles a los*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*señores árbitros la construcción de Playetas es lo mismo que las obras de protección para la defensa costera, es lo mismo, se entiende lo mismo?*

*DR. VERGEL: Una cosa es defensa costera y otra cosa es la construcción de una vía. Ahora, como esta es una vía metida en el mar, ahí hay los dos componentes: hay defensa costera y construcción de la vía; es más, le diría algo lo que dicen los especialistas en esto, es que para una vía de ese orden si no se le hace previamente la defensa costera o los elementos hidráulicos para... en este caso son los espolones, las protecciones en piedra o en concreto, pues no se puede construir la vía, porque el mar la destruye rápidamente. Entonces esta vía era una combinación de protección costera con construcción de la vía.”*

*DR. PABÓN: Usted sabe o durante el tiempo que usted fue interventor se construyó, no estamos hablando de la protección costera, sino solamente la vía, ¿se construyó la vía?*

*DR. VERGEL: No señor.*

*DR. PABÓN: ¿Usted sabe, conoce si esa vía está hoy en día construida?*

*DR. VERGEL: No le escuché.*

*DR. PABÓN: ¿Si esa vía está construida hoy en día?*

*DR. VERGEL: Sí, la vía está, parece que no está terminada totalmente, pero hay una vía, no sé qué características tiene lo que se construyó allí, no he intervenido en ese proceso, nunca he pasado por esa vía, he pasado vía por el mar y veo que hay allí una vía, pero no puedo referirme a qué especificaciones tiene ni nada.”*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Por otra parte, de la declaración del señor ENRIQUE CARLOS POSADA, en su condición de representante legal del Consorcio Interventoría Isla Barú, se destaca lo siguiente:

*“DR. PABÓN: No hay problema señores árbitros, continúo, muchas gracias. Doctor Posada, usted fue interventor el contrato que da origen a este proceso, le pregunto: ¿las obras de protección para la defensa costera del señor Playetas hacían parte de ese contrato o no?*

*DR. POSADA: Bueno, el contrato lo que me tocó de la proporción de hacer la interventoría de ese contrato pues no contemplaba el sector Playetas, pero no podría afirmar una cosa u otra porque no fue objeto de nuestro análisis.*

*Sin embargo, entiendo que en las actividades iniciales de este contrato porque algún día lo revisé, incluía unas actividades a ejecutar en el sector playero.*

*DR. PABÓN: ¿Qué actividades había que ejecutar en el contrato VAL 02-06?*

*DR. POSADA: Como le decía al señor Procurador digamos que específicamente en lo que me correspondió a mí fueron unas actividades precisas, las actividades precisas porque el contrato objeto de nuestra contratación eran las obras faltantes del contrato VAL), entonces se circunscribía básicamente a las actividades que he denotado y que no se ejecutaban en el sector playero; entonces digamos que nuestro contrato no tenía como objeto revisar nada que tuviera que ver con Playetas.*

*Ese contrato precisamente no tiene nada qué ver y digamos que con el sector Playetas nuestro objeto de interventoría.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

(...)

*DR. PABÓN: Una respuesta que no me quedó clara: ¿Las obras de protección costera del sector Playetas están incluidas dentro del contrato VAL 02-06?*

*DR. POSADA: Como le decía, algún día en un debate referente al contrato que hoy ejerzo interventoría, revisamos por petición del Concejo; algo recuerdo y pude observar que había un capítulo inicial donde se refería a unas obras en Playetas.*

*DR. PABÓN: No me ha contestado la pregunta.*

*DR. POSADA: ¿No la contesté?*

*DR. PABÓN: La pregunta es muy concreta, la pregunta es ¿las obras de protección para la defensa costera del sector Playetas están incluidas en el contrato VAL 02-06 o no?*

*DR. POSADA: Por lo que pude revisar, le comentaba como asistente a un debate en el Concejo, pude observar que en el contrato inicial el firmado cuando ellos suscribieron este contrato VAL 02, incluía unas obras en el sector Playetas, eso básicamente fue lo que advertí.*

*DR. PABÓN: ¿Revisó el Modificadorio 2?*

*DR. POSADA: En ese momento no revisamos el Modificadorio 2 porque lo que estaba yo sugiriendo era que digamos en ese contrato VAL 02 digamos que las cantidades eran menores a las que ejecutamos actualmente en el*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*contrato nuevo de Playetas, era básicamente, por eso recuerdo que había unas obras incluidas en el contrato VAL 02 que hacían alusión a Playetas.*

*DR. PABÓN: Que pena, no le entendí la respuesta, ¿me la puede explicar por favor?*

*DR. POSADA: Usted me dice que si en el contrato VAL 02 había intervención del sector Playetas. La respuesta es sí; y ¿por qué lo puedo afirmar? Porque cuando me citaron a un debate en el Concejo revisamos el contrato VAL 02 y advertimos que había unas obras a ejecutarse en el sector de Playetas; por ejemplo, incluía unos ítems de pedraplén que tenían que ver con el sector y nombraba el sector.*

*Entonces en ese momento en el debate yo dije, las obras que están estipuladas en ese contrato son menores a las contratadas en el contrato 020/19. Por eso tengo conocimiento, digamos que sí, en el contrato VAL 02 había un capítulo que decía Playetas... ejecutar.”*

De acuerdo con las declaraciones traídas a colación, se observa que los testigos coinciden en que sí existían en el contrato actividades de intervención del sector playetas. En todo caso, por su inmediatez con la ejecución del contrato de concesión VAL-02-06, en calidad de interventores y del señor Amín, por su condición de representante legal del consorcio ejecutor, así como por el conocimiento profesional, técnico, y circunstancias que rodean a los declarantes, se puede inferir lógicamente que los testimonios constituyen una prueba que da cuenta de la importancia de la ejecución de obras que soportaran el corredor vial y que, sin estas, la obra no sería funcional o simplemente no pudiera llevarse a cabo hasta su terminación completa.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

#### DICTÁMENES PERICIALES

Teniendo en cuenta que dentro del presente proceso se cuenta con dos dictámenes periciales, uno de ellos aportados con la demanda y otro decretado de oficio, el Tribunal procederá a apreciar los mismos, en consonancia con lo establecido en el artículo 232 del Código General del Proceso<sup>47</sup> y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Es importante precisar que la prueba pericial tiene como propósito verificar hechos (perito percipendi), suministrar al juez un conocimiento científico, técnico o artístico, o un saber hacer, o presentar su opinión experta al operador judicial (perito deducendi),<sup>48</sup> de manera que constituye un elemento de juicio valioso para el Panel, teniendo en cuenta los elementos y características de esta especie de prueba.

En relación con la valoración del dictamen pericial, el Honorable Consejo de Estado<sup>49</sup>, ha señalado:

*“...el juez debe valorar el dictamen pericial a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, con el fin de acogerlo total o parcialmente.*

*De igual manera, el juez puede desechar los resultados del dictamen pericial, siempre que no sea claro, preciso y detallado y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, condiciones que consisten en: (1) la conducencia en relación con el hecho por probar; (2) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (3) que no exista un motivo serio para dudar de la imparcialidad del perito; (4) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras, firmes y*

---

<sup>47</sup> La norma citada, señala: “**Artículo 232. Apreciación del dictamen.** El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.”

<sup>48</sup> Marco Antonio Álvarez Gómez, Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III – Medios Probatorios, Parte Segunda, Editorial Temis. 2017. Pág. 271, 272.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 2019-43311, abr. 10/19. M. P. Alberto Montaña Plata

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*sean consecuencia de las razones expuestas; (5) que la prueba haya surtido contradicción. Así mismo, el juez debe tener en cuenta los demás medios probatorios que obren en el proceso.”*

De acuerdo con las anteriores directrices normativas y jurisprudenciales, así como las demás pruebas que reposan en el expediente, se valorará los dictámenes periciales decretados, en los siguientes términos:

#### **Dictamen pericial de parte – ALFREDO PINEDA CORENA**

Con la demanda arbitral corregida, la parte Convocante acompañó un dictamen técnico o pericial, firmado por el ingeniero Alfredo Pineda Corena, sobre las obras del tramo del sector playetas en Isla Barú.

En relación con el dictamen de parte, el Código General del Proceso reguló este medio de prueba, con la finalidad de que sean las partes las encargadas de aportar la prueba pericial necesaria para acreditar los hechos y argumentos que requieren conocimientos técnicos, especializados, o artísticos y no se limite su práctica a la dinámica de los auxiliares de justicia.

Al respecto, el profesor Martín Bermúdez señala:

*“El dictamen pericial de parte es un medio de prueba con el cual las partes buscan convencer al juez de la realidad de sus afirmaciones: el valor de su opinión depende de su objetividad, coherencia y fundamentación. Aquí desaparece la noción de perito como auxiliar del juez que tiene como función transmitirle los conocimientos técnicos científicos o artísticos que requiere para entender el conflicto que debe resolver; no estamos en presencia de un perito ubicado al lado del Juez para que lo asesore: el Juez tiene – al frente-*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*dos opiniones de parte y debe fundamentar su fallo con aquella que lo convenza (...).*<sup>50</sup>

Ahora bien, el Código General del Proceso, así como incorporó al régimen normativo procesal el nuevo rol del dictamen pericial de parte, también reguló las condiciones y deberes que deben cumplir tanto el perito como las partes, e inclusive el mismo operador judicial, para que el dictamen cumpla la finalidad superior en el proceso.

Al respecto, conviene traer a colación lo señalado en el artículo 235 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

***“Artículo 235. Imparcialidad del perito. El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.***

*Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.*

*El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.*

*En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.”*

La jurisprudencia arbitral ha explicado el alcance del mencionado artículo, en los siguientes términos:

---

<sup>50</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte: su regulación en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso. Segunda Edición: Legis Editores. 2016. Bogotá D.C. pp. 5.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“La norma contiene varias reglas relevantes para el caso que analiza el Tribunal. La comprensión de su redacción se facilita si se hace un análisis de la misma a partir del rol y deberes que se asignan a cada uno de los sujetos mencionados en los incisos que hacen parte de la misma. Así, pues, la primera regla que establece el artículo 235 del C.G.P. es que el perito debe desarrollar su labor con objetividad e imparcialidad y debe incluir tanto aquello que perjudique como lo que beneficie a cualquiera de las partes. La segunda regla, referida ahora a las partes, es un deber con su correlativa prohibición: abstenerse de aportar dictámenes rendidos por personas en las que concurran algunas de las causales de recusación establecidas para los jueces.*

*Frente a estas dos reglas, el tercer inciso del artículo 235, que se refiere ahora al juez, establece que éste “apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existen circunstancias que afecten gravemente su credibilidad”. Una de las discusiones que ha generado la redacción de este inciso es a qué se refiere su texto cuando habla de “ese deber” cuyo cumplimiento debe apreciar el juez, si es al del perito, quien tiene el deber de ser objetivo e imparcial en su labor o, por el contrario, al de las partes, quienes tienen el deber de no aportar dictámenes rendidos por quienes se encuentren en las causales de recusación establecidas para los jueces.*

*Pues bien, si se tiene en cuenta lo que lleva de suyo el establecimiento de un sistema de dictamen de parte al igual que la historia de la redacción del C.G.P., se encuentra que el deber que tiene el juez de valorar su cumplimiento – al que refiere el tercer inciso del artículo 235 del C.G.P - es el cumplimiento, por las partes, de abstenerse de allegar al proceso dictámenes que sean rendidos por quienes puedan ser recusados.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*En efecto, en un sistema de dictamen de parte el perito siempre debe rendir un dictamen que sea objetivo e imparcial, circunstancia que, una vez superado en análisis sobre la no concurrencia de alguna circunstancia de recusación del perito, también debe ser valorada por el juez de acuerdo con la “sana crítica” que inspira toda la apreciación del acervo probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 176 del C.G.P.”<sup>51</sup>*

En ese orden, surge la necesidad de definir si el dictamen rendido por el Ingeniero Pineda, aportado por la parte Convocante, adolece de alguna de las causales de recusación de los jueces, por el hecho de presuntamente haber rendido conceptos o emitido pronunciamiento al representante legal de la parte Convocante, en relación con las obras del contrato de concesión VAL-02-06, como lo alega la Convocada, y en el caso de evidenciarse circunstancias graves que afecten la credibilidad del perito, se procedería a negar totalmente sus efectos, o restarle valor probatorio.

Sobre el particular, el perito PINEDA CORENA, en la audiencia del 2 de octubre de 2021, manifestó:

*“DR. PABÓN: Y en temas profesionales qué ha hecho con el señor Amín.*

*SR. PINEDA: En una ocasión le serví de perito para cuando estaba construyendo la vía Cartagena Turbaco que había una falla geológica y se realizó un informe para determinar responsabilidades esa es una de las... la única y después creo que también en esta obra de Barú parece que había unas obras que no le quieren reconocer y yo tuve que medir y dictaminar que*

---

<sup>51</sup> Laudo -Tribunal Arbitral de Vías de Las Américas S.A.S. contra Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de diciembre de 2020.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*las obras estaban comprendidas dentro del contrato, las obras de contención, unos pontones.*

De acuerdo con el dicho del perito en la audiencia de contradicción y lo manifestado en las alegaciones por parte del apoderado de la parte convocada, el Tribunal considera que no es dable reducir el mérito probatorio del dictamen, ni excluirlo del análisis para la decisión, debido a que no se evidencian circunstancias graves que afecten la credibilidad del perito, y en todo caso, la valoración de la mencionada probanza, se hará en conjunto con las demás aportadas y de acuerdo con la sana crítica, en los términos del artículo 176 del Código General del Proceso.

Sobre el particular, la doctrina especializada, ha interpretado el contenido del artículo 235 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

*“5. El control de la idoneidad y la imparcialidad del perito de parte solo puede hacerse mediante el interrogatorio que la contraparte puede formularle al perito en audiencia.*

*Por tal razón, aunque el Código General del Proceso no contempla la tacha del perito de parte, podemos concluir que su idoneidad e imparcialidad pueden ser controvertidas mediante un trámite similar al previsto para la tacha del testigo en el Código General del Proceso: la contraparte puede interrogar sobre estos aspectos, pero no hay un incidente ni se prevé un período probatorio para acreditarlos.*

*6. Las objeciones que la contraparte formule al perito, relativas a su idoneidad o a su imparcialidad, no tiene – por regla general-, el efecto de excluir su opinión como prueba en el proceso. Esas objeciones deben ser tenidas en*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*cuenta por el Juez al momento de fallar, al igual que ocurre cuando se formula una tacha por sospecha en relación con un testigo.”<sup>52</sup>*

En consonancia con lo anterior, el Tribunal, en el caso concreto, no observa la configuración de causales de recusación sobre el perito de parte, debido a que no se especificó ni acreditó si las mediciones y determinaciones que hizo recayeron en el contrato objeto de análisis del presente Tribunal, u otro tipo de contrato, inclusive, si esas obras de contención o pontones, guardaban relación con el pedraplen de playetas, o el tramo II de esa obra, y teniendo en cuenta la interpretación restrictiva de las causales de recusación, no se encuentra acreditada alguna de las contenidas en el artículo 141 del Código General del Proceso.

En ese orden, descendiendo a las conclusiones del perito de parte, se observa que corresponden a las siguientes:

*“Revisados los documentos que hacen parte integral del Contrato de Concesión VAL-02-06, puedo concluir lo siguiente:*

- 1. Desde los pliegos de condiciones definitivos del contrato, se ha considerado que el tramo de playetas forma parte de las obras concesionadas, de acuerdo a los criterios contemplados en la Licitación pública VAL-02-06 de octubre del 2006.*
- 2. Revisada la licitación pública del contrato de concesión, se encuentra que efectivamente existe el pedraplén protector de playetas, el cual se encuentran concebido dentro del presupuesto previsto dentro del anexo técnico No. 1 de la Licitación pública VAL-02-06 (Adenda No. 2)*

---

<sup>52</sup> Martín Bermúdez, Óp. Cit., p. 161



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

3. *Dentro del objeto del contrato de concesión se establece la construcción de 31 kilómetros de vía, donde se encuentra textualmente el tramo conocido como playetas.*
4. *En modificadorio No. 1 al Contrato de Concesión VAL-02-06, se establece claramente que a los 31 km de vía se subdividen en tres tramos, y textualmente el segundo tramo de vía, contemplado entre las Abscisa 17+300 al 19+300 corresponden al sector de (Playetas).*
5. *En igual sentido, se logra OBSERVAR en cada uno de los documentos revisados del Contrato de Concesión VAL-02-06, tales como: Modificatorios, adicionales y otrosíes suscritos por el Distrito Turístico de Cartagena por intermedio de los funcionarios competentes para tal fin (ALCALDES Y DIRECTORES DE VALORIZACIÓN DISTRITAL), que siempre se hace mención al tramo de playetas como parte integral del proyecto denominado: “Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú”.*
6. *Puntualmente, dentro el Modificadorio No. 2, al Contrato de Concesión VAL-02-06, se contempla la ubicación de las obras del sector Playetas desde K. 17+955 al 20+360, así como su condición suspensiva hasta que se den las condiciones predecesoras de obligatorio cumplimiento; estableciendo que el Concesionario solo podrá intervenir este tramo cuando se cumplan todas y cada uno de las siguientes condiciones: 1) Se efectúen los estudios de la solución de defensa del sector Playetas y sean aprobados por valorización distrital y MMAVDT. 2) Que se obtenga la licencia ambiental para el sector Playetas. 3) Que se obtengan los recursos para construcción de las obras del sector Playetas...”*
7. *Así mismo, dentro del Adicional No. 3 al VAL-02-06, se establece la forma de controlar el avance del contrato, y se determina concretamente para el tramo*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*de Playetas (K17+200 en adelante), que su ejecución estaría condicionadas a la obtención de la licencia ambiental.*

8. *Las condicionantes para que el Consorcio Vial Isla Barú acometa el tramo conocido como playetas, se reiteran en los otros ítems número 4, 5, 6, 7, 8 y 9, debidamente autorizados por el Distrito de Cartagena de Indias, a través de los funcionarios con las competencias de ley (Alcaldes y Directores de Valorización Distrital).*
  
9. *En el documento: AVANCE DE OBRA, Anexo No. 12, del proyecto denominado: “Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú, suscrito por el Director de la interventoría del Contrato y Valorización Distrital, se establece que el “EL DISTRITO – D.A.V.D. se encontraba adelantado las gestiones pertinentes tendientes a la Obtención de la licencia ambiental requerida para el CONSORCIO VIAL ISLA BARU pueda intervenir este sector del proyecto” (Playetas). En cumplimiento de las condiciones establecidas en el MODIFICATORIO No. 2 al Contrato de Concesión VAL-02-06 y suspensivas de este, fueron cumplidas por el CONSORCIO VIAL ISLA BARU, puesto que se completó el trámite legal requerido por la Agencia Nacional de licencias ambientales (ANLA) para otorgar la licencia ambiental correspondiente a la intervención de esta zona perteneciente a PNNCRSB, (ver Licencia Ambiental Anexo No. 13). Dicho trámite tardó aproximadamente 8 años y requirió previamente de todos los estudios ambientales y técnicos para definir los controles señalados en la licencia. (Ver diseños técnicos). Vale la pena hacer un recorrido por el largo periplo que fue atrasado sistemáticamente la construcción de la solución de Playetas.*

*La dilación del proceso, para obtención de la Licencia ambiental, data desde finales del año 2006, que se inició con la discusión de la entidad que debería otorgar dicha licencia. En el año 2012 se presentó ante el ministerio de*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*ambiente y desarrollo sostenible el estudio de impacto ambiental, hecho por la Universidad de Cartagena, quien a su vez lo envió a la ANLA, de donde fue devuelto, sin aprobar, en el 2014 con argumentos poco convincentes y que fueron resueltos por la universidad de forma, por demás, satisfactoria y reenviados a la ANLA, quien a su vez vinculó a Parques Nacionales.*

*Finalmente, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) en diciembre de año 2016, concedió la viabilidad ambiental para la solución de Playetas. Procediéndose a construir la primera fase del tramo.*

*Lo anterior sirvió de base para que el Distrito y el DAVD, fueran prorrogando, mediante adendas y otrosíes, la vigencia del Contrato de Concesión VAL-02-6 sin que se rompiera la vinculación contractual entre dichas entidades y el Concesionario Consorcio Vial Isla de Barú. Adicionalmente se cuenta con los diseños definitivos de la solución, que es la condición 1 de la cláusula suspensiva.*

*De otro lado la Alcaldía de Cartagena en gestión con el régimen nacional de regalías tramitó \$21.009.429.170, para la construcción de la optimización del Pedraplen correspondiente al tramo 2 de la solución de Playetas, lo que demuestra el cumplimiento de la condición 2, requerida para dar continuidad a la ejecución del contrato VAL-02-06. (Ver Anexo 15, Acuerdo No. 27 de 26/06/2019 OCAD).*

*10. Con relación al contrato No. 20-2019 firmado el 26 de diciembre de 2019 y celebrado entre el DISTRITO DE CARTAGENA y la sociedad KMC SAS, su objeto contenido en su cláusula segunda, es el mismo establecido en el contrato VAL-02-06 celebrado entre el CONSORCIO VIAL ISLA BARU y el DISTRITO DE CARTAGENA el 29 de diciembre de 2006 y sus modificatorios, puesto que las abscisas a intervenir en el contrato No. 20-2019,*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*corresponden al abscisado que se encuentra incluido en los 31 km que son objeto de construcción del Contrato VAL -02-06. Abscisas el K17+900 al K19+300.*

*11. En cuanto a la solución propuesta en licencia ambiental para la ejecución de las obras del sector Playetas se evidencia que el 50% del pedraplén que sirve de protección costera fue construido por el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ. (Ver Diseño sección Tipíca Pedraplen Sector Playetas)*

*12. Respecto a la segunda solicitud del dictamen técnico, pude concluir que siendo la vía transversal de Barú de 31 km aproximadamente, y que desde inicios del proyecto se contempló la construcción de un Pedraplén dentro de las Abscisas K.17+955 al 20+360, que se constituye en la estructura de la vía concesionada, el cual está construido en un 50% actualmente, en caso de que un tercero ejecutara el 50% por ciento faltante de esa estructura, técnicamente sería imposible establecer responsabilidades en un eventual caso de falla en la estructura resultante, como también la dificultad de conseguir una compañía aseguradora establecida en Colombia que garantice la estabilidad de la obra en estas condiciones.*

*13. Independientemente del origen de los recursos, los documentos aportados me llevan a determinar, sin temor a equívocos, que el contrato inicial corresponde a una obra integral compuesta por tres sectores que forman una unidad funcional indivisible y que hacen parte de una concesión, adjudicada y legalizada con todos los requisitos de ley y cuyo contrato inicial no ha sido liquidado por las partes por no haberse configurado ninguna de las causales, que establece la ley, para hacerlos.*

*Si bien es cierto, que los sectores comprendidos entre el K0+000 al K4+992 de la parte continental y el K=0+000 al K17+900 de la parte insular, fueron*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*ejecutados sin contratiempos por no encontrarse en zonas de protección ambiental sin trámites ante las entidades encargadas de estos asuntos, el sector del K17+900 hasta el final tenía un escollo que salvar por encontrarse, dentro de este tramo, el Sector de Playetas, que requería de un Licencia Ambiental. El diseño inicial, presentado por el concesionario, debió ser ajustado para que cumpliera con las exigencias del MAVDT y de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA.*

*Declaro bajo juramento que mi opinión es independiente y corresponde a mi real convicción profesional y que no me hayo incurso en las causales contenidas en el artículo 50 en lo pertinente...”.*

En consonancia con el resultado de la experticia realizada por el señor PINEDA CORENA, así como las aclaraciones y complementaciones al mismo, se dará relevancia probatoria a las conclusiones que tienen relación e identidad con las evidencias de los otros medios de pruebas decretados, especialmente los testimonios de los interventores que comparecieron a rendir su declaración dentro del presente proceso, en consonancia con lo declarado en la audiencia de contradicción.

#### **Dictamen pericial de oficio – OSBALDO DE JESÚS CASTILLA TARRÁ**

En cuanto al dictamen decretado de oficio, se evidenciaron aspectos en los que la experticia no contaba con fundamento técnico o científico<sup>53</sup>, y en ese sentido, a criterio del Tribunal, se tendrá en cuenta bajo las reglas de la sana crítica, las conclusiones que se encuentren debidamente soportadas conforme con el acervo

---

<sup>53</sup> En el interrogatorio realizado por el apoderado de la parte convocada, al consultar si “... según su entendimiento como perito, esas obras estaban incluidas en la concesión, pero se sacaron de la concesión?...” , así como la destinación de los recursos aprobados por la OCAD, el perito manifestó que se basó en publicaciones del periódico El Universal y no realizó las verificaciones técnicas respectivas.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

probatorio que reposa en el expediente, las cuales se traerán a colación en los fundamentos de la decisión dentro del presente laudo arbitral.

## ALEGATOS DE CONCLUSION

### ALEGATO DEL CONVOCANTE CONSORCIO VIAL ISLA DE BARÚ

En la audiencia de alegatos celebrada en febrero 12 de 2021, la parte convocante, a través de su apoderado principal, doctor **WILSON TONCEL GAVIRIA**, presentó los alegatos de conclusión, de los cuales podemos destacar, para los propósitos del aspecto que se analiza en este apartado del laudo, que *“... las obras del Pedraplen protector de “Playetas” comprendido entre las abcisas (sic) K17+900 al 19+300 en Cartagena de Indias SE encuentran dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, eso fue lo querido y pactado por las partes contratantes y lo ratifican todos los otrosi del contrato 2. Se probó tanto con los dictámenes e interrogatorios que se han cumplido con las exigencias establecidas en la condición suspensiva a que se sometió la continuidad de la ejecución del contrato en la Optimización de las obras del Pedraplén para la conformación de la cimentación de la Vía Transversal Barú en el Tramo 2 de Playetas. 3. También quedó suficientemente acreditado que el DISTRITO hasta ahora no ha permitido la ejecución de esa parte del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06 que por lo tanto lo viene incumpliendo y por consecuencia violando los derechos contractuales del CONSORCIO.*

*“Por todo lo estudiado el Panel Arbitral en el Laudo tiene el deber probatorio de acceder a las pretensiones que precisó en la audiencia inicial, esto es, declarar que las obras del Pedraplén protector de “Playetas” comprendido entre las abcisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de Indias, se encuentra dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, como también declarar que el DISTRITO DE CARTAGENA viene incumplimiento del Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no permitir que el Contratista CONSORCIO ejecute la totalidad de*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*su objeto contractual en lo que corresponde a la ejecución de las obras del sector Playeta en Barú y a las demás pretensiones consecuenciales....”*

En sus alegaciones, la parte convocante planteó la hipótesis de la demanda en los siguientes términos: *“las obras del Pedraplen protector de “Playetas” comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de indias, si se encuentran dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No.1, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión.*

*De entrada observamos que aún cuando estaban cumplidas las exigencias establecidas en la condición suspensiva a que, por reforma contractual, se sometió la continuidad de la ejecución del contrato en la Optimización de las obras del Pedraplén para la conformación de la cimentación de la Vía Transversal Barú en el Tramo 2 de Playetas, el DISTRITO nunca ha permitido la ejecución de esa parte del objeto contractual, viene incumpléndolo y de contera violando derechos contractuales del CONSORCIO.”<sup>54</sup>*

## ALEGATOS DE CONCLUSION DEL DISTRITO

Escuchados los alegatos de conclusión presentado por el apoderado de la parte Convocada, observa el Tribunal que, del contenido del mismo, se plantean unas excepciones para oponerse a las pretensiones de la demanda; pero este panel arbitral, así como lo manifestó anteriormente, no podrá abordarlas y pronunciarse sobre estas debido a que, en la oportunidad procesal correspondiente, no fueron formuladas por dicha parte Convocada.

No obstante, el Tribunal se referirá a aquellos puntos que no configuran excepciones. En tal sentido, sostiene en sus alegatos el apoderado de la

---

<sup>54</sup> Alegatos de conclusión de la parte convocante. Folio 18 del documento aportado por escrito.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

convocante, doctor **ANTONIO PABÓN SANTANDER**, que hay inexistencia de obligación a cargo del Distrito por cuanto la condición falló, anotando que la correcta interpretación de la condición prevista en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del Modificadorio No. 02 de 23 de noviembre de 2009, permite concluir que se trata de una condición potestativa simple.

En efecto, sostiene el apoderado de la convocada, entre otros argumentos, que:

*“... en materia de clasificación de las condiciones, existen una tipología que las divide en condición casual, condición mixta y condición potestativa. Interesa para este caso esta última, que de manera general es aquella condición que depende de la voluntad del acreedor o del deudor, y que a su turno se divide en dos categorías a saber, condición potestativa simple y condición puramente potestativa. Esta última a luces del artículo 1535 del código civil genera la nulidad de la obligación y no corresponde a la hipótesis estudiada.*

*Sin embargo, la condición potestativa simple es aquella que depende de la voluntad de una de las partes pero que también queda, en alguna proporción, sujeta a alguna o algunas contingencias. Así, por ejemplo, si se acuerda que Juan deberá pagar una suma de dinero si se casa, es una condición válida pues no depende exclusivamente de su voluntad.*

*Pues bien, lo acordado por las partes en el mencionado parágrafo primero de la cláusula segunda del modificadorio número 2 fue exactamente una condición potestativa simple, esto es, un hecho futuro e incierto que estaba compuesto por varios eventos aleatorios, más un acto voluntario del Distrito de Cartagena.*

*Obsérvese que en esa estipulación contractual las partes utilizaron el verbo*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“podrá” y no utilizaron el verbo “deberá”.*

*La regla de interpretación contractual consistente en que las palabras deben tener un efecto útil nos lleva a concluir que si los contratantes decidieron utilizar el verbo “poder” y no el verbo “deber” es porque estaban sujetando la construcción de las obras de Playetas a que, en adición a la consecución de la licencia ambiental y la apropiación presupuestal (hechos ajenos a las partes), debía mediar igualmente una actuación voluntaria de la concedente, la cual no se dio.*

*En otras palabras, la condición incorporada en esa previsión contractual necesitaba el cumplimiento de los siguientes requisitos (i) los estudios para la defensa costera, (ii) su aprobación por parte de valorización y del Ministerio del Medio Ambiente, (iii) la obtención de la licencia ambiental (iv) la obtención de los recursos para las obras, y (v) la voluntad de la concedente de adicionar las obras. La interpretación que en la demanda se ha querido dar a la condición es dejando sin efecto la primera parte del párrafo, concretamente la expresión “el concedente podrá adicionar las obras”, olvidando la parte actora que la cláusula debe ser leída íntegramente, y que el verbo “podrá”, se reitera, jamás puede ser entendido como deberá. Esta conclusión sería suficiente para demostrar que la condición nunca se verificó, y que por ende las obras no hacen ni pueden hacer parte del contrato VAL 02-06.*

*Pero para abundar en argumentos, no puede olvidarse que los recursos aprobados por la OCAD, como consta en el documento aprobatorio que reposa en el expediente, no fueron aprobados por esa entidad con destino al contrato VAL 02-06 como se ha querido hacer ver en la demanda. Esos dineros fueron simplemente aprobados para hacer los trabajos, pero no destinados a este contrato, por lo cual tampoco se encuentra verificado uno*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*de los aleas que las partes incorporaron como elemento de la condición.*

*Así las cosas, por tratarse de una condición potestativa simple, su acaecimiento requería que se cumplieran todos los requisitos aleatorios en ella contemplados, más la voluntad de la concedente, y los documentos que reposan en el expediente muestran que ni esa voluntad, ni uno de los requisitos aleatorios se cumplieron, razón por la cual la condición tiene que reputarse como fallida. Como los señores árbitros saben, cuando una condición falla, la obligación no nace a la vida jurídica y por esa razón tampoco podrá accederse a las pretensiones de la demanda...”.*

A manera de conclusión, finaliza solicitando la denegación de las pretensiones de la demanda, por considerar que se encuentran configuradas las excepciones que desarrolló a lo largo de su alegato.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor **EDER HUMBERTO OMAÑA MALDONADO**, en su condición de Procurador 22 Judicial II de Cartagena, manifestó que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas sustentando en que, para los efectos de lo que se analiza en este apartado, con el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del Modificadorio No.02 de 23 de noviembre de 2009, se otorgó al Distrito de Cartagena la facultad de ejecutar las obras de cimentación para la protección costera del sector Playetas con el Consorcio Isla Barú o con otro contratista. Esto es, porque “... *teniendo en cuenta que conforme al Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No.2 de 23 de noviembre de 2009, el Distrito tenía la facultad de escindir la obra en el sector Playetas, dejando por fuera del contrato VAL 02 06, lo relacionado con la Optimización del Pedraplén para la Conformación de la Cimentación de la Vía 19 Transversal Barú en el Tramo 2 Playetas, como efectivamente hizo al otorgarle dicha obra a un tercero...”.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

### CONSIDERACIONES DEL LAUDO Y ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

Procede el Tribunal a realizar las consideraciones de fondo para resolver la presente controversia, reiterando que el análisis respectivo comprenderá las pretensiones de la demanda, y no las excepciones o argumentos expuestos en la contestación de la parte convocada, por cuanto la misma fue extemporánea, tal como se ha expuesto mediante providencias ejecutoriadas con anterioridad, dentro del presente proceso.

En ese sentido, el análisis del presente Tribunal recae principalmente sobre las siguientes pretensiones esgrimidas por la parte accionante, y frente a las cuales el presente panel se declaró competente, conforme con lo expuesto en la primera audiencia de trámite, correspondientes a las siguientes:

#### **PRETENSIONES DECLARATIVAS**

**3.1.1. PRIMERA:** *Que se declare que las obras del Pedraplén protector de "Playetas" comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de Indias, se encuentra dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No. 1 de la Licitación Pública VAL-02-06, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión.*

**3.1.2. SEGUNDA.-** *Que se declare que el **DISTRITO DE CARTAGENA** viene incumpliendo (sic) del Contrato de Concesión No. VAL-02-06, por no permitir que el Contratista **CONSORCIO** ejecute la totalidad de su objeto contractual en lo que corresponde a la ejecución del Pedraplén protector de "Playetas".*

#### **PRETENSIONES DE CONDENA:**

**3.2.1. PRIMERA.** *Que se condene al **DISTRITO DE CARTAGENA** a que debe permitir y disponer lo pertinente, a partir de la ejecutoria del laudo*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*arbitral, para que el **CONSORCIO** demandante ejecute la totalidad de las obras faltantes del objeto del Contrato de Concesión No. VAL-02-06 en lo que corresponde a la ejecución de las obras faltantes del Pedraplén protector de “Playetas”. (...)*

**3.2.3. TERCERA:** *Que se condena en costas, incluyendo agencias en derecho al **DISTRITO DE CARTAGENA***

Lo anterior, por cuanto fueron excluidas las pretensiones 3.1.3 de las declarativas y 3.2.2 de las de condena, por no estar cobijadas por el pacto arbitral, de acuerdo con las consideraciones expuestas en Auto No. 16 del 3 de julio de 2020.

De esa manera, surgen como aspectos jurídicos principales a determinar con el fin de resolver el fondo de las litis, los siguientes: (i) Determinar si las obras del Pedraplén protector de “playetas”, hacen parte o no, del alcance del objeto del contrato de concesión Val-02-06. (ii) Determinar si se configura o no incumplimiento contractual por parte del Distrito de Cartagena, al no permitir que la convocante ejecute las obras correspondientes al Pedraplén de “playetas”, y (iii) Determinar si hay lugar a ordenar a la convocada, a que permita que el Consorcio convocante ejecute las obras faltantes del Pedraplén protector “Playetas”, como actividad comprendida en el contrato estatal suscrito por dichas partes.

Así mismo, la anterior controversia se deriva especialmente de la interpretación de lo dispuesto sobre el alcance del contrato, y sobre el parágrafo de la cláusula segunda del modificadorio No. 2 del contrato de Concesión VAL-02-06, en la cual se estipuló lo siguiente:

**PARAGRAFO PRIMERO: CONDICIÓN SUSPENSIVA.** *El concedente podrá adicionar las obras de protección para la defensa costera de **Playetas** que hoy no tienen diseños definitivos, ni presupuestos, ni aprobación por parte del MMAVDT, estudios y aprobaciones que son necesarias para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en ese sector, **siempre y cuando se cumplan las siguientes***

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

**condiciones:** 1) Se efectúen los estudios de la solución de defensa del sector Playetas y sean aprobados por Valorización Distrital y el MMAVDT. 2) Que se obtenga la licencia ambiental para las obras de protección del sector Playetas. 3) Que se obtengan los recursos para la ejecución de las obras de protección del sector Playetas. Como son: los aportes de los dueños de los predios que se benefician con el proyecto y otros aportes del orden Nacional o Distrital necesarios para su ejecución. Los recursos para los diseños definitivos y estudios, y consecución de la licencia ambiental, entre otros, se incluirán en el presupuesto modificado del proyecto. 4) Con los recursos que se incluyan, de forma proporcional, como aportes de los dueños de los predios sujetos al pago de valorización se constituirá una cuenta especial en el encargo fiduciario, que se destinara para la pre inversión y construcción de las obras de protección del sector Playetas, previo el cumplimiento de los numerales 1, 2, 3 de este párrafo.

En ese sentido, se formulan o resumen los siguientes problemas jurídicos en torno a la condición suspensiva pactada entre las partes de este trámite arbitral:

1. ¿Las obras del Pedraplén protector de "Playetas", comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300, en la Isla de Barú, jurisdicción de Cartagena de Indias D. T. y C., se encuentran dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo a lo contemplado en el anexo técnico No.1 de la Licitación Pública VAL-02-06, la propuesta presentada por el Contratista y los adicionales y modificatorios del citado contrato de concesión?
2. Y, si en tal caso, ¿la ocurrencia de las hipótesis De encontrarse incluidas dichas obras en el Contrato de Concesión VAL-02-06, la condición pactada en Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 de este Contrato, es suspensiva?; planteadas en dicha condición, obligaban o no a la convocada a adicionar a la convocante la ejecución de las obras del Pedraplén protector de "Playetas" en la Isla de Barú, en Cartagena de Indias?

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Por lo anterior, corresponderá analizar la presente controversia, de manera especial, a la luz de los criterios de interpretación contractual de los contratos estatales, y de la responsabilidad contractual del Estado, teniendo en cuenta que con ocasión al incumplimiento que imputa la parte convocante, pretende una forma específica de reparación, consistente en la continuidad y cumplimiento del contrato en relación con las obras del Pedraplén protector de “Playetas”.

### PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

El verbo transitivo “interpretar”, según el Diccionario de la Real Academia Española, implica: explicar o declarar el sentido de algo<sup>55</sup>. Concebir el sentido, alcance y significado de las disposiciones jurídicas y, en especial, de los actos contractuales es una compleja actividad argumentativa, que requiere acudir a múltiples aristas, criterios y análisis, con el fin de auscultar, extraer y desentrañar el más adecuado de los sentidos posibles.

El profesor mexicano Rodolfo Vigo, a propósito de la interpretación y argumentación como labor del jurista, enseña lo siguiente:

*“...se entendía y se enseñaba que la interpretación identificaba el trabajo del jurista, en tanto consistía en aplicar la ley luego de haberla interpretado y descubierto en ella “la” respuesta buscada. Pero hoy los juristas somos conscientes que frente a la pregunta del usuario, vamos al derecho vigente (no solo a la ley) y es casi seguro, si estamos ante un auténtico “caso”, que encontraremos más de una respuesta, por eso debemos escoger una de ellas*

---

<sup>55</sup> Diccionario de la Real Academia Española, interpretar del latín *interpretāri*, significado 1 y 8. Consulta en: <https://dle.rae.es/interpretar>

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*y luego viene la delicada, específica y central tarea de argumentar a favor de la que pretendemos que prospere o se consienta.”<sup>56</sup>*

En materia contractual, la labor interpretativa se torna más compleja, teniendo en cuenta que se trata de procurar la adecuación jurídica de la voluntad de las partes contratantes. Al respecto, el honorable Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

***“(…) La tarea de quien interpreta un contrato es más ardua y compleja porque además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, debe tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes, por lo cual la interpretación del contrato ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva. (…)***

*La interpretación del contrato tiene con todo una función análoga a la función de interpretación de las normas. Se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes. La interpretación es así una tarea de indagación de la concreta “intención” de los contratantes (...), pero es también una tarea de atribución de “sentido” a la declaración.*

*“En aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales*

---

<sup>56</sup> Vigo, Rodolfo L. La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Instituto de la judicatura Federal, Escuela Judicial. Consejo de la Judicatura Federal. “Colección “Jueces y argumentación jurídica” Línea A de Investigación: Modelos Judiciales. Hacia un Modelo Judicial en México. Editorial Tirant lo blanch. 2017. Página 41.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil (...)En ese orden de ideas, la referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil”<sup>57</sup>*

Al respecto, es importante traer a colación lo expuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que señala:

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

*Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. (...)*

En consonancia con lo anterior, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone:

**DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.**

A su vez, el artículo 28 de la misma ley consagra:

---

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, Expediente 22714 de 2012.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

**DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES.** *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escojencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.*

Por su parte, el artículo 40 de la citada ley señala:

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

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*

**PARÁGRAFO.** *En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.*

Hilvanando las normas citadas con anterioridad, resulta evidente que en la Ley 80 de 1993 se previeron normas especiales que regulan la interpretación de los contratos estatales, y en las cuales se procura la armonización de las reglas de interpretación contractual consagradas en el código civil y comercial, con las características propias de la función administrativa e interés público en estas relaciones jurídicas de las entidades públicas.

De esa manera, para el análisis que realiza el presente panel arbitral, resultan medulares las prescripciones normativas sobre interpretación contractual contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, así como los artículos 1530 al 1542 del mismo Código, relacionadas con las obligaciones condicionales, como se explicará más adelante.

Así, tratándose especialmente de los contratos estatales, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado que, para una correcta interpretación de los mismos, deberán observarse los siguientes principios y reglas:

*“Del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos. Según la doctrina especializada, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones, esto es, (i) la búsqueda de la común intención de las partes —communis intentio o voluntas spectanda— y (ii) la buena fe contractual. Las reglas, por su parte, son cinco (sic): (i) la especificidad, (ii) la interpretación efectiva, útil o conservatoria (iii) la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; (iv) la interpretación contextual, extensiva y auténtica; (v) la interpretación incluyente o explicativa y (vi) la interpretación de*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente.*

*En lo que aquí incumbe, hay que decir que la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.*

*(...) La jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios.”*

*(...)*

*“(...) Con fundamento en esos principios y reglas se pueden corregir los errores o incongruencias que se presentan al momento de denominar el negocio jurídico, “pasando por encima de lo dicho por las partes, para ajustar el contenido a la función social verdadera de la disposición, de manera que esta pueda realizar su objetivo propio. O dicho en otros términos, la calificación que hagan las partes no le impide al juez determinar la verdadera naturaleza del contrato”<sup>58</sup>*

En consonancia con lo anterior, sobre los criterios y fundamentos para la interpretación contractual de los contratos estatales, el profesor colombiano Diego Franco Victoria ha manifestado en su obra<sup>59</sup>, los siguientes:

*“En tal sentido, una interpretación conjunta y armónica de los artículos contenidos en la Ley 80 de 1993, y de esta con otros cuerpos normativos del*

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia del 21 de junio de 2018, expediente 2003-01681.

<sup>59</sup> Franco Victoria, Diego, Interpretación de los contratos civiles y estatales, Roma e America Diritto Romano Comune, Monografie 8. Centro di studi Giuridici Latinomaericanì Università “Tor Vergata” – CNR Roma-Italia – Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Abril de 2019. Págs: 266 a 268.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*ordenamiento jurídico, conduce a que se tengan en cuenta para la hermenéutica contractual los siguientes criterios y elementos:*

**1)** *los artículos 1618 a 1624 del Código Civil;*

**2)** *los “fines” de la contratación estatal, los cuales relaciona el artículo 3° de la ley 80 de 1993 con la “continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (...);”*

**3)** *también se considerarán los “principios de que trata esta ley”, es decir, “transparencia, economía y responsabilidad”;*

**4)** *“los postulados que rigen la función administrativa”, cuestión que obliga a tener en cuenta, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”, y todo lo que corresponde a la gestión fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política”;*

**5)** *con respecto a “las normas que regulan la conducta de los servidores públicos” y los “principios particulares del derecho administrativo”, al lado de los principios que se acaban de mencionar, deberán tenerse en cuenta, conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los de debido proceso, buena fe, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación;*

**6)** *acerca de los “principios generales del derecho”, de nuevo aparece la buena fe, y habría necesidad de considerar la equidad, la prohibición del abuso del derecho y la prohibición del enriquecimiento sin causa.*

*En consecuencia, se advierte que en Colombia la interpretación de los contratos estatales considera los criterios tradicionales de interpretación*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*comprendidos en el Código Civil, al tiempo que involucra una serie de elementos adicionales como resultado de las finalidades públicas que persiguen, o de los recursos públicos que están involucrados en el negocio, cuestiones que adicionan un matiz diferente pero que no alcanzan a desvirtuar el equilibrio y la conmutatividad de las obligaciones y derechos que las partes convienen ni, por ende, la aplicación de los criterios referidos.”.*

En concordancia con lo anterior, el doctrinante José Luis Benavides señala: “... *Esta concepción no parece corresponder con la de nuestro Consejo de Estado que se manifiesta muy ligado a la voluntad de las partes en la determinación del contenido contractual y acude cada vez más a los principios de interpretación del Código Civil, y no a principios de la función administrativa.*

*Para el Consejo de Estado es necesario, en primer lugar, identificar la intención de las partes para esclarecer los términos del contrato (art. 1618 C.C.), y si ello no es suficiente, aplicar los otros criterios de interpretación general de los contratos, según el régimen del derecho privado ordenado de manera general por el artículo 13 de la ley 80 y de manera particular por el artículo 23 sobre las reglas de interpretación de los contratos...<sup>60</sup>*

## GRADUACIÓN Y CRITERIOS ESPECIFICOS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Los múltiples criterios de interpretación desarrollados por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina, que nutren de distintas aristas al intérprete para el análisis de la relación contractual, tienen una graduación o jerarquía en la que deben ser aplicados.

---

<sup>60</sup> Benavides, Jose Luis. El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición.2010. pp.339-340.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Así, se ha establecido una clasificación que los divide entre criterios o reglas subjetivas y objetivas, correspondiendo las primeras a *“la que sigue la común intención de los contratantes”*<sup>61</sup>, y las segundas a *“la que está por sobre todo a lo que el público ha podido creer del dicho individual, haciendo predominar el sentido práctico sobre el lenguaje figurado o concreto de los contrayentes”*<sup>62</sup>.

De esa manera, los criterios principales a los que debe acudirse son a los subjetivos, teniendo en cuenta que el contrato es un acto que emana de la voluntad de las partes y, por ello, en su interpretación debe privilegiarse su naturaleza volitiva.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.*

*Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que*

---

<sup>61</sup> Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II*. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico. Volumen II. Página 190.

<sup>62</sup> *Ibidem*, Página 191.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

***esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).***

*Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que **el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).***

***2.2 La regla de interpretación contra el predisponente o proferentem contenida en el inciso final del artículo 1624 del Código Civil es de rancia raigambre pues se remonta al derecho romano clásico. (...)***

*Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o predispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.*

*Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.’<sup>63</sup>*

En ese orden de ideas, los criterios principales corresponden a los siguientes: (i) conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras; (ii) las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia; (iii) la aplicación práctica que las partes hicieron de las cláusulas; (iv) que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad; (v) la casuística vista como ejemplificativa y no restrictiva; (vi) las expresiones generales contenidas sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado.

Por otro lado, los criterios subsidiarios y objetivos, corresponden: (i) el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno; (ii) deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; (iii) las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor; (iv) las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar; (v) interpretación contra el predisponente.

Sin embargo, la aplicación de tales principios interpretativos, en especial, los subjetivos, en la contratación estatal, implican un ejercicio de análisis hermenéutico diferente al que ocurriría en las relaciones contractuales entre particulares.

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 18762.



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Lo anterior, teniendo en cuenta que la voluntad o intención en las entidades públicas no surge de manera similar a la de los sujetos de derecho privado, por la naturaleza solemne del contrato estatal, que condiciona su existencia a su celebración escrita, y además por la pre-existencia normativa que instituye y circunscribe el funcionamiento de las entidades públicas, entre otras.

Sobre el particular, resulta relevante traer a colación lo que ha explicado la doctrina, de la siguiente manera:

*“No obstante, la común intención a la cual aluden las fuentes jurisprudenciales no puede ser entendida como una voluntad subjetiva que resida en el ámbito interno del representante legal de la entidad estatal contratante ni en el del representante legal del contratista, porque incluso en los casos en que el contratista sea una persona natural, no se podrá aludir a una voluntad psicológica que haya permanecido sin expresión alguna.*

*En efecto, es menester observar que la utilización de la expresión “común intención” por la jurisprudencia contenciosa-administrativa colombiana, más que una prueba de la naturaleza psicológica de la interpretación de los contratos estatales, constituye una reiteración del lenguaje empleado por las normas civiles que se incorporan en el proceso hermenéutico, dado que, contrario a la subjetividad, la condición solemne de este negocio, los recursos públicos con los que se financia, los intereses públicos que involucra y la participación de terceros en condición de organismos de control respecto de la actividad contractual marcan un derrotero objetivo en el orden hermenéutico. Así mismo, la presencia de una estructura jurídica en forma de normas legales y reglamentarias que sistematizan el funcionamiento de las entidades estatales y posibilitan la expresión o manifestación de sus decisiones para la satisfacción de los intereses generales que representa reducen a la irrelevancia los intereses de las personas naturales que obran como representantes legales de la entidad. (...)”*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*(...) lo cierto es que más allá de mencionar la palabra “intención” o “voluntad” existe una tendencia judicial hacia la interpretación de los contratos estatales, públicos o gubernamentales en un sentido objetivo, razonable, usual y de buena fe, que resulta prevalente sobre cualquier otra argumentación de los terceros por los intereses generales y públicos que animan su celebración y ejecución.*

*Así, es indispensable hacer referencia a la buena fe como principio jurídico que conduce en materia de contratos estatales a privilegiar el sentido objetivo de las manifestaciones de los contratantes, hasta el punto de asumir en la interpretación de estos negocios una función principal y no subsidiaria, pues representa el entendimiento razonable que tendría sobre el contrato, analizado en la particularidad y concreción de la finalidad debidamente exteriorizada, la mayoría de los sujetos pertenecientes al mercado específico que corresponde al negocio.”<sup>64</sup>*

### **APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN A LA CUESTIÓN LITIGIOSA**

Teniendo en cuenta que corresponde ahondar en el estudio interpretativo del Contrato de Concesión VAL-02-06, y en especial, del párrafo primero de la cláusula segunda del Modificadorio No. 2., resulta necesario iniciar su análisis considerando que la formación y contenido de los contratos estatales debe estar precedido de la planeación, que se erige como imperativo, principio y formalidad de la actuación contractual de las entidades públicas.

Al respecto, la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

---

<sup>64</sup> Franco Victoria, Diego, Interpretación de los contratos civiles y estatales, Roma e America Diritto Romano Comune, Monografie 8. Centro di studi Giuridici Latinomaericanì Università “Tor Vergata” – CNR Roma-Italia – Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Abril de 2019. Págs: 279 a 283.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“[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, aún 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 delinearse 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*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*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 2.007”<sup>65</sup>.*

En posterior oportunidad, la misma Corporación señaló:

*“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 comunales”<sup>66</sup>.*

El profesor Juan Carlos Expósito Vélez<sup>67</sup>, sobre la planeación contractual, ha explicado lo siguiente:

“La planeación, en cuanto criterio orientador de la actuación contractual, se encuentra regulada en varias normas constitucionales y legales, y principalmente se halla forzosamente inscrita dentro de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, criterios rectores de la contratación estatal de manera expresa a partir de su consagración en el estatuto de contratación pública. Implica por ende, que la falta o incumplimiento de los lineamientos dados en la ley y anteriores a la determinación de realizar y desarrollar un procedimiento contractual, deriva

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 15001233100019880843101- 8031.

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 26.637

<sup>67</sup> Expósito Velez, Juan Carlos. Forma y Contenido del contrato estatal. Universidad Externado. Primera edición: octubre de 2013. Universidad Externado de Colombia. Página 53 al 55.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

de una consecuente violación de los principios mencionados y en un eventual daño patrimonial a los particulares por el cual debe responder la Administración, con independencia del funcionario encargado y de las acciones de repetición que el Estado haya de ejercer contra este.

La planeación es la base de las funciones administrativas, ya que da lugar a que las demás funciones se puedan realizar; consiste en determinar por anticipado las metas y los objetivos que se quieren cumplir, y además definir las tácticas para llegar allí, por lo cual es considerado el modelo teórico para actuar en el futuro. Entonces, resulta lógico afirmar que el principio de planeación o de la planificación aplicada a los procedimientos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado 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. (...)

Así, el ejercicio de la planeación (...) es la primera de las formalidades que se enmarcan dentro del concepto de formación y configuración del contrato estatal.”

En ese sentido, la planeación implica el cumplimiento de un deber objetivo de diligencia, derivado además de los principios de la transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, eficiencia, buena fe, entre otros, y de la técnica propia de los negocios jurídicos, y en especial, de las entidades públicas.

Así, la planeación es un principio que irradia toda la actividad contractual, y no solamente se limita a la etapa previa, pues la diligencia y la ausencia de imprevistos debe implicar la planificación o previsión anticipada y razonable de las obligaciones que a cada uno correspondan, y de las vicisitudes que podría acaecer al contrato.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

En ese sentido, las estipulaciones contractuales, especialmente, dentro de los contratos estatales, quedan cobijados de una vocación de realización, esto es, de una intención de eficacia material y práctica.

Lo anterior, deriva no solo del deber de planeación, sino de un principio superior en la contratación, sea pública o privada, contenido en el vocablo latino que reza: *“pacta sunt servanda”*

De esa manera, y conforme a los principios anteriores, se exige que las entidades públicas al planear y pactar una cláusula contractual procuren, en la ejecución el reflejo material de su tenor escrito.

Pues, mal podría una cláusula contractual, en especial en la contratación estatal, nacer a la vida jurídica y de forma solemne, sin que se pretenda su manifestación real, a través de la materialización de los efectos jurídicos pretendidos.

Suponer que una cláusula contractual se pacte para no ejecutarse, podría implicar que la causa como elemento de validez del negocio jurídico, estaría en contravía de los principios de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Para los efectos de la interpretación y análisis del contrato objeto de la presente controversia, resulta necesario traer a colación el contenido de la norma superior, de la siguiente manera:

*“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

La esencia del principio de la buena fe, ha sido explicada por la Doctora Martha Neme Villareal en los siguientes términos:

*“Ahora bien, como se expresara anteriormente, la ‘fides’ así entendida responde a una concepción formal que no tiene en cuenta cabalmente las exigencias de la buena fe, conforme a la cual no basta el cumplimiento literal de los compromisos asumidos, pues ‘la bona fides’ comporta, además,*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*adoptar en el cumplimiento del propio compromiso una conducta leal, propia de una persona honesta, que atienda los especiales deberes de conducta que se deriven de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes.”<sup>68</sup>.*

Sobre la dimensión del principio de la buena fe en las relaciones surgidas entre la Administración Pública y los particulares, el doctrinante Jesús González Pérez, señala:

*“... La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico, y concretamente, el valor de confianza. Sirve de cauce para la integración del ordenamiento conforme a unas reglas ético-materiales, la idea de fidelidad y de crédito, o de creencia y confianza (Treu und Glauben). La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento civiliter, una conducta normal, recta y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio. Se mide en la relación concreta en la que opera, al igual sucede con la noción de buen conductor, según la jurisprudencia contencioso-administrativa. No hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una concreta relación jurídica, bien en su nacimiento, en el ejercicio de los derechos o en el cumplimiento de las obligaciones en que se concreta. La buena fe-dice DROMI- significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos.*

*No se trata, o, mejor, no se trata tan sólo, de la confianza en la actitud que cabe esperar de la persona concreta con la que se está en relación. Sino de la conducta que cabría esperar, por supuesto en una concreta relación jurídica, de una persona corriente, normal, ni santa ni mala...”<sup>69</sup>*

---

<sup>68</sup> Neme Villareal, Martha. La buena fe en el derecho romano. Universidad Externado de Colombia. P.165.

<sup>69</sup> González Pérez, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Civitas. 5ª edición. 2009. Pp.113-114.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Así, a propósito del principio medular de la buena fe, de fuerte enraizamiento en las relaciones contractuales, es posible exigir y esperar que las partes procuren el cumplimiento de los efectos de los pactos, mientras se encuentren vigentes los mismos.

Así mismo, aunado con el principio interpretativo según el cual *prevalece la intención de las partes*, que en contratación pública se expresa por escrito, no podría afirmarse que las estipulaciones y condiciones puedan ser omitidas por la entidad pública, máxime si se considera que los términos del contrato estatal son especialmente definidos por la misma entidad pública, así como el contrato y la mayoría de los actos modificatorios contractuales, conforme con el criterio de interpretación *contra el predisponente*.

Lo anterior implica que, en orden de aplicación de principios de interpretación contractual y de la buena fe, cuando las partes pactan su intención en un contrato, y en especial en la contratación estatal, lo hacen para cumplirlo, es decir, para realizar en la realidad el efecto jurídico contenido en sus estipulaciones, no para lo inútil.

Así también permite concluirlo en el presente asunto, el principio de interpretación contractual, según el cual, debe preferirse aquella interpretación de la que deriven efectos jurídicos, consagrado en el artículo 1620 del Código Civil, que reza:

**ARTICULO 1620. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS.** *El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.*

Todo lo anterior para concluir que, para el presente Tribunal, lo pactado en escrito por las partes, implica una fuerza imperativa a cuyo cumplimiento deben dirigirse los esfuerzos de los firmantes, y no únicamente un extremo de ellos.

---



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Estas consideraciones se afincan en el solidarismo contractual que puede predicarse de las relaciones contractuales estatales, donde los fines establecidos por el legislador, tornan al contratista en un colaborador de los fines públicos, que además, dan razón de ser a las entidades públicas, conforme el mandato previsto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993<sup>70</sup>.

De modo que el contratista, en un vínculo contractual con el Estado, y éste a su vez con aquel, forman una relación jurídica en la que la exigencia de cumplimiento, y respeto a lo pactado adquiere una connotación pública, y de especial interés para el análisis jurídico.

Así las cosas, acorde con los principios mencionados, y en especial el de la buena fe, no podría aceptarse que las entidades públicas incluyan pactos contractuales que no pretenden cumplir en la relación contractual. Tal conducta, no refleja el comportamiento ejemplar, planeado y diligente predicable de las entidades públicas en el tráfico de sus relaciones contractuales.

### ALCANCE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EFECTOS DEL MODIFICATORIO No. 2

Sentado lo anterior, y considerando que uno de los puntos a dilucidar es si, de acuerdo con el Contrato de Concesión VAL-02-06, las obras del Pedraplén protector de “playetas” hacen parte o no del alcance del objeto del contrato mencionado, el presente panel arbitral, del análisis de los documentos contractuales, incluidos los testimonios que se citan en este laudo y los informes técnicos recibidos, puede concluir que las obras del Pedraplén Protector de “Playetas” se encuentran dentro

---

<sup>70</sup> La norma citada, establece: “Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: (...)2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse...”.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

del alcance físico del Contrato de Concesión VAL-02-06. A esta conclusión se llega por las razones que se exponen seguidamente.

- Pliegos de condiciones:

En el Anexo Cuadro de Cantidades y Precios, del Pliego de Condiciones, en los ítems No. 21 y 22 las actividades contractuales del “Relleno con pedraplén y pedraplén protector zona Playetas<sup>71</sup>, evidencian que fue un aspecto contenido en las condiciones iniciales, previa adjudicación del contrato.

- El Contrato de Concesión VAL-02-06:

El objeto del referido Contrato de Concesión precisa lo siguiente en la Cláusula Primera o del **OBJETO**:

*“... El objeto del presente contrato, es el de otorgar al Concesionario, la concesión “Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú, el cual incluye: a) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta las cuales hacen parte de este contrato. b) **Construcción de la vía (31 kilómetros aproximadamente) en pavimento flexible, más las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú (2,2 kilómetros aproximadamente).** c) La financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos del Departamento Administrativo de Valorización, contemplados en el cuadro de presupuesto de obra presentado por el Concesionario en su propuesta y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión...”. (Subrayado fuera del texto).*

Es claro entonces que, desde la celebración del referido contrato estatal, las partes previeron que el Concesionario (CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ) quedaría encargado de la construcción y el mantenimiento de la Vía Transversal de Barú,

---

<sup>71</sup> Documentos contractuales, aportados por el Consorcio Vial Isla Barú. Nombre del documento: “Anexos del consorcio vial isla barú 121-197” Folio 45. En igual sentido, visible a folio 4 del documento denominado ANEXO 1 ADENADA (sic) 2, aportado con el dictamen pericial de oficio rendido por el señor Osbaldo de Jesús Castilla Tarrá.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

incluido en el recorrido las entradas a los poblados de Ararca, Santana y Barú, con lo cual evidentemente éstas previeron inicialmente que no habría en ese trayecto un tercero habilitado para similares propósitos.

En similar sentido se encuentran otras piezas probatorias, tales como:

- El Modificadorio No. 1 al Contrato de Concesión VAL-02-06:

En este Modificadorio No. 1 se encuentra un reconocimiento expreso de que, con la celebración del Contrato de Concesión VAL-02-06, las obras relativas a la protección de Playetas estaban incorporadas dentro del objeto contractual y, por ende, a cargo del Concesionario (CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ), por cuanto las partes de este, y la Interventoría, concordaron en que la segunda etapa del contrato, denominada “Etapa de Construcción”, se hacía inejecutable “... *por razones de orden técnico y jurídico, en atención a los requerimientos ambientales especiales que demanda la construcción del tramo de la vía denominado Sector Playetas. (...) comprendido entre el K17+900 al k19+300 de la vía...*”, por encontrarse ubicado en el interior del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo, lo cual implicaba la tramitación y obtención de una Licencia Ambiental ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, previa aprobación de la Alternativa Ambiental, proceso que para ese momento “... *se encuentra en trámite...*”, reconociendo las partes que tales circunstancias eran originadas por la ocurrencia de hechos externos no imputables al concedente ni al concesionario, pero que ocasionaban la necesidad de introducir modificaciones “... *al contrato inicial para garantizar la continuidad y debida ejecución del proyecto...*”.

Adicionalmente, en la Cláusula Primera de este Modificadorio las partes acordaron que los 31 kilómetros de construcción de la Vía Transversal de Barú se dividirían en tres tramos, uno de los cuales, el Segundo Tramo, corresponde al sector Playetas. Y, más adelante, en el literal (b) de la Cláusula Segunda se lee que, para la construcción de ese Segundo Tramo se acordaría un término entre las partes “... *supeditado a la previa consecución de los recursos para la solución de la alternativa*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

*técnica del sector de playetas exceptuando los recursos previstos en el riego por valorización para la construcción de este tramo...”; y, seguidamente en esa misma cláusula, pero en el Parágrafo Tercero, se pactó que, si durante la etapa de construcción del primer y tercer tramo de la vía, y habiendo obtenido o no el Distrito la licencia ambiental, o de no lograrse los recursos mediante gestión ante el gobierno nacional para la construcción del tramo de Playetas, el concesionario (convocante) “... renuncia automáticamente a su ejecución, sin que esta situación genere perjuicios e indemnizaciones a favor del Concesionario...”.*

Mediante el Parágrafo Cuarto de esta misma Cláusula Segunda se pactó una Condición Resolutoria en los siguientes términos “... **CONDICIÓN RESOLUTORIA.- Las PARTES establecen como condición resolutoria automática del contrato, la no consecución de las obligaciones que surgen en virtud del parágrafo anterior. En todo caso el plazo total para la construcción del primer y tercer tramo de esta etapa no podrá superar los veinticuatro (24) meses. El plazo anterior no incluye las suspensiones y extensiones del mismo que proceden de conformidad con lo dispuesto en el contrato Val 02 de 2006...**”

Es claro entonces que aún con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión, las partes entendían que las obras relativas al tramo de Playetas estaban incluidas dentro de este negocio jurídico.

#### - El Modificadorio No. 2 del CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06:

Y en igual sentido se desprende del Modificadorio No. 2, en el que se regularon varios aspectos del Contrato de Concesión, incluidos los literales a), b) y c) de la Cláusula Primera, para la ejecución de las obras, en el que las partes definieron dos (2) tramos, de los cuales el Tramo I se refiere a la porción continental, entre las abscisas K0+000 al K4+992; y la porción insular en el Tramo II, relativo a las abscisas K0+000 al K26+983, y a Playetas, a la que le corresponde las abscisas K17+955 al K20+360, que sujetaron en esta ocasión contractual a “... *lo establecido*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*en la condición suspensiva de la cláusula segunda, parágrafo primero de este modificador...*”, cláusula que no es del caso volver a transcribir por economía procesal, pero que puede resumirse en que se acordó que el Concedente (DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS) podía adicionar las obras de protección para la defensa costera de playetas que en ese momento no tenía diseños definitivos ni presupuestos, ni estudios ni aprobación por parte del Ministerio del Medio Ambiente, los cuales resultaban necesarios para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en el sector de Playetas, siempre y cuando se cumplieran las condiciones que se detallan en dicho Parágrafo.

La inclusión de esas obras dentro del objeto contractual las partes la ratifican más adelante, en el Parágrafo Tercero de esa Cláusula Segunda, al señalar que todos los tramos, esto es, el continental y el insular del proyecto, podían desarrollarse por parte del Concesionario una vez aprobado por la interventoría o por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, con las restricciones establecidas en el parágrafo primero de dicha Cláusula.

Por su parte, en el Acta de Avance de Obra de diciembre 13 de diciembre de 2012 quedó asentada la siguiente expresión: “... *SECTOR PLAYETAS HASTA LA POBLACIÓN DE BARÚ: EL DISTRITO – D.A.V.D. se encuentra adelantando las gestiones pertinentes tendientes a la obtención de la licencia ambiental requerida para que **EL CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ pueda intervenir este sector del proyecto**...*”. Esta afirmación, que hemos resaltado, es otra señal objetiva que confirma el espíritu del contrato en cuanto a que las partes no preveían que un tercero se ocupara de la realización de tales obras.

### **EL DECRETO DE EMERGENCIA POR CALAMIDAD PÚBLICA EN RELACION CON EL TRAMO SECTOR PLAYETAS SECTOR MOHAN K17 +955 y K19+650**

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

No pierde de vista este panel arbitral la circunstancia extraordinaria que se presentó en relación con el tramo de Playetas con ocasión de una situación de calamidad pública acaecida en Cartagena de Indias, por los embates de la naturaleza, que llevaron a la referida declaratoria mediante el Decreto No. 0232 del 26 de febrero de 2018 dictado por el alcalde de Cartagena en ese momento, lo cual permitió que se celebrara el Convenio de Cooperación entre el Distrito de Cartagena y el Departamento de Bolívar, aportado por la parte Convocada con el informe rendido el 31 de agosto de 2020, cuyo objeto fue “... *Aunar esfuerzos técnicos, administrativos, logísticos, operativos y financieros entre las partes con el fin de realizar las obras de protección costera en el corregimiento de Barú, en el sector Mohán- Playetas del Parque Nacional Natural los Corales del Rosario y San Bernardo, entre la abscisa K17+955 y la abscisa K19+650 en cumplimiento de los mandatos de la Ley 1523 de 2012, para el desarrollo del plan específico de acción de la declaratoria de calamidad pública...*”.

Se concluye entonces que, estando contenido el tramo de Playetas dentro de las abscisas indicadas, concuerdan con las pactadas por las partes de este trámite arbitral dentro de los documentos contractuales relacionados con el Contrato de Concesión VAL-02-06.

Cosa distinta es que, quedando esas obras incluidas dentro de uno de los tramos correspondientes al Contrato de Concesión VAL-02-06, el DISTRITO considerara que no estaba obligado a asignar al Concesionario, CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, la ejecución de las obras de protección del pedraplén de Playetas, en la isla de Barú, por entender que la Condición Suspensiva pactada en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No 2 del contrato, era potestativa a favor del DISTRITO y no imperativa, si se cumplían las condiciones pactadas. Esta deducción la hace el Tribunal de lo estipulado en la cláusula tercera del referido Convenio, en la cual se estipula lo siguiente:

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

**CLÁUSULA TERCERA: DECLARACIONES Y COMPROMISOS GENERALES DE LAS PARTES:** (...)...; *En igual sentido, el Distrito de Cartagena realiza las siguientes declaraciones: 1. Que para validar la forma en la que se adelantaría la ejecución de las obras para la protección costera en el corregimiento de Barú, en el sector Mohán - Playetas del Parque Nacional Natural de los Corales del Rosario y San Bernardo entre la abscisa K17+955 y la abscisa K19+650; se identificó que dicho tramo se encuentra afectado únicamente para la construcción vial en el marco de la ejecución del contrato de Concesión No VAL-02-06 suscrito entre el Distrito de Cartagena y el consorcio vial isla barú que se encuentra vigente. Atendiendo a lo anterior, y a lo expresado en el parágrafo primero de la cláusula segunda del modificadorio No 2 del citado contrato, se observa que las obras de protección para la defensa costera del sector playetas no hacen parte del objeto ni del alcance del contrato antes descrito, pues al ser potestativo no genera compromiso por parte del distrito ni derechos adquiridos por parte del Consorcio Vial Barú en cuanto a su ejecución<sup>72</sup>...*. (Resaltado fuera del texto).

En este convenio, el Distrito hace expresa manifestación de una interpretación de la condición que las partes denominaron “suspensiva” en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 del contrato, calificándola como potestativa en la medida que consideró en ese momento que las obras para la protección de la defensa costera del sector de Playetas no hacían parte del objeto ni del alcance del Contrato de Concesión VAL-02-06, pues, consideró que, al ser potestativo, no se generaba compromiso por parte del DISTRITO ni se causaban derechos adquiridos por parte del CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, en cuanto a su ejecución.

Debe apreciarse con especial cuidado el hecho de que el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, que celebró con el Departamento de Bolívar el Contrato de Obra Pública No. 2308 del 23 de marzo de 2018, con ocasión de la referida calamidad pública declarada mediante el Decreto 0232 del 28 de febrero de ese año, dictado por el

---

<sup>72</sup> 2. Convenio de Cooperación 2060. Folios 1-9.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

alcalde de Cartagena para la *rehabilitación y realización de las obras de protección costera en el corregimiento de Barú, sector Mohán- Playetas del Parque Nacional Natural los Corales del Rosario y San Bernardo, entre la abscisa K17+955 Y abscisa K19+650 en cumplimiento de los mandatos de la ley 1523 de 2012, para el desarrollo del plan específico de acción de declaratoria de calamidad pública*” por valor de \$14.000.000.000, con un plazo de 10 meses, el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ no objetara la expresa manifestación que el DISTRITO hizo, en cuanto a considerar la Condición Suspensiva pactada en el Modificadorio No. 2 del Contrato de Concesión VAL-02-06, como potestativa a favor del Distrito y no obligatoria.

Esta conducta contractual del CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, vista aisladamente, pesa en contra de la tesis que ha sustentado en la demanda y defendido a lo largo del presente proceso arbitral.

Sin embargo, no puede dejar de observar el panel arbitral la deposición rendida por el representante del CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, señor Efraín Amín, quien sobre este particular expresó lo siguiente:

*“... me quiero referir a que cuando se pensó ejecutar el primer tramo de Playetas, un día me citaron al Distrito de Cartagena el doctor Sergio Londoño siendo Alcalde Mayor de Cartagena. Llegué desprevenido sin abogado y estaba el doctor Sergio con todo su equipo jurídico y estaba también el doctor Dumek Turbay también con su equipo jurídico, y cuando habló el doctor Dumek Turbay dijo que él quería hacer un aporte para Playetas que porque él tenía unos recursos y él quería solucionar esa problemática, que eso es una situación que la conoce no solamente, se conoce localmente aquí en Cartagena sino de carácter nacional. Esto cogió durante casi 10 días La W.*

*A raíz de esto el doctor Turbay, tan pronto toma la palabra, dijo que esa obra la iba a licitar; dijo que había una calamidad pública y que él eso lo iba a licitar. Yo simplemente le dije: doctor Turbay, usted puede licitarla, pero no debe licitarla porque va a meter en un problema al Distrito de Cartagena porque esa es una obra que está dentro de un contrato de concesión y lo*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*invité a que hiciéramos unas mesas de trabajo y nos reunimos unas tres veces en la Secretaría General del Distrito con los abogados del Alcalde Sergio Londoño, los abogados del doctor Dumek Turbay. Recuerdo que en esa época su directora jurídica era la doctora Truco y yo fui con mis abogados y después de tres reuniones se llegó a la conclusión que el Gobernador no iba a poder licitarlo y que esas obras hacían parte del contrato de concesión por todo lo que dicen los documentos, el contrato, los modificatorios.*

*Finalmente terminó la Gobernación de Bolívar contratando directamente con nosotros la suma de \$20.000 millones para la ejecución del primer tramo e inclusive el Distrito de Cartagena, siendo alcaldesa Yolanda Wong, apartó \$7.000 millones y pudimos ejecutar la suma de \$27.000 millones a dedo porque no hubo forma que pudieran ellos constatar que Playetas no hacía parte del contrato de concesión VAL 02-06.*

*Cuando terminamos este primer tramo de Playetas la Alcaldía de Cartagena, la administración anterior, decidió contratar la interventoría para las obras que van después de Playetas porque lógicamente la interventoría de Playetas la había contratado la Gobernación de Bolívar y la estábamos ejecutando nosotros como Consorcio Vial Isla Barú y me puse a revisar los estudios previos y los pliegos de condiciones elaborados por el mismo Distrito de Cartagena y el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de agosto de 2019, y quiero leerles si me permiten lo que dicen textualmente los estudios previos para poder contratar esa interventoría. Dice textualmente:*

*“En la actualidad el contrato de concesión VAL 0206 tiene obras complementarias por ejecutar para la culminación de las obras del tramo Playetas y la ejecución de las obras de construcción y mejoramiento del tramo Playetas Barú.”*

*Eso en los estudios previos y en el pliego de condiciones el anexo técnico dice:*

*“Las obras obedecen al contrato de concesión VAL 02- 06 del 29 de diciembre de 2006 a cargo del Consorcio Vial Isla Barú, el cual llevará a cabo las obras complementarias para la culminación de las obras del tramo vial*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Playetas y la ejecución de las obras de construcción y mejoramiento del tramo Playetas Barú.”*

*O sea, nuevamente el Distrito de Cartagena, posterior a la condición suspensiva y a todo hace un reconocimiento textual, expreso que las obras de Playetas tienen que ser ejecutadas por el Consorcio Vial Isla Barú.*

*(...)*

*“...le manifiesto que con los 12 alcaldes que ha tenido Cartagena, 12, 13, 14 alcaldes desde el año 2006, hasta el año 2019, y me imagino con otro tanto de directores administrativos de valorización distrital jamás hubo una duda de que el sector de Playetas no hiciera parte del contrato de concesión VAL 02-06, porque es que no hay que ser abogado ni tener ningún tipo de profesión porque los documentos hablan por sí solos; eso está totalmente plasmado en los contratos y en los documentos que hemos puesto a consideración de ustedes para que saquen el laudo de este proceso.*

*Solamente en la administración anterior del doctor Pedrito Pereira Caballero fue donde se le dio porque él iba a licitar eso. Me reuní un par de veces con él, le expliqué las razones que no debía hacer eso y me decía es que “Efraín, tengo unos conceptos de unos abogados que me dicen que efectivamente sí hace parte Playetas de tu contrato, pero tengo unos conceptos de otros abogados que me dicen que no, que porque el valor de Playetas excedía en el 50% del valor de la concesión.*

*Y, yo le decía, doctor Pereira, está muy mal acompañado de abogados porque aquí no estamos adicionando absolutamente nada, el sector de Playetas hace parte del contrato de concesión, aquí no hay adiciones ni hay nada.*

*Entonces yo creo que el doctor Pereira estuvo muy mal acompañado de abogados y en el fondo no le podría decir lo que él estaría pensando, pero tan agresivo fue que a sabiendas que se había instalado un Tribunal de Arbitramento el 31 de octubre decidió abrir la licitación y, como cosa rara, yo creo que en unos tiempos records adjudicó el 26, 27 de diciembre, el 28 de diciembre estaba firmado el contrato y el 29 de diciembre estaba firmada hasta el acta de inicio de obra.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*La verdad es que a mí me hace pensar mucho esa actitud del doctor Pedrito Pereira. Yo creo que los 12, 13, 14 alcaldes anteriores ni directores de Valorización jamás llegaron a pensar que el tramo de Playetas no hacía parte del contrato fue solamente él a título personal y por unas razones hasta sin ningún sentido. (...)*

*A ver, doctor Nicolás, le aclaro: se basó porque así salió publicado en el periódico El Universal donde él tenía una certificación de un director de Valorización Distrital que certificaba Playetas no hacía parte del contrato de concesión VAL 02-06. Como le digo yo: que validez jurídica tiene un documento unilateral firmado por un subalterno de él, cuando ese el motivo de la controversia que tenemos en este momento.*

*Entonces ese fue el único prácticamente soporte que tenía él, jurídico, y no era un soporte jurídico porque era una certificación de un subalterno de él. No hay un solo documento firmado por parte del Concesionario en estos 14 años que lleva el contrato que nosotros hayamos puesto, yo personalmente haya firmado algo donde ni siquiera se presta para dudar que el sector de Playetas no hace parte del contrato de concesión VAL 0206.*

*(...)*

*“...Es imposible que se pudiera llegar al objeto contratado por una sencilla razón: en el tramo de Playetas todos tenemos conocimiento que hasta un Renault 4 se atollaba y se enterraba porque ahí no había vía, entonces cómo iba a ser posible que el concesionario pasara equipos, volquetas, doble troques 15 metros cúbicos, 35 toneladas por una zona por donde no pasaba ni un zapatico, un taxi.*

*Entonces no se hubiera podido terminar el objeto del contrato. Es que el contrato es integral, el contrato es uno sólo, el contrato está claramente especificado que son 31 kilómetros; ese contrato es ininterrumpido. Si usted analiza el abcisado se da cuenta que no hay un bache de ni un centímetro; usted ve que va del K0 al K4+992, del K4+992 al K17+900, del K17+900, K19+300 y del K19+300 al K26+583. Ahí no hay un bache en todos los 31 kilómetros; entonces no se hubiera podido ejecutar el objeto del contrato concesionado.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Imagínense la tremenda, perdone la palabra, culebra del Concesionario de haber recibido recursos de todos los propietarios que estaban después de Playetas y que no se pudiera ejecutar la obra y mire semejante incumplimiento tanto del Concesionario como del Distrito de Cartagena finalmente porque el Distrito es al que le toca responder al final por la cartera, quiere alguna otra aclaración.*

*(...)...”*

Posteriormente, en la misma audiencia, durante el momento en que correspondió darle la oportunidad de interrogar al deponente, EFRAÍN AMIN, el apoderado de la parte convocada, doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER, formuló varias preguntas, que fueron respondidas, de entre las cuales, para los efectos del análisis de este acápite, se extraen los siguientes apartes:

*“...DR. PABÓN: **Pregunta No. 1.** Voy a comenzar por una pregunta que se refiere al contrato que usted mencionó que firmó con la Gobernación, hizo un relato diciendo que habló con el doctor Turbay y que le dijo usted puede licitar, pero no debe licitar, usted dijo terminó contratando con nosotros la Gobernación. La pregunta es la siguiente: si la Gobernación contrató con ustedes la construcción de la primera parte de Playetas, pero usted ha afirmado categóricamente que estaba en su contrato de concesión ¿por qué hicieron un contrato con la Gobernación?*

*SR. AMÍN: Le voy a explicar para poder: usted sabe que los recursos en el contrato se habla que pueden ser de carácter distrital, de carácter nacional para poder hacer las obras de Playetas, porque las obras de Playetas no fueron regadas entre los contribuyentes.*

*Entonces para poder hacer el contrato con la Gobernación se tuvo que hacer un contrato interadministrativo. Nosotros somos ajenos totalmente a eso. La Gobernación y el Distrito de Cartagena hicieron unos convenios administrativos de tal forma que se pudiera contratar el tramo 1 de Playetas con la Gobernación de Bolívar.*

*Y, le respondo todavía con mayor claridad: el doctor Turbay tenía la intención de licitarlo para hacerlo con un tercero y por eso le dije que podía, pero no debía y finalmente accedió a que fuera con el mismo Consorcio, que es el que tiene los derechos de ese tramo del contrato.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*DR. PABÓN: Pero la pregunta no está contestada. Si el Consorcio tiene los derechos desde el contrato de concesión ¿por qué hacer otro contrato o es que la obra se le pagó dos veces?*

*SR. AMÍN: No. Le voy a explicar: el contrato de concesión tiene tres tramos. El primero y el tercero son regados, distribuidos entre los contribuyentes. El tramo de Playetas es un contrato que se tiene que manejar individualmente porque los contribuyentes no aportan plata para poder ejecutar el tramo de Playetas, entonces el tramo de Playetas digamos que es casi que es un contrato civil dentro del contrato de concesión, el manejo financiero es un contrato de obra civil dentro de un contrato de concesión que puede ser con recursos de la Nación, de la Gobernación, del Distrito o de quien quiera.*

*DR. PABÓN: **Pregunta No. 2.** Ese contrato que usted firmó con la Gobernación es el contrato 2308; está firmado entre la Gobernación y el Consorcio Vial Isla Barú; además, esta aportado al expediente en los documentos que el Distrito aportó. En ese contrato hay una serie de declaraciones, la primera de esas declaraciones la voy a leer, ese contrato está firmado por usted.*

*La primera declaración dice lo siguiente: “Que para validar la forma en que se adelanta la ejecución de las obras para la protección costera en el corregimiento de Barú, en el sector Mohan Playetas del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y San Bernardo entre la abscisa K17+995 y la abscisa K19+650, se identificó que dicho tramo se encuentra afectado únicamente para la construcción vial en el marco de la ejecución del contrato de concesión número VAL 02-06 suscrito entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú que se encuentra vigente.*

*Atendiendo a lo anterior y a lo expresado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del modificadorio 2 del citado contrato se observa que las obras de protección para defensa costera del sector Playetas no hace parte del objeto, ni del alcance del contrato antes descrito, pues al ser potestativo no genera compromiso por parte del Distrito ni derechos adquiridos por parte del Consorcio Vial Isla Barú en cuanto a su ejecución.”*

*Y esa es una consideración de ese contrato que usted firmó y claramente las partes están de acuerdo en que no hace parte del contrato VAL 02-06. ¿Por qué no hizo usted una salvedad o no manifestó que eso no era cierto, que eso sí era parte de su contrato, por qué no hizo ninguna salvedad que firmó eso así?*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

SR. AMÍN: *Le voy a explicar.*

DR. OSORIO: *Doctor Pabón para mayor claridad póngale de presente al documento al señor Amín para que sepan de cuál es el que le está leyendo y se ubique.*

DR. PABÓN: *Sí, es el contrato 2308 firmado entre la Gobernación y el Consorcio Vial Isla Barú que lo firmó el señor Amín y que se aportó con los documentos que el Distrito remitió al Tribunal.*

SR. AMÍN: *Yo quisiera que me dijera concretamente en qué parte del contrato aparece eso o eso hace parte de los estudios que hicieron la Gobernación y el Distrito para poder hacer el contrato, porque ahí hay una contradicción grandísima como usted está diciendo, al principio dice que el contrato, la zona de Playetas hace parte del contrato VAL 02-06, yo le voy a explicar.*

*Ahí lo que dice en el contrato más que todo es que tenemos conocimiento de los trámites del proceso, que sí tenemos conocimiento de los trámites del proceso; yo no tengo por qué tener conocimiento de los trámites internos que haga la Gobernación de Bolívar con el Distrito de Cartagena, no tengo por qué tener conocimiento, a mí no me invitaron, ni participé en nada que tuvo que ver con el decreto de calamidad pública, que fue lo que justificó y fue la base para que se pudiera hacer el contrato.*

*A mí no me participaron absolutamente de los estudios que hicieron ellos internamente, cuando yo... y firmo ese contrato es porque los documentos que conozco en este contrato son simplemente la invitación que me hace la Gobernación, la propuesta mía, la corrección a mi propuesta y mi contrato, no tengo por qué conocer más nada de fondo porque no hice parte de eso.*

DR. PABÓN: **Pregunta No. 3.** *¿El contrato interadministrativo y las certificaciones que dio el Distrito de Cartagena no hacen parte del contrato 2308?*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*SR. AMÍN: Lo desconozco totalmente, pero totalmente lo desconozco y no tengo por qué conocerlos. Como les repito: yo no fui invitado a participar en todos esos convenios internos de Gobernación Alcaldía; a nosotros cuando yo le expresé al doctor Turbay que eso tenía que hacerlo con el Consorcio simplemente me invitaron a que presentara una oferta y la tuve que ajustar por el precio y la firma del contrato, no tengo por qué conocer más documentos...”.*

Por su parte, en la declaración de **ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ**, quien concurrió al proceso como representante legal suplente de la firma interventora Consorcio Interventoría Isla Barú, esto manifestó sobre el punto en estudio:

*“... DR. PABÓN: ¿Esas obran del pedraplén se construyeron por virtud del BAL(sic) o por virtud del otro contrato?”*

*DR. POSADA: Por el contrato de la Gobernación.*

*DR. PABÓN: ¿Pero si estaban en el contrato BAL, porque las construyeron por el de la Gobernación?*

*DR. POSADA: Eso sí no lo podría yo definir, no conozco el detalle, lo que sí sé es que fue producto de una urgencia manifiesta y donde la Gobernación puso los recursos para la ejecución, dado que había un fuerte peligro de que si no se acometía esta protección costera podría parte la isla de Barú en dos y podía generar un impacto ambiental importante negativo frente a la Isla de Barú, es lo que conozco.*

*DR. PABÓN: ¿Si entendí su respuesta estaban inicialmente previstas en el contrato BAL, pero luego se construyeron en el contrato de la Gobernación?*

*DR. POSADA: Claro que sí.*

*DR. PABÓN: No tengo más preguntas.*

*DR. MARTÍNEZ: Tiene la palabra el doctor Omaña.*

*DR. OMAÑA: De acuerdo a la respuesta que acaba de dar yo quiero saber y sobre todo teniendo en cuenta que usted fue interventor tanto del BAL como del contrato de la Gobernación que menciona, si esos dos contratos eran independientes o estaban ligados en alguna forma, eran inescindibles el uno*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*del otro o eran dos contratos independientes con cierres contables económicos independientes, con obligaciones independientes, se le rendía cuentas a dos personas independientes o si eran contratos pegados, contratos relacionados?*

*DR. POSADA: Se realizó un contrato con la Gobernación de Bolívar un contrato totalmente distinto al contrato BAL 02 el cual culminó y se liquidó, totalmente distinto simplemente lo contrató la Gobernación, los recursos se dieron por la Gobernación, se recibieron las obras por parte de la Gobernación de abril del año pasado.*

*Los recursos de este contrato los puso una parte el Distrito y una parte el Departamento de Bolívar, era fruto de un convenio y básicamente tuvo su cierre contable, o sea eso fue liquidado en junio del año pasado, creo que en julio exactamente, tuvo su cierre y se liquidó el contrato, se entregaron las obras a satisfacción y no lo preciso, pero yo creería que Valorización estuvo presente con el Alcalde de Cartagena en su momento para el recibo de esta obra y la inauguración de la misma.”*

De la valoración integral de las pruebas antes citadas, el panel arbitral no puede colegir que el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ renunció a su pretendido derecho de concluir las obras relacionadas con el pedraplén protector de Playetas, que entendía incluidas dentro del Contrato de Concesión VAL-02-06.

### DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA PACTADA ENTRE LAS PARTES

Aunado a lo anterior, resulta necesario remitirnos a varias de las expresiones contenidas en el párrafo del Modificadorio No. 2 del contrato mencionado, en el cual se señala:

**PARAGRAFO PRIMERO: CONDICIÓN SUSPENSIVA.** *El concedente podrá adicionar las obras de protección para la defensa costera de Playetas que hoy no tienen diseños definitivos, ni presupuestos, ni aprobación por parte del MMAVDT, estudios y aprobaciones que son necesarias para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en ese sector, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones (...)*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Atendiendo a la literalidad de la cláusula mencionada, que refleja la voluntad de las partes contratantes, es evidente que las obras de protección para la defensa costera de Playetas fueron condicionadas hasta tanto se configuraran las hipótesis suspensivas que se establecieron.

Para los árbitros de este Tribunal la condición acordada en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2, se encuentra dentro de las categorías que la ley, la jurisprudencia y la doctrina califican como positivas, suspensivas y mixtas.

En este punto, es importante explicar el efecto y alcance de las condiciones suspensivas dentro de las relaciones contractuales. Al respecto, el artículo 1530 del Código Civil señala:

**DEFINICION DE OBLIGACIONES CONDICIONALES.** *Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.*

A su vez, el artículo 1536 del Código Civil dispone:

**CONDICION SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA.** *La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.*

En efecto, de la lectura de los artículos 1530 y s.s. del código civil se colige que una obligación condicional **es positiva** cuando consiste en acontecer una cosa futura, que puede suceder o no; **es suspensiva** si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho (Artículo 1536); y **es mixta** cuando en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso (Artículo 1534).

Partiendo de tales definiciones, se pasa ahora a exponer la justificación del panel arbitral, para arribar a la conclusión de que la condición referida al caso concreto se califica como positiva, suspensiva y mixta.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

#### La condición acordada es positiva:

Se considera que la condición acordada en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 del contrato **es positiva**, por cuanto contiene un acuerdo por el cual las partes defirieron en el tiempo la ocurrencia de una cosa futura, que podía suceder o no; contrario a lo que ocurre con las condiciones negativas, en la que los contratantes pactan que indefectiblemente una cosa no acontezca. Siendo así, es positiva la condición mencionada en tanto que, en el caso concreto, el Concedente (DISTRITO) podía adicionar las obras de protección para la defensa costera de Playetas que en el momento del pacto condicionado celebrado en el Modificadorio No. 2 no tenía diseños definitivos, ni presupuestos, ni estudios, ni aprobación por parte del MMAVDT (a fecha de 23 de noviembre de 2009), estudios y aprobación que las partes consideraban necesarios para poder iniciar las obras hidráulicas para la protección de la vía en dicho sector, pero siempre y cuando **se cumplieran** las condiciones reguladas en los numerales del mencionado Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda de dicho Modificadorio.

Viene al caso citar la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que sucintamente señala la naturaleza de la **condición positiva** en un asunto específico que tuvo en estudio:

*“... 4.2.4. En punto de dicha estipulación, la condición es la que supedita el nacimiento o la extinción de un derecho a un hecho futuro e incierto. El acontecimiento del cual depende, por lo tanto, afecta la obligación, en sí misma, no su fuente, y se refiere, al decir de esta Corporación, a la “(...) posibilidad de suceder o no, albur que no puede adivinarse con antelación (...)”.*

*Si se espera que el hecho ocurra, la condición es de carácter positivo, y negativa, en caso contrario (artículo 1531 del Código Civil).*

*(...)*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

4.2.4.1. *En el subjúdice, no cabe duda, según quedó explicado, las partes supeditaron la permanencia del contrato, durante “(...) un (1) año más, por única vez (...)”, a una circunstancia positiva, a la “(...) previa evaluación del servicio por parte de la Dirección de Seguridad Bancaria del Banco y de la Dirección de Recursos Físicos del Banco (...)”.*<sup>73</sup>

Sobre la condición positiva el doctrinante Mario Baena Upegui<sup>74</sup> ha dicho que:

*“... La positiva consiste en que acontezca un hecho (si contraes matrimonio), la negativa, en que no ocurra (si no te casas). Art. 1531. Lo positivo o negativo depende de que suceda o no un acontecimiento, y no de la forma gramatical como se exprese. Si decimos “que no permanezcas en Bogotá”, estipulamos condición positiva consistente en el hecho de que debes salir de Bogotá para que se cumpla la condición.”*

Por su parte, el tratadista Luis Díez-Picazo, al analizar la distinción entre condiciones positivas y condiciones negativas expone:

*“... Las primeras son aquellas consistentes en que ‘ocurra algún suceso’... y las segundas aquéllas en que el evento del que se hace depender los efectos jurídicos es ‘que no acontezca ningún suceso’... Se ha advertido que esta distinción es engañosa y que el carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al de la estructura de los hechos previstos como eventos condicionantes (p. ej.: puede decirse que el donatario recibirá la donación si contrae matrimonio, o que la percibe si no permanece soltero; se puede celebrar el contrato de alquiler de un toldo de la playa bajo la condición de que mañana no llueva o bajo la condición que el día se presente claro). Por ello, sólo es posible distinguir los eventos condicionantes que consisten en alteraciones o modificaciones del estado de*

---

<sup>73</sup> C.S.J., Sala de Casación Civil, SC10881-2015 Radicación n.º 11001-31-03-005-2001-01514-01.

<sup>74</sup> Upegui, Mario Baena. Curso de las obligaciones. Ediciones Librería del Profesional. Pág. 352.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*cosas existentes y los que consisten en la permanencia inalterable de tal estado de cosas.”<sup>75</sup>*

La condición acordada es suspensiva:

Sobre la condición suspensiva cabe citar al tratadista Guillermo Ospina Fernández quien, sobre el particular, ha dicho:

*“... De suerte que la condición suspensiva no solo afecta la exigibilidad de la obligación, como ocurre con el plazo suspensivo, sino que detiene su nacimiento mismo; “la comprime en su fuente”, como dice Josserand. Por ejemplo, si una persona promete a la otra \$10.000 para el día en que esta se case, el vínculo jurídico obligatorio no nace por el contrato, sino que su existencia queda en suspenso mientras el matrimonio no se realice. Si la condición es resolutoria, ni la existencia de la obligación ni su cumplimiento se suspende: la obligación nace pura y simple; sólo que está llamada a desaparecer si la condición se cumple (pura est obligatio sed resolvitur su conditione)...”.<sup>76</sup>*

Sobre el mismo tema, el doctrinante Mario Baena Upegui, en la página 356 de la obra antes citada, expresa lo siguiente:

*“... f) Suspensiva y resolutorias:- Esta es la clasificación realmente importante hasta el punto de que las anteriores no son más que medios de calificarla... No existe una diferencia específica entre la condición suspensiva y la resolutoria que no resida en la naturaleza de lo condicionado. “Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, eso es, la entrada en vigor del efecto jurídico. Con la resolutoria, se regula la extinción del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, la cesación del efecto jurídico. Lo que es suspensivo para uno es resolutorio para otro. Sin embargo, como lo observa Planiol, toda obligación es suspensiva; la suspensiva porque*

---

<sup>75</sup> Luis Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Título II “Las rElaciones obligatorias. Thomson Reuters, segunda edición, pág. 404.

<sup>76</sup> Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Octava Edición. Temis, pag. 227.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*suspende el nacimiento del derecho; y la resolutoria, porque es suspensiva de la extinción de un derecho...”*

Con fundamento en lo expuesto, se considera que la condición acordada en el caso concreto **es suspensiva** por cuanto es claro que, mientras no se cumplieran las condiciones reguladas en los numerales del mencionado Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2, quedaba suspendida para el Concesionario (CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ) la adquisición del derecho a que el Concedente (DISTRITO) adicionara a su favor las obras de protección para la defensa costera de Playetas que en el momento del pacto condicionado no tenía diseños definitivos, ni presupuestos, ni estudios, ni aprobación por parte del MMAVDT.

#### La condición acordada es mixta:

En torno de la clasificación de la condición por la pluralidad de sucesos o voluntades que concurren al pacto, en la misma obra citada, página 352, el doctrinante Mario Baena Upegui sostiene:

*“... D) Potestativas, casuales y mixtas.- Esa clasificación hace relación a la persona o personas o hechos que deben cumplir la condición.*

*1º. Condición potestativa es la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor (art. 1534)*

*2º. Condición casual es la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso. Verbigracia, su JUAN lo aprueba mañana le entrego \$1.000.00; si mañana llueve en la ciudad le entrego \$1.000.00 (art. 1534).*

*3º. Condición mixta es la que depende, en parte, de la voluntad del acreedor, y, en parte, de la voluntad de un tercero o de un acaso. El ejemplo de POTHIER: ‘Si os casais con mi prima’. O, también, si vienes durante la lluvia (art. 1534). El código al definir la condición mixta omitió la voluntad del deudor*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*lo que aparentemente no se justifica, salvo la identificación prácticamente plena que se producirá con la condición casual.*

*La condición potestativa, se divide, a su vez, en simplemente potestativa y puramente potestativa, al tenor del art. 1535: 'Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.*

*Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá'.*

*a- Condición simplemente potestativa. Definida en el inciso 2o. del art. 1535, es la que depende de un hecho o acto voluntario del acreedor o del deudor: Te entrego \$1.000.00 si yo salgo de Bogotá. Hay una manifestación de la voluntad que se traduce en una transformación de la realidad exterior. Dijo la Corte en Casación de 22 de noviembre de 1945, LIX, 795: 'la simplemente potestativa, que supone de parte del interesado, no una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, verbigracia, si os casais, si vendo mi casa...'. Esta condición siempre tiene valor porque tanto deudor como acreedor, para realizar el hecho voluntario, deben subordinarse a contingencias de las que no son dueños, circunstancias extrañas a su propia voluntad que impiden la formación del vínculo sea absolutamente caprichoso o arbitrario.*

*b- Condición pura o meramente potestativa. Definida en el inc. 1o. del art. 1535 es la que depende única y exclusivamente de la voluntad y, por consiguiente, se plantea de este modo: 'si voluero', si se me antoja, si lo juzgo prudente. Para la determinación de su validez será menester proceder por eliminación.*

*b-1. La que depende del mero arbitrio o voluntad del acreedor siempre es válida, sea suspensiva o resolutoria. Un ejemplo de condición pura o*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*meramente potestativa suspensiva que depende del mero capricho o voluntad del acreedor y eficaz en sus efectos es la venta al gusto o a prueba; un ejemplo de condición pura o meramente potestativa resolutoria que depende del mero capricho o voluntad del acreedor y eficaz en sus efectos es el pacto de retroventa, que consiste en la facultad que se reserve el vendedor de adquirir nuevamente la cosa vendida sin necesidad de Nuevo contrato (art. 1535 inc. 1o.).*

*b-2. La que depende del mero arbitrio o voluntad del deudor es válida, cuando es resolutoria. Un ejemplo de condición pura o meramente potestativa resolutoria que depende del mero capricho o voluntad del deudor o persona que se obligue y eficaz en sus efectos es la donación. Te doy \$1.000.00 hasta cuando lo juzgue prudente durante este año. Ha dicho la Corte: 'La condición puramente potestativa de parte del deudor no anula la convención cuando es resolutoria. En esta caso el contrato es puro y simple, las obligaciones nacen inmediatamente pero cada una de las partes se reserve el derecho de terminarlo cuando quiera'.*

***b-3. La que depende del mero arbitrio de la voluntad del deudor es nula, cuando es suspensiva y genera la inexistencia de la obligación (art. 1535 inc 1o.). Por ejemplo: te daré \$1.000.00 en el mes entrante si lo juzgo prudente. La razón de su invalidez es que la potestad del deudor toma a su arbitrio la formación del vínculo. Por el contrario, en la condición resolutoria el vínculo está válidamente constituido.*** (Subrayados fuera del texto)

Sobre el particular, viene al caso citar al jurista Renato Scognamiglio, en traducción del doctrinante Fernando Hinestrosa, cuando afirma:

*“... Así se distinguen las condiciones en positivas y negativas, según el correspondiente carácter positivo o negativo del hecho señalado como condición; y también las condiciones causales, si se trata de un acontecimiento externo a la voluntad de las partes; potestativas, si el hecho*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*depende, por el contrario, de la voluntad de uno de los contratantes, y mixtas, si participa de ambos caracteres. La condición potestativa, en la que se pone como condición un hecho voluntario de cualquier alcance del interesado, no tiene por qué ser confundida con la meramente potestativa, en la cual la eficacia del contrato se hace depender de la pura voluntad de una de las partes, o de un hecho voluntario totalmente irrelevante (si doy un paseo, etc.). La diferencia consiste en que la condición meramente potestativa hace nula la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación (cuando la eficacia depende, en su orden, de la voluntad del enajenante o del deudor), según las voces del art. 1525 cód. civ., solución esta que se justifica fácilmente por el hecho de que en este caso el establecimiento de la condición vacía por completo el contenido del contrato, que así debería calificarse en forma adecuada como inexistente (el legislador prefirió sancionarlo expresamente con la nulidad, para evitar toda duda) (C.C. co. Art. 1535)...".<sup>77</sup>*

Con base en las anteriores citas, se considera que la condición acordada en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 del contrato **es mixta**, por cuanto contiene un acuerdo por el cual las partes convinieron en que no sólo dependía de la voluntad del deudor (el Concedente) la eventualidad de la adición de las obras de protección para la defensa costera de playetas a favor del acreedor (el Concesionario), sino que, además, también dependía de la voluntad de un tercero o de un acaso que, para el asuntos *sub examine*, correspondía a la potísima realidad de dependencia de la aquiescencia de: (i) que los estudios de la solución de defensa del sector de Playetas fueran aprobados por Valorización Distrital y el MMAVDT; (ii) que la autoridad nacional otorgara la licencia ambiental para esas obras; y (iii) que se obtuvieran los recursos para la ejecución de las obras, bien sean o fueran los aportes de los dueños de los predios que se beneficiaban

---

<sup>77</sup> (Renato Scognamiglio, Teoría general del contrato. U. Externado, pag. 146).



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

con el proyecto, u otros aportes del orden Nacional o Distrital necesarios para su ejecución.

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente:

*De conformidad con lo establecido en el artículo 1530 del Código Civil, la obligación condicional es la que depende de una condición -"pendente conditione"- , de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no. Por tanto, la obligación condicional está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, en el sentido de que formada al celebrarse la convención queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que el acontecimiento se realice, o resolviéndose según se realice o no el acontecimiento.*

*De esta forma, este tipo de obligación presenta las siguientes características esenciales: i) debe consistir en un hecho futuro y, por lo mismo, excluye el hecho pasado o presente, al igual que el plazo; es decir, se trata de un hecho que está por venir, después de celebrado el negocio jurídico; ii) debe ser objetivamente incierto, es decir, no puede conocerse si se realizará o no, y en esto difiere del plazo porque en éste se sabrá que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa exactamente cuándo; iii) es de carácter excepcional y no se presume, es decir, que debe ser expresamente pactada en el contrato mediante cláusulas accidentales o prevista en la ley (...)*

*La Corte Suprema de Justicia afirma que al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que desaparece o se extingue (...)*

Al respecto, el maestro Fernando Hinestroza, señalaba:

*“En lo atinente al influjo del suceso futuro sobre la relación creada con el negocio, las condiciones se dividen en suspensivas y resolutorias, según que la realización del hecho consolide o destruya sus efectos finales. Mientras pende la condición suspensiva, sin duda alguna media una relación entre las partes, un acreedor y un deudor, ambos condicionales, es decir, con un dejo*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*de incertidumbre que solo se liquidará con el advenimiento del hecho prevenido o la seguridad de su no realización dentro del tiempo respectivo. No es que no exista el derecho, que nacería apenas al cumplirse la condición; por el contrario existe un derecho y una obligación pero condicionales (...) Ciertamente, el acreedor no puede exigir su derecho, (...) Relativamente a los actos ejecutados en el tiempo intermedio, es natural sostener su eficacia, obviamente sometida a la incertidumbre, de modo que la ausencia definitiva del hecho condicional implicará la desaparición de todo rastro”.<sup>78</sup>*

De esa manera, las partes contratantes al haber establecido, a título de condición suspensiva, la realización de las obras relacionadas con el sector de Playetas, modularon la exigibilidad de las obligaciones que de allí podrían derivarse, hasta la ocurrencia de los supuestos fácticos pactados.

Sin embargo, lo anterior permite colegir que la relación contractual podría haberse desarrollado o incluso extinguirse por las causales típicas y legales, sin que se hubieren configurado los supuestos condicionantes relacionados con el sector de Playetas y, por ende, sin la ejecución ni exigibilidad de las mismas.

En ese sentido, de cara a la determinación de si las obras mencionadas hacían parte del alcance del Contrato de Concesión VAL-02-06, es claro que las mismas hacían parte con la característica y alcance que pactaron las partes, esto es, como condición suspensiva, con los efectos mencionados.

Ahora bien, consideramos que aún el pacto de la cláusula bajo la expresión potestativa “podrá”, no implica que tal supuesta discrecionalidad, permita que aun cuando se reúnan los requisitos que sujetaban la condición, se desatiendan los efectos y consecuencias que derivaría.

---

<sup>78</sup> Hinestroza, Fernando. *Tratado de las obligaciones II*. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico. Volumen II. Página 646 y 647.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Aceptar, por ejemplo, la existencia de condiciones sujetas a la mera voluntad de quien las estipula, conllevaría a su eventual nulidad, como lo dispone el artículo 1535 del Código Civil, al señalar:

*“... **CONDICION MERAMENTE POTESTATIVA.** Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.*

*Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá.”*

En ese sentido, el actuar de la entidad pública debe conducir a evitar tales presupuestos anulatorios y, en consecuencia, mal podría encontrarse condicionado el pacto contenido en el Modificadorio No. 2 a la exclusiva potestad del Distrito de Cartagena.

Así mismo, para el presente panel arbitral esa expresión no puede ser comprendida de manera automática como una modalidad de la figura de la discrecionalidad administrativa, debido a que, conforme con lo previsto en los artículos 121 y 122 constitucionales, las normas vigentes para la época de la celebración, del Modificadorio No. 2 del Contrato de Concesión VAL 02-06, no permiten concluir que existía una norma jurídica expresa que autorizara y habilitara a la entidad contratante<sup>79</sup>, con esa libertad de margen de decisión y, por el contrario, correspondía a un actividad reglada, de acuerdo con los requisitos y procedimientos señalados en la Ley 80 de 1993, para poder materializar ese tipo de actos contractuales de modificación del negocio jurídico inicial.

Sobre el alcance y configuración de la discrecionalidad administrativa, el doctrinante MARÍN HERNÁNDEZ, expresa:

---

<sup>79</sup> Es de anotar que durante la vigencia del Contrato de Concesión objeto de estudio, las normas que han regulado la figura de la discrecionalidad administrativa han sido el artículo 35 del decreto 01 de 1984, que posteriormente fue derogado por el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“... La discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley-no es una potestad ejercida en reemplazo de aquella-, sino, por el contrario, una facultad concedida y regulada por la norma positiva; una parte-no enteramente determinada, pero parte al fin-de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que lo sustentan”...<sup>80</sup>*

*(...)... Con base en todo lo anteriormente expuesto, a nuestro entender la manera de definir la discrecionalidad administrativa que resulta más ajustada a los principios que informan el Estado constitucional es la que concibe como el margen de la relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos-aun de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público o a efectivizar en cada supuesto específico...”.<sup>81</sup>*

*(...)*

*“... Sin embargo, una primera observación nos permitiría comprobar que tal aserto no puede admitirse incuestionadamente. La explicación de la estructura lógica de la norma jurídica que confiere discrecionalidad administrativa de elección, atrás referida, demuestra que no es sólo el elemento de unión o cópula entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (los términos “deberá” o “podrá”) el que definitivamente indique si el precepto confiere o no una facultad discrecional, pues cabe plantear, como*

---

<sup>80</sup> Marin, ibid. P. 161.

<sup>81</sup> Marín, Ibíd. P. 177.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*en el citado caso ocurre, hipótesis en las que no obstante ser la voz “deberá” el conector, disponga el aplicador de dos o más consecuencias jurídicas entre las cuales, legítimamente, optar de forma alternativa. El propio GALLEGO ANABITARTE reconoce que si bien “las formulaciones potestativas de la cópula (podrá conceder, podrá revocar, etc.), suponen en principio la atribución a la administración de facultades discrecionales”, es necesario tener en cuenta, en cualquier caso, que ello no siempre es así, pues a menudo, por ejemplo, la formulación podrá se emplea para precisar la competencia, de manera que se hace preciso “realizar en cada caso una interpretación que permita concretar el fin o telos de la norma que se va a aplicar, para poder apreciar de esta forma el sentido de los términos utilizados por el legislador” (cursivas en el original).<sup>82</sup>*

*(...)... De este modo, si bien el Consejo de Estado admite que la utilización del verbo facultativo “podrá” resulta indicativa de la existencia de discrecionalidad, ésta no puede ser ejercida sino con base en criterios que deben ser oportunamente comunicados a y conocidos por los administrados...”<sup>83</sup>.*

Siguiendo en el análisis de la cláusula del Modificadorio No. 2 del contrato bajo estudio, en especial en cuanto la inclusión de la expresión “podrá”, resulta conveniente precisar que, de una lectura a priori y desprevenida de la relación contractual donde tuvo origen, aparecería la institución de la discrecionalidad administrativa como orientadora de la comprensión del verbo inmerso en la misma; pero debemos recordar que la configuración de una potestad discrecional de la Administración Pública, debe cumplir con los siguientes presupuestos: a) Que haya sido conferida expresamente a la Administración Pública, por una norma jurídica, y b) Que la decisión adoptada por la Administración Pública sea proporcional a los

---

<sup>82</sup> Pp.190-191.

<sup>83</sup> Marín Hernández, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pp.680-681.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

finde de la norma que la habilita y a los hechos que le hayan servido de fundamento para la expedición de la misma.

Al respecto, es necesario traer a colación lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“En el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal– en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos. **En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993.**”<sup>84</sup>*

Conforme con los anteriores argumentos, en estricto sentido, la expresión “podrá” tampoco podría implicar en el presente asunto, una facultad libérrima o puramente potestativa o discrecional del Distrito; y aún si así lo fuera, debe ser interpretada en armonía con los principios que rigen la contratación, y en especial la de las entidades públicas, como la planeación y la buena fe, entre otros, que irradian toda la actividad precontractual, contractual, y postcontractual, de los cuales se puede inferir que los pactos que celebren las partes en un contrato estatal deben dirigirse hacia su cumplimiento.

---

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado No. 25642.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Aunado a lo anterior, mucho menos puede ser de recibo la apreciación según la cual era o es potestativo del DISTRITO DE CARTAGENA acceder al cumplimiento de lo planteado en la condición, si se tiene en cuenta que el impulso y gestión de los eventos a los que había quedado sujeta la condición suspensiva se encontraban en cabeza de dicha entidad territorial.

Al respecto, en los pliegos de condiciones definitivos de la licitación pública No. VAL 02-06, se indicó con claridad, dentro de las obligaciones del Distrito, las siguientes:

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

*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 CONCESIONARIO en esta labor con el fin de que se realice en el menor tiempo posible. (...)*”

En igual sentido, lo alusivo a la gestión de recursos para financiamiento del proyecto, tal como se pactó en la cláusula pendía también de otros aportes del orden Nacional o Distrital.

En suma, no bastaba la voluntad del DISTRITO para que se cumpliera positivamente la condición suspensiva, puesto que era menester que terceros también dieran su voluntad, aprobación o autorización a actos jurídicos indispensables para que se completara la ocurrencia del acuerdo sometido a condición suspensiva, de tal forma que sólo si se daban o cumplían esas hipótesis condicionadas, el DISTRITO “podía” adicionar esas obras para su ejecución por parte del contratista con quien celebró dicha cláusula accidental a ese negocio jurídico estatal.

Es claro entonces que la voluntad de terceros ajenos al contrato de concesión era tan necesaria para que se cumpliera o no la condición, que hubo que esperar dos lustros para lograr que terceros, autoridades competentes, dieran su aprobación a los estudios de la solución de defensa del sector Playetas, a la necesaria licencia

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

ambiental, y a que se colmaran los recursos necesarios para la ejecución de dichas obras.

En consecuencia con ello, el panel arbitral no acoge la proposición de la parte convocada y del representante del Ministerio Público en que es potestativa, pues parten del supuesto de que la ocurrencia de la condición pactada en el referido Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 dependía sustancialmente de la voluntad del deudor, esto es, del Concedente (DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS).

A esta conclusión se llega por cuanto se considera que la condición potestativa, como categoría, supone la dependencia de la voluntad del obligado; en tanto que la mixta es la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

Este último factor es el que no se aprecia como valorado ni por la parte convocada ni por el Ministerio Público, en la medida que la condición que pende de la voluntad del deudor u obligado pero también de elementos externos a ésta (condición potestativa simple) es, de suyo, una condición mixta por cuanto no está atada sólo al hecho o acto voluntario del deudor o del acreedor, sino también a actos o a hechos por fuera o externos a él, que son inciertos en la medida que sobre estos no tiene dominio el obligado por el pacto condicionado, como así lo tiene de antaño asentado la Corte Suprema de Justicia:

*“... Desde la doctrina francesa, pasando por la chilena, se ha explicado el anterior principio así: hay dos clases de condiciones potestativas: la simplemente potestativa, que supone de parte del interesado, no solo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, vgr., si os casáis, si vendo mi casa; y la puramente potestativa que depende, única y exclusivamente, de la voluntad y, por consiguiente se formula de este modo: si voluero, si quiero, si lo juzgo a propósito. La condición simplemente potestativa, es válida. La obligación del deudor, si bien depende de un acto*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*de su voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño...”.<sup>85</sup>*

Y sobre estas apreciaciones la doctrina no es ajena. Por ejemplo, el tratadista Álvaro Pérez Vives sobre el particular afirmó:

*“... no se justifica la distinción entre condición potestativa pura y condición potestativa simple, ya que es difícil, si no imposible, hallar una de esta naturaleza que no depende de hechos externos al deudor, al mismo tiempo que de la voluntad de este; por lo cual, vendría a ser condición mixta. Precisamente, si se admite su validez, es por la concurrencia de esos hechos ajenos o exteriores al obligado, con su manifestación de voluntad. Como lo expresó la Corte. “la obligación del deudor, si bien depende de un acto de voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño”)”<sup>86</sup>*

En un análisis sobre la libertad potestativa de un contratante en el marco de una cláusula condicional, la suprema Corte expresó:

*“... 4.2.4. En punto de dicha estipulación, la condición es la que supedita el nacimiento o la extinción de un derecho a un hecho futuro e incierto. El acontecimiento del cual depende, por lo tanto, afecta la obligación, en sí misma, no su fuente, y se refiere, al decir de esta Corporación, a la “(...) posibilidad de suceder o no, albur que no puede adivinarse con antelación (...)”<sup>87</sup>.*

*Si se espera que el hecho ocurra, la condición es de carácter positivo, y negativa, en caso contrario (artículo 1531 del Código Civil). Según su naturaleza, si es suspensiva, esto es, mientras el acontecimiento se encuentre latente, la obligación contraída carece de efectos jurídicos, y si es*

---

<sup>85</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Noviembre 22 de 1945.

<sup>86</sup> Álvaro Pérez Vives, Teoría general de las obligaciones, Ed. Universidad Nacional de Colombia. 1951, pag. 588)

<sup>87</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 8 de agosto de 1974 (CXLVIII-194).

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*resolutoria, de cumplirse, el derecho adquirido queda, por sí, extinguido (artículo 1536, ibídem).*

*Se distingue, entonces, el hecho condicionante y el derecho condicionado. No obstante, como en la fase de pendencia de éste se supone las partes en relación, aquél puede dejarse librado a un acontecer voluntario del acreedor o del deudor, pero no a la mera voluntad de la persona que se obliga, por ejemplo, “(...) si ella quiere, si le place (...)”<sup>88</sup>, vale decir, según su libre determinación, en cuyo caso la condición, calificada como puramente potestativa, se considera nula (artículo 1535, ejusdem), dado que repugna a la lógica que alguien, al mismo tiempo, se obligue y conserve la libertad de quedar desligado.*

*La Corte, por esto, tiene sentado que “(...) todas las condiciones potestativas son perfectamente válidas, salvo aquellas que consistan en la ‘mera voluntad del deudor’, es decir, las que dependan exclusivamente del capricho de éste, como cuando dice me obligo si quiero, porque esa expresión equivale a negar el respectivo vínculo”<sup>89</sup>.*

*Hecho voluntario y mera voluntad, desde luego, no son lo mismo, porque así tengan en común la libertad de acción, aquél no obedece tanto al capricho del deudor, como sí en el caso de la última. La posibilidad de materializar un acontecimiento, por supuesto, se proyecta del exterior, en cambio, la de obligarse o no, desde el interior.*

*Por esto, si hecho voluntario no es la mera voluntad, así el primero dependa de la última, “(...) en la hipótesis de que el deudor haya ligado su voluntad a la ejecución de un hecho externo que esté en su facultad ejecutar o no ejecutar, la obligación es válida, porque no pudiendo desligarse sino a costa*

---

<sup>88</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 27 de junio de 1930 (XXXVIII-576).

<sup>89</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 2009, expediente 15015.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*de ejecutar o de omitir aquel hecho dado, la obligación ya no depende del mero arbitrio (...)*<sup>90</sup>.<sup>91</sup>

Si se llegare a conclusión distinta de la que se esboza en los apartes anteriores, es decir, como lo pretende sostener la parte convocada en cuanto a que por tratarse de una condición potestativa simple su acaecimiento requería que se cumplieran todos los requisitos aleatorios en ella contemplados, más la voluntad libérrima de la concedente, y en esa, su línea de interpretación, las pruebas que reposan en el expediente y la palabra “podrá” que se emplea en el referido Parágrafo Primer de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2, mostrarían que ni esa voluntad ni uno de los requisitos aleatorios se cumplieron, razón por la cual la condición tendría que reputarse como fallida, esto supondría que el ente territorial podía desconocer principios básicos que soportan las relaciones bilaterales fincadas en la buena fe contractual.

Por el contrario, con base en las pruebas valoradas anteriormente, y la normativa traída a colación, considera este panel arbitral que, bajo la égida de los deberes derivados de la buena fe contractual, el DISTRITO no observó una conducta coherente en su disposición de otorgar a la parte convocante la oportunidad de concurrir a la continuidad de las obras del pedraplén protector del tramo de playetas, una vez se cumplieron las condiciones suspensivas que dependían de terceros o el acaso, siendo abusivo el ejercicio de la potestad de optar por hacerlo o no que se derivó de la interpretación del sentido del verbo “poder”, tal y como se pactó en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 2 del Contrato de Concesión VAL 02-04.

Por lo tanto, aunado a lo anterior, es pertinente señalar que, conforme con diversas, jurisprudencias y doctrinas citadas, considera este Tribunal que, ante la observancia en el caso concreto de los deberes derivados del Principio de la Buena Fe, que

---

<sup>90</sup> GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones. Volumen IV, Editorial Reus S.A., 1977, p.318.

<sup>91</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Mag. Pon. Luis Armando Tolosa Villabona. Abril 28 de 2015. SC10881-2015. Radicación n.º 11001-31-03-005-2001-01514-01)

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

también rige en la contratación estatal, tales como los de información, de cooperación y de coherencia, la parte convocada, DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, estaba obligada a ir más allá de la simple interpretación y uso de una potestad entendida como libérrima o absoluta de decidir frente a una condición entendida como simplemente potestativa (por el uso de la palabra “podrá” incluida en la cláusula que condicionó el contrato suspensivamente) acordada con la parte convocante, CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ. El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS no debió defraudar las expectativas legítimas fundadas en el Concesionario, CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, para darle la claridad y certeza de si continuaba o no las obras públicas objeto del presente debate.

El no haber actuado de esa manera vulneró no sólo esas legítimas expectativas, sembradas en el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ a lo largo del trasegar del Contrato de Concesión VAL 02-06, desde su formación, la licitación, la adjudicación, la celebración del contrato, sino también en los desarrollos que tuvo, especialmente con los distintos modificatorios y actas aportados al presente proceso

Al respecto, no debe perderse de vista lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil, que señala:

**ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>**. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*

Según este artículo, frente al caso concreto, no basta con observar, en las relaciones contractuales, incluso entre el Estado y los particulares, la literalidad de un contrato visto aisladamente del contexto en el cual fue celebrado, considerando los factores objetivos que se derivan del acuerdo de voluntades pre contractual (tratativas) y, para el caso de los contratos estatales, de los pliegos de condiciones, anexos, y toda la documentación compartida por las partes con posterioridad a la

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

celebración del respectivo contrato, lo cual impone la observancia de todo ello, lo que trasluce que no basta la intención subjetiva y positiva de obrar con lealtad frente a la otra parte del negocio jurídico acordado, sino también expresar una conducta éticamente objetiva, esto es, la buena fe objetiva.

Así mismo, el artículo 871 del Código de Comercio, señala:

**ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>**. *Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*

De acuerdo con los anteriores planteamientos, se concluye que, de conformidad con los postulados de la buena fe objetiva, el DISTRITO debió cumplir la parte de la condición que le correspondía so pena de incumplir el Contrato de Concesión VAL-02-06 en desmedro de los derechos de la otra parte contratante, el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, puesto que es deber de las partes de un contrato estatal cumplir y ejecutar sus prestaciones recíprocas observando a cabalidad no solo el tenor literal del clausulado del contrato, sino también aquellas cosas que, por ser de la naturaleza de estas, deben cumplirse de buena fe.

Conforme con lo expuesto, del Principio de la Buena Fe se derivan ciertos deberes que las partes se adeudan durante la relación contractual, tanto desde su formación (tratativas), como en la celebración, desarrollo o ejecución, y en la terminación o conclusión.

Esos deberes no se excluyen cuando las partes celebran un contrato condicionado o una cláusula que contiene obligaciones condicionales dentro del mismo, singularmente cuando se refieren a condiciones suspensivas.

A manera de corolario se trae a colación los comentarios avezados del tratadista, ya citado, Luis Díez-Picazo, quien, frente a los deberes durante la etapa de pendencia o espera del cumplimiento de la condición positiva, ha dicho:

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“... Desde el instante mismo de la celebración del negocio jurídico creador de la relación y durante la fase de pendencia de la condición, al deudor le son impuestos ya unos deberes y asume una determinada responsabilidad (...) Pues bien, a pesar de ello, la ley aplica el criterio de la culpa del deudor y regula tales hipótesis, en las que las cosas se pierden o se deterioran, según que haya o no incidido el deudor en culpa. Ello quiere decir que la culpa del deudor es ya posible en la fase de pendencia de la condición y, por eso mismo, que el deudor ha asumido ya en dicha fase un deber de diligencia. La cosa es tanto más clara cuanto que el precepto legal citado impone al deudor culposo la obligación de resarcir los daños y perjuicios. A la misma conclusión nos tendría que llevar el artículo 1121, que antes examinábamos, pues si el peligro de la prestación permite al acreedor ejercitar acciones conservativas, ello sólo puede ser en razón a que el deudor debe evitar tales peligros o situaciones perjudiciales para el derecho del acreedor.*

*Como consecuencia de todo lo anterior, cabe llegar a la conclusión de que el deudor soporta, incluso durante la fase de pendencia de la condición, un deber de conservación de la prestación y, al mismo tiempo, un deber de evitación de los posibles eventos que puedan impedirle o hacerla imposible.*

*(...)*

*Por otra parte, el deudor soporta también el deber de no incidir con su comportamiento sobre el cumplimiento de la condición, así como el de no obstaculizarlo. El art. 1119 dice que la condición se tiene por cumplida si el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento...”.*<sup>92</sup>

### **DETERMINACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONDICIONES DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA**

---

<sup>92</sup> Luis Díez-Picazo. Fundamento del derecho civil patrimonial. Tomo II “De las relaciones obligatorias”. Sexta Edición. Edit. Thomson Reuters, pag. 413

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

De esa manera, se impone entonces determinar, por un lado, si se configuraron o no los presupuestos fácticos condicionantes de la cláusula pactada; y, por otro, determinar si jurídicamente es viable la continuidad de la ejecución al contrato en los términos pretendidos por la accionante y contenidos en la cláusula mencionada.

En ese orden, es necesario precisar que los elementos condicionantes indicados en el Modificadorio No. 2, corresponden a los siguientes:

*(...) 1) Se efectúen los estudios de la solución de defensa del sector Playetas y sean aprobados por Valorización Distrital y el MMAVDT.*

*(...) 2) Que se obtenga la licencia ambiental para las obras de protección del sector Playetas.*

*(...) 3) Que se obtengan los recursos para la ejecución de las obras de protección del sector Playetas. Como son: los aportes de los dueños de los predios que se benefician con el proyecto y otros aportes del orden Nacional o Distrital necesarios para su ejecución. Los recursos para los diseños definitivos y estudios, y consecución de la licencia ambiental, entre otros, se incluirán en el presupuesto modificado del proyecto.*

*(...) 4) Con los recursos que se incluyan, de forma proporcional, como aportes de los dueños de los predios sujetos al pago de valorización se constituirá una cuenta especial en el encargo fiduciario, que se destinara para la pre inversión y construcción de las obras de protección del sector Playetas, previo el cumplimiento de los numerales 1, 2, 3 de este párrafo.*

Respecto del primero y segundo de los requisitos, relacionados con los estudios de la solución de defensa del sector Playetas y la licencia ambiental, se observa que reposa en el plenario la Resolución No. 01531 del 13 de diciembre de 2016, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, por medio de la cual, entre otras, se resuelve lo siguiente:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

*“ARTÍCULO PRIMERO: Otorgar Licencia Ambiental al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, para la ejecución del proyecto denominado “Construcción de la Conexión Vial en la Isla de Barú en el Sector Mohan-Playetas del Parque Nacional Corales del Rosario y San Bernardo” el cual está localizado en el Distrito de Cartagena en el Departamento de Bolívar. (...)*

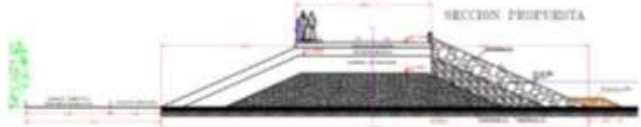
*ARTÍCULO SEGUNDO: Autorizar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, la realización de las siguientes obras y/o actividades para el Proyecto “Construcción de la Conexión Vial en la Isla de Barú en el sector Mohan – Playetas del Parque Nacional Corales del Rosario y San Bernardo”, de acuerdo con las características y obligaciones que se enuncian a continuación: (...)*

3	Tramo 2 – Playetas	<p style="text-align: right;"><small>Fuente: El Plan de Obras del Proyecto de Valorización del Distrito de Cartagena de Indias</small></p> <p><b>Características geométricas del tramo 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Velocidad de diseño (VTR) de 40 km/h</li><li>- Longitud del tramo 900 m.</li><li>- Calzada: 8 m</li><li>- N° carriles: 2</li><li>- Ancho de carril: 3,30 m</li><li>- Andén peatonal: 1.20 m</li><li>- Bombeo: 2%</li><li>- Peralte máximo: 2 %</li></ul> <p><b>Condiciones generales:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Los 8 m de ancho de la vía en este tramo serán utilizados durante la</li></ul>
---	--------------------	--



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

Consecutivo	Obras	Descripción
		<p>construcción para habilitar el frente de obra con sus respectivas zonas para la maniobra de los equipos y maquinarias que se encargarán de construir este tramo de la vía. También se adecuará un espacio para el tráfico vehicular y peatonal de las comunidades.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los 3 m de ese espacio, medidos desde el terraplén de la vía hacia el mangle, serán utilizados para reubicar la infraestructura de servicios públicos que actualmente pasa por la zona (energía eléctrica y gas) (espacio para servidumbre).</li> <li>- Los 5 m restantes de espacio serán para recuperación de manglar aislándolos con un cercado.</li> </ul> <p><b>Conformación de base</b></p> <p>La base será de un espesor de entre 20 y 60 cm y una longitud de 850 m aproximadamente.</p> <p><b>Ilustración 3. Sección transversal típica de trabajo Vía Transversal Barú sector Las Playetas</b></p>  <p>Fuente: EIA radicado 2016017612-1-000 del 08 de abril del 2016</p>

(...)

En relación al tercero de los supuestos, alusivos a los recursos de las obras para el sector Playetas, aprecia el presente Panel Arbitral que los mismos fueron gestionados, como se constata en el Acuerdo No. 27 expedido el 26 de junio de 2019, por el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD - Cartagena, por medio del cual se adoptan decisiones relacionadas con proyectos de inversión financiados o cofinanciados con recursos del Sistema General de Regalías – SGR, y en su artículo primero se resuelve viabilizar, priorizar, aprobar el proyecto de Optimización del Pedraplén para la conformación de la Cimentación de la Vía Transversal Barú en el Tramo 2 de Playetas del Distrito de Cartagena de Indias, por valor de VEINTIUN MIL NUEVE MILLONES CUATROSCIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO SETENTA PESOS (\$21.009.429.170)

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

En ese orden de ideas, para el presente Panel Arbitral los requisitos establecidos en la condición suspensiva del Modificadorio No. 2 del Contrato de Concesión fueron cumplidos.

Así las cosas, una vez acaecidos los requisitos pactados en la condición suspensiva, correspondería, conforme el efecto jurídico de la condición, cumplir con el efecto o prestación objeto de la suspensión, esto es, adicionar las obras de protección para la defensa costera de Playetas.

Al respecto, el artículo 1540 y 1541 del código civil contemplan respectivamente, lo siguiente:

**ARTICULO 1540. <MODO DE CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION>**. *La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes.*

*Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa.*

**ARTICULO 1541. <CUMPLIMIENTO LITERAL DE LA CONDICION>**. *Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida.*

Sobre el particular, conviene traer a colación las reflexiones expuestas por el Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque en relación a la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación estatal, en los siguientes términos:

*“La autonomía de la voluntad, esa potestad de autorregulación de intereses y relaciones, no sólo se exterioriza en la constitución de relaciones, sino en la posibilidad de reglamentarlas. Ese fue el mandato claro de la Ley 80 en sus artículos 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45. Hay que tomar en serio esa remisión al derecho privado, no podemos seguir anclados en un derecho de la contratación pública que solo parece basarse en una visión unilateral, que*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*entiende que la Administración para actuar -en el ámbito de sus contratos- debe estar siempre dotada de “prerrogativas públicas” o “imperio”. Una perspectiva, propia de un derecho administrativo de la unilateralidad.*

*La teoría normativa del negocio jurídico no es solo un asunto de los particulares. La fuerza obligatoria del clausulado del contrato público no se deriva de lo que diga la Ley 80, sino de lo dispuesto por los artículos 1602 y 1603 del C.C. Esta visión del contrato como fuente de las obligaciones, además, es la que más se acompasa, a mi juicio, con un derecho público que vuelve a sus orígenes y a su esencia. Una perspectiva, propia de un derecho administrativo de la libertad.”<sup>93</sup>*

En ese sentido, es importante recordar que la buena fe es un principio que rige a las partes dentro del contrato estatal. Con acierto, el Honorable Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.*

*En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

*(...) Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la*

---

<sup>93</sup> Sánchez Luque, Guillermo. Aclaración de voto a la Sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp. 36600, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”<sup>94</sup>*

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*“... Así, la buena fe irradia la teoría del negocio jurídico desde tres aristas, a saber: (i) la buena fe subjetiva; (ii) la buena fe objetiva o regla de conducta y*

---

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Radicado 22043.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*(iii) la buena fe como regla de hermenéutica, como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia: (...) ... la noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que esta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos<sup>95</sup>.”*

Dentro de esa línea de interpretación, el principio de la buena fe se ha estructurado de una manera más completa, que incluye características más exigentes para la dimensión jurídicas, que antes sólo se antojaban para el de la ética de los negocios. Bajo esta reciente perspectiva surgen los “deberes complementarios de conducta” que acompañan a la buena fe en el negocio jurídico, incluido el contrato estatal, contractual. Bajo esa perspectiva, en el mismo fallo el Consejo de Estado se refiere a los **deberes de información**, de **cooperación** o de solidaridad contractual:

*“... 2. Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar **información** a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes, o lo que es lo mismo, cada contratante utiliza el contrato para hacer realidad aquellas finalidades que mediante él persigue alcanzar y por ello hoy en día también se habla de un “**deber de cooperación**” o de **solidaridad contractual** que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su cocontratante. Y lo que se acaba de expresar se realza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque en ésta la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más*

---

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Febrero 2 de 2005. Expediente 1997-9124 02.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad...”*

Además del deber de información que se deprecia de cada parte frente a la otra, el principio de la buena fe, igualmente, impone el **deber de coherencia** en el comportamiento, y por ello es un concepto que irrumpe en el contenido ético- social del orden jurídico y sirve de cauce para la integración del ordenamiento jurídico. Sobre este deber en la contratación estatal se ha pronunciado el Consejo de Estado. A guisa de ejemplo:

*“... Al respecto, la doctrina ha considerado que “cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones”..., nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva; es así como, sin incurrir en equivoco alguno, quien obra en sentido contrario a este actuar, quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica, es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, con creces el ámbito negocial siendo evidente su observancia en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica...”.<sup>96</sup>*

De esa manera, la no permisión al Convocante en la continuidad de las obras de protección para la defensa costera de Playetas al Contrato de Concesión VAL-02-06, acredita incumplimiento contractual por parte del Distrito de Cartagena.

---

<sup>96</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de abril de 2016. Radicación: 25000232600020070007201 (47.145).

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

En ese sentido, al haber descartado, sin una justificación razonable, al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ, a la sazón, concesionario del contrato por el cual se le adjudicó la construcción de la vía de 31 kilómetros tanto el componente continental como el insular, lo cual, como hemos visto, también incluía el tramo de Playetas, el DISTRITO adoptó una decisión que no es congruente con los deberes de conducta contractual ya mencionados, derivados del ejercicio del Principio de la Buena fe en la actuación contractual estatal, pues no aparece en el plenario, salvo la explicación del entendido significado de la palabra “podrá” como un potestad libérrima del DISTRITO de optar a su conveniencia o albedrío por conceder o no al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ las obras mencionadas, no aparece –decimos- la explicación de esa determinación, salvo que no sea otra que el ejercicio de la libertad de actuación de los administradores del Estado en el momento en que se varió la vocación que tenía el Concesionario de la Vía Transversal de Barú, de ejecutar las obras del pedraplén de protección de Playetas, para abrir la alternativa de adjudicarlo a un tercero mediante una licitación pública, cuando con el contrato de concesión bajo estudio, se encontraba inmerso la prevalencia y satisfacción del interés general, consagrado en el artículo primera de nuestra norma suprema, como principio orientador de nuestro Estado Social de Derecho, en especial, en su actividad contractual.

Tal como lo señaló el representante del Ministerio Público, al referirse tanto a que las obras sometidas a condición se encontraban contenidas en el Contrato de Concesión VAL 02-06, como al hecho de que se ejerció la potestad relativa al significado de la palabra “podrá” que aparece al inicio del Parágrafo Segundo de la Cláusula Segunda del Modificadorio No. 12, este panel arbitral tampoco puede entender y justificar ese cambio en la clara consideración que las obras del pedraplén de protección de Playetas estaban naturalmente destinadas a ser ejecutadas por el Concesionario del Contrato de Concesión VAL 02-06, si se cumplían las condiciones suspensivas que allí se pactaron entre las partes de ese

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

negocio jurídico estatal. Veamos sobre lo que de esos dos aspectos opina el vocero del Ministerio Público:

*“... Corolario de lo anterior, es claro para el suscrito, que los 31 km de vía a que refiere el objeto de contrato VAL 02-06, incluía las obras de cimentación en Pedraplén en el señor Playetas para la estabilización del terreno, previo a la construcción de la vía en pavimento rígido, lo que desde el punto de vista técnico se advierte lógico, porque no puede concebirse la construcción de una vía en un sector altamente erosionable por la acción del mar, sin que previamente se ejecuten obras de estabilización del terreno...”*

(...)

*“...Conforme lo anterior, al optar el Distrito por contratar con un tercero la “Optimización del Pedraplén para la Conformación de la Cimentación de la Vía Transversal Barú en el Tramo 2 Playetas”, lo que hizo fue escindir o dividir la obra en este tramo, pues la construcción de la vía en pavimento rígido sigue en cabeza del Consorcio Isla Barú, lo que en mi criterio a pesar de ser legal, es antitécnico, ya que sin ser experto en el tema, lo recomendable sería que existiera un solo responsable para la totalidad de la obra, es decir, para construir la vía y realizar las obras de cimentación, como quedó establecido al inicio del contrato VAL 02-06...”* (Resaltado fuera del texto original).

Y en similar sentido se pronunció el perito **OSBALDO DE JESÚS CASTILLA TARRÁ**, en el escrito que presentó para dar respuesta al dictamen pericial solicitado por parte del Tribunal de Arbitramento, así:

*“... 13. Sírvase indicar, desde la perspectiva técnica, si las obras contenidas en los estudios efectuados coinciden con las obras autorizadas en la licencia ambiental contenida en la resolución 1531 del*



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

***13 de diciembre de 2016 proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.***

*Las obras contenidas en los estudios efectuados coinciden con las obras autorizadas en la licencia ambiental contenidas en la resolución 1531 del 13 de diciembre de 2016 proferida por la autoridad nacional de licencias ambientales, ya que estas obras contenidas en los estudios fueron las que el distrito de Cartagena de indias puso en consideración ante la autoridad para que esta otorgara el permiso para construirse.*

***14. Teniendo en cuenta lo indicado en el pliego de condiciones del proceso de selección del contratista, y demás documentos precontractuales, así como lo dispuesto en el contrato de concesión val-02-06, determine desde la perspectiva técnica, si el objeto y alcance del contrato de concesión sería funcional sin que sea intervenido el sector de playetas.***

*De acuerdo con los pliegos de condiciones del proceso de selección del contratista y demás documentos precontractuales, así como lo dispuesto en el contrato de concesión VAL-02-06, NO se logra el objeto y el alcance del contrato de concesión y NO sería funcional sin que se intervenga el sector de playetas, ya que no se estaría dando cumplimiento al mismo debido a que no se garantizaría la conectividad terrestre con la población de barú que es parte del objeto y alcance del contrato.*

***15. Así mismo, sírvase determinar, desde el punto de vista técnico si la intervención en el sector de playetas, resulta necesario para la realización del alcance del contrato de concesión VAL-02-06***

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*La intervención de playetas es necesaria para la realización del alcance del contrato de concesión val 02-06, toda vez que permite conectar en su totalidad el proyecto desde su inicio en la zona continental hasta la zona insular hasta llegar a la población de barú, Si no se realizará ese sector el alcance del contrato val 02-06 no se lograría y se corre con el riesgo que la población de barú se quede incomunicada por vía terrestre.*

**16. Sírvase determinar, si desde la perspectiva técnica las obras de protección para la defensa costera de “playetas” se encontraban contenidas dentro del objeto y alcance del contrato de concesión VAL-02-06**

*El contrato de concesión VAL-02-06 en su “cláusula primera: Objeto: El objeto del presente contrato, es el de otorgar al CONCESIONARIO, la Concesión “Para la construcción y mejoramiento de la vía Transversal de Barú” el cual incluye: a) La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas de la propuesta, las cuales hacen parte de este contrato b) construcción de la vía (31 kmts aproximadamente) en pavimento flexible, mas las entradas a los puertos de los tres (3) poblados de la isla, Ararca, santana, Barú (2,2 kmts aproximadamente); c) la financiación del proyecto, incluidos los estudios de factibilidad y los costos administrativos del departamento administrativo de valorización, contemplados en el cuadro de presupuesto de obra presentado por el concesionario en su propuesta y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión”.*

*De acuerdo a lo anterior para poder dar cumplimiento al objeto del contrato VAL-02-06, las obras de protección para la defensa costera de playetas se encontraban contenidas y eran necesarias...”.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Por su parte, al tiempo de sustentar el peritazgo con la declaración rendida ante el Tribunal, ante preguntas formuladas por el apoderado del DISTRITO, el ingeniero **ALFREDO PINEDA CORENA**, contestó:

*“... DR. PABÓN: En síntesis, ¿cuál es el fundamento técnico para decir que la segunda parte del pedraplén está incorporada en el contrato de concesión?”*

*SR. PINEDA: Bueno porque de no estar incorporada tendríamos una obra inconclusa que no va a funcionar puesto que a capa de rodadura va a quedar... mar lo más importante es decirle que el mar va a atacar fácilmente y se va a producir un daño, mientras que si 2 metros más que aparecen ahí ya la capa de rodadura está más protegida del nivel del mar.*

*No creo que sea ningún, no veo realmente motivo para que la obra se hiciera de forma integral que no se consiguieran unos recursos en su momento, no significaba dejar una obra sin terminar, tenía que ser esa obra integral y solucionar el problema integralmente para quien transita por ahí y para evitar también el deterioro de la franja de... que está en... que debe romperse... un daño ecológico puesto que la Ciénaga de... tiene una influencia del Canal del Dique, no pasaría lo que ha pasado en Barbacoas y en la Bahía de Cartagena que los corales se han destruido por influencia del Canal del Dique.*

*DR. PABÓN: ¿Ese fundamento técnico que acaba de explicar está en el contrato?*

*SR. PINEDA: No, ese es fundamento técnico de conocimiento y pienso que tiene validez para explicar el por qué es necesario hacer la segunda etapa, la etapa completa de Playetas.*

*DR. PABÓN: Es decir para usted la razón es lo que usted acaba de explicar, su criterio es ese, es ese, ¿es su criterio para concluir lo que concluyó?*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*SR. PINEDA: Así es...”.*

Y de forma similar el deponente **MAYRON VERGEL ARMENTA**, representante de la sociedad interventora AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A., durante el periodo en que las partes de este proceso celebraron el Modificadorio No. 2 del Contrato de Concesión VAL 02-06, en el que se pasó de una cláusula con condición resolutoria en relación con las obras del pedraplén protector de Playetas, a una suspensiva, como se ha visto, de la siguiente manera:

*“... DR. TONCEL: Y teniendo en cuenta que sí conoció el tema de la extensión del área donde se iba a ejecutar el proyecto le pregunto si el objeto del contrato se cumple o funciona de no incluir el sector Playetas, ¿de no ejecutarse nunca el sector Playetas o era imprescindible que de alguna manera con viaducto o con lo que fuera se construyera Playetas por razón de ese contrato?*

*DR. VERGEL: Bueno yo le digo que en verdad el proyecto contemplaba la construcción de Playetas, de hecho lo contemplaba la ejecución del proyecto, pero como en la fase de preconstrucción se condicionó a que ese trayecto de Playetas cuando se consiguiera la licencia por parte de la autoridad ambiental eso implicaba que si no existía licencia no podría concluirse, entonces por eso en esa primera fase nos dedicamos porque ahí participamos nosotros era a construir la parte de la vía y hacer unos estudios adicionales que planteó ya en la fase final la autoridad ambiental, pero que no definió qué era lo que realmente quería, ella quería unos puentes muy largos y esos puentes muy largos excedían los presupuestos del Distrito y excedían también, ustedes saben que ese proyecto dependía, era una obra, no era una concesión...”.*

Y, más adelante:

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“DR. PABÓN: La siguiente pregunta la voy a restringir al tema de Playetas, que es el tema que ocupa a este Tribunal: usted quiere precisarle a los señores árbitros la construcción de Playetas es lo mismo que las obras de protección para la defensa costera: ¿es lo mismo?, ¿se entiende lo mismo?”*

*DR. VERGEL: Una cosa es defensa costera y otra cosa es la construcción de una vía. Ahora, como esta es una vía metida en el mar, ahí hay los dos componentes: hay defensa costera y construcción de la vía; es más, le diría algo: lo que dicen los especialistas en esto es que para una vía de ese orden, si no se le hace previamente la defensa costera o los elementos hidráulicos para su protección, que en este caso son los espolones, las protecciones en piedra o en concreto, pues no se puede construir la vía, porque el mar la destruye rápidamente. Entonces esta vía era una combinación de protección costera con construcción de la vía...”*

Por su parte, en la declaración rendida por **ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ**, representante legal suplente de otra de las firmas interventoras (Consortio Interventoría Isla Barú), manifestó sobre el punto en estudio:

*DR. PABÓN: ¿Usted conoció el sector Playetas?*

*DR. POSADA: Bueno es que he tenido que lidiar con el sector Playetas en el sentido de que a través de otro contrato con la Gobernación de Bolívar fuimos interventores de la fase I que es el pedraplén que está construido hoy en día en Playetas.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*DR. PABÓN: Entonces para claridad del Tribunal ¿una cosa es el pedraplén y otra cosa son las obras de protección para la defensa costera o es lo mismo?*

*DR. POSADA: Es lo mismo, porque el pedraplén es un pedraplén protector, es para la defensa de la Isla Barú es una protección costera.*

*DR. PABÓN: ¿En la primera parte del pedraplén se construyó usted dice por virtud de otro contrato?*

*DR. POSADA: Sí, se ejecutó en virtud de una urgencia manifiesta decretada no lo preciso ahorita, pero creo que por el Distrito de Cartagena y con base en esa emergencia la Gobernación en convenio con la Alcaldía invirtieron los recursos que permitieron el desarrollo de esa obra que se entregó, se recibió en abril del año pasado.*

*DR. PABÓN: ¿Usted conoce el Modificadorio 2 del contrato VAL-02-06?*

*DR. POSADA: No puedo decir que soy un experto en él lo pondría como que lo conozco, pero no podría dar como detalle porque digamos que no soy experto en... no lo preciso plenamente no lo podría recitar, nada al respecto.*

*DR. PABÓN: No, sin necesidad de que por ahora se ponga de presente le pregunto, ¿usted recuerda cuál era el objeto de ese Modificadorio 2?*

*DR. POSADA: De momento no, no la verdad que entiendo que se cambió el plazo podría ser y creo que se dispuso para Tres Fases, 88 meses, me parece podría ser, la verdad no lo preciso, no me gustaría decir nada porque además lo conocí como cultura general, digamos que en el manejo que*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*hemos tenido referente a Playetas donde hemos estado presentes en dos contratos, pero no soy un docto en la materia, ni lo he analizado.*

*DR. PABÓN: Durante el tiempo que usted estuvo como interventor del contrato ¿se tocó o se discutió algún tema relacionado con el sector Playetas?*

*DR. POSADA: No, el sector Playetas en ese contrato de interventoría no fue objeto de discusión.*

*DR. PABÓN: ¿Sabe usted si para el sector Playetas está prevista una segunda capa de construcción en lo que se refiere a las obras de protección?*

*DR. POSADA: Como lo afirmé ahorita en la pregunta que me hizo el doctor Rodrigo nosotros ahorita estamos contratados, yo soy interventor de un contrato que sacó la Alcaldía el año pasado que está suspendido por una medida emitida por el Tribunal.*

*DR. PABÓN: ¿Eso se refiere a la segunda parte del sector Playetas?*

*DR. POSADA: Sí.*

*DR. PABÓN: ¿Durante el contrato VAL-02-06 a usted se le preguntó, se le consultó algún tema sobre el alcance de las obras de Playetas?*

*DR. POSADA: No dentro de esa interventoría.*

*DR. PABÓN: ¿Esas obras del pedraplén se construyeron por virtud del VAL o por virtud del otro contrato?*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*DR. POSADA: Por el contrato de la Gobernación.*

*DR. PABÓN: Pero si estaban en el contrato VAL, ¿por qué las construyeron por el de la Gobernación?*

*DR. POSADA: Eso sí no lo podría yo definir, no conozco el detalle, lo que sí sé es que fue producto de una urgencia manifiesta y donde la Gobernación puso los recursos para la ejecución, dado que había un fuerte peligro de que si no se acometía esta protección costera podría parte la isla de Barú en dos y podía generar un impacto ambiental importante negativo frente a la Isla de Barú, es lo que conozco.*

*DR. PABÓN: Si entendí su respuesta estaban inicialmente previstas en el contrato VAL, ¿pero luego se construyeron en el contrato de la Gobernación?*

*DR. POSADA: Claro que sí.*

*DR. PABÓN: No tengo más preguntas.*

*DR. MARTÍNEZ: Tiene la palabra el doctor Omaña.*

*DR. OMAÑA: De acuerdo a la respuesta que acaba de dar yo quiero saber y sobre todo teniendo en cuenta que usted fue interventor tanto del VAL como del contrato de la Gobernación que menciona, si esos dos contratos eran independientes o estaban ligados en alguna forma, eran inescindibles el uno del otro o eran dos contratos independientes con cierres contables económicos independientes, con obligaciones independientes, se le rendía cuentas a dos personas independientes o si eran contratos pegados, contratos relacionados?*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*DR. POSADA: Se realizó un contrato con la Gobernación de Bolívar un contrato totalmente distinto al contrato VAL 02 el cual culminó y se liquidó, totalmente distinto simplemente lo contrató la Gobernación, los recursos se dieron por la Gobernación, se recibieron las obras por parte de la Gobernación de abril del año pasado.*

*Los recursos de este contrato los puso una parte el Distrito y una parte el Departamento de Bolívar, era fruto de un convenio y básicamente tuvo su cierre contable, o sea eso fue liquidado en junio del año pasado, creo que en julio exactamente, tuvo su cierre y se liquidó el contrato, se entregaron las obras a satisfacción y no lo preciso, pero yo creería que Valorización estuvo presente con el Alcalde de Cartagena en su momento para el recibo de esta obra y la inauguración de la misma...”.*

Pero es que además de las opiniones dadas por esos declarantes, todos técnicos expertos o, al menos, concedores de estas materias fácticas de las obras y la contratación públicas, también de documentos allegados al presente expediente, acreditan la vocación que el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ tenía desde la conformación del proceso de selección del contratista concesionario de las obras de objeto es la construcción y mejoramiento de la Vía Transversal Barú, así como en la celebración del contrato y en la posterior ejecución del mismo, tales como:

Los pliegos de condiciones, aportados al plenario en el Informe rendido por el Distrito, en la Carpeta No. 4, denominada documentos contractuales, encontramos el objeto y el alcance de la licitación, en los siguientes términos:

#### **1.1.2. OBJETO DE LA LICITACIÓN**

*Seleccionar, en igualdad de oportunidades, al proponente que ofrezca las mejores condiciones para la celebración de un “Contrato de concesión para la construcción de una Obra Pública, para el Mejoramiento de la vía*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*Transversal de Barú". La ubicación del sitio de trabajo es en la isla de Barú, 26.5 kmts., y en la parte continental, 4.5 kmts., (31.0 kmts. Aproximadamente).*

#### 1.1.3. ALCANCE DE LAS ACTIVIDADES.

*Las actividades a ejecutar están relacionadas con la "Construcción y mantenimiento de una Obra Pública con revisión del Diseño por el CONCESIONARIO, para el Mejoramiento de la vía Transversal de Barú". Este proyecto requiere contemplar las siguientes actividades para su ejecución:*

*- La revisión de los estudios y diseños de la vía según las especificaciones técnicas y los Estudios y Diseños Técnicos del acueducto Santana – Barú.*

*- Construcción de la vía (31.0 kmts. Aproximadamente) en pavimento flexible (asfalto), mas las entradas a los puertos de los tres poblados de la isla, (Ararca, Santana y Barú) 2,2 kmts aprox.*

*- La financiación del proyecto incluidos los estudios de factibilidad y los costos Administrativos del Departamento Administrativo de valorización contemplados en el cuadro de presupuesto de la obra. Los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.*

En igual sentido, en los Pliegos de Condiciones, se observa que en el ANEXO – CUADRO DE CANTIDADES Y PRECIOS (PROYECTO PRESUPUESTO MEJORAMIENTO CARRETERA DE LA ISLA BARÚ MAS CONEXIÓN HASTA ABOCOL) se estableció en los ítems No. 21 y 22 las actividades contractuales de RELLENO CON PEDRAPLEN y PEDRAPLEN PROTECTOR ZONA PLAYETAS.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Esto se confirma en el formato de corrección aritmética, diligenciado durante la etapa de evaluación de las ofertadas presentadas por los proponentes, en el cual en sus ítems No. 21 y 22 se observan las mismas actividades contractuales, obrante a folio 23 de las pruebas aportadas por la Convocante bajo el nombre de “Copia de Anexo Consorcio Vial Isla Barú 121-197.

En el Anexo No. 2 del Contrato VAL-02-06– sobre Presupuesto Modificado y Discriminado, en los numerales 21 y 22 donde se incluyen el relleno con pedraplén y el pedraplén protector de Playetas, obrante a folio 27 de las pruebas aportadas por la Convocante bajo el nombre de “Copia de Anexo Consorcio Vial Isla Barú 121-197.

En el mismo documento se hace referencia a que la entidad convocada “... *verificó el impacto fiscal del proyecto y su compatibilidad con el Marco Fiscal de mediano Plazo, encontrando que actualmente produce un impacto, por cuanto el Distrito en este momento no cuenta con capacidad de endeudamiento que permita asumir compromisos por este proyecto.*”

De igual manera, se precisó que “... *para la realización de la obra en mención, se requiere una inversión de treinta y cinco mil millones de pesos (\$35.000.000.000), de los cuales se presume una contingencia del Veinte (20%) de este valor, lo que equivale a siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000), que sería el compromiso en vigencias futuras.*”

En el interrogatorio al deponente MAYRON VERGEL ARMENTA, en su condición de representante legal de la primera interventoría del Contrato, hizo alusión a los estudios iniciales realizados a petición del Distrito, para efectos de la apertura de la licitación.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“DR. TONCEL: Aun cuando el doctor Mayron ha manifestado que sólo intervino en la fase I del proyecto, ni siquiera conoce en rigor el otrosí No. 2, no obstante voy a hacer un par de preguntas a ver si nos ilustra un poco más en relación con el problema medular de este proceso, le pregunto si es por razón de haber sido interventor en la fase inicial, la fase I si él conoció toda la extensión del área del contrato, es decir las dos partes continentales y la parte de Playetas, si él físicamente lo conoció o no, simplemente eso y dependiendo de lo que responda le formularía una pregunta siguiente.*

***DR. VERGEL: De hecho si nosotros participamos... y revisamos el proyecto inicial que entregó la Universidad al Distrito para efectos de abrir esta licitación, pues teníamos que conocer las dos partes, todas las partes del proyecto, es más la Universidad entregó una alternativa para los de Playetas y entregó una alternativa para la fase I antes de llegar a Playetas, que fue lo que yo les dije que hecha la revisión en conjunto porque eso fue en conjunto con el contratista y de nuevo el diseñador que también era la Universidad, se llegó a la conclusión que como estaba estructurado el proyecto no se podía estructurar... los estudios de suelos... tuvimos que para ponerles un ejemplo ellos hicieron apiques a tres metros en razón a la situación que encontramos al hacer los ensayos de laboratorios de suelos.”***

De lo anterior, y de acuerdo con los antecedentes de los pliegos de la licitación pública adelantada en ese entonces, es claro que existía una necesidad que satisfacer con el proceso contractual, que fue valorada en relación con el alcance y financiación del mismo, y por esa razón fueron entregadas las obras a un tercero, a través de un contrato de concesión, teniendo en cuenta, tal como se indicó con anterioridad, que dentro del contrato en estudio, se encontraba inmerso la prevalencia y satisfacción del interés general, consagrado en el artículo primera de

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

nuestra norma suprema, como principio orientador de nuestro Estado Social de Derecho, en especial, en su actividad contractual.

En relación con los demás documentos precontractuales, emitidos por el Distrito, en el marco de la Licitación Pública No. VAL-02-06, la Convocada mediante oficio No. AMC-OFI-0089213-2020 del 7 de octubre de 2020, manifestó que *“En virtud a la antigüedad del contrato de la referencia, esta entidad solo pudo encontrar en sus archivos el pliego de condiciones y la oferta presentada, los cuales sirvieron de base para adelantar el proceso a través del cual se escogió al concesionario. Adjunto pliego de condiciones y oferta presentada por el Consorcio Vial Isla Barú.”*

No obstante, es importante mencionar que de los documentos que se enuncian por parte de la convocada como aportados<sup>97</sup>, en la oferta del proponente Consorcio Vial Isla Barú, no se evidenció el anexo 2 contentivo de la cantidad de obra y presupuesto, análisis unitarios y discriminación del AUI.

De acuerdo con lo narrado en los antecedentes y las pruebas documentales aportadas por la parte demandada, se observa que el objeto contractual consistió en:

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

---

<sup>97</sup> Propuesta Concesionario Barú, Carpeta 2 contenida en la Carpeta 4, documentos contractuales, del Informe presentado por el Distrito de Cartagena.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*factibilidad y los costos administrativos y financieros durante los sesenta (60) meses de la recuperación de la inversión.*

Posteriormente, con el modificatorio No. 01, se contempló la división de la obra en tres tramos, y luego con el modificatorio No. 02, se establecieron dos tramos, uno continental y uno insular. En el primer modificatorio<sup>98</sup> se hace referencia a una condición resolutoria, como consta en el mencionado documento y en especial en el anexo # 1<sup>99</sup> (Costo a distribuir del proyecto para la construcción de la vía transversal de Barú contrato VAL -02-06) a la resolución No. 372 de 30 de diciembre de 2008, modificada por la Resolución No. 2851 de 2009, que relaciona los siguientes ítems:

***“21,0 Relleno con Pedraplen***

***22,0 Pedraplen Protector Zona Playetas – Condición Resolutoria”***

En el Acta de Avance de Obra de diciembre 13 de 2012, el Concesionario dejó constancia que el DISTRITO se encontraba adelantando las gestiones pertinentes tendientes a la obtención de la licencia ambiental requerida para que el Concesionario (CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ) pueda intervenir el sector Playetas del proyecto.

De esos documentos, y del iter contractual que recorrieron las partes hasta el año 2019, todo hacía suponer que el llamado a ejecutar las obras del pedraplén protector de Playetas sería el concesionario de esa vía, para el caso, el CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ. Incluso, cuando, con ocasión de la calamidad pública declarada por la Alcaldía de Cartagena de Indias mediante Decreto No. 0232 de 26 de febrero de 2018, la Gobernación de Bolívar fue facultada por el Distrito para contratar las obras cuyo objeto se encuentra detallado en el Convenio Interadministrativo que estos dos

---

<sup>98</sup> Visible a página 167 del Documento denominado Anexos Consorcio Vial Isla Barú 20-120.

<sup>99</sup> Página 23 del Documento denominado Anexo Consorcio Vial isla Barú 121-197, aportado por la convocante.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

entes territoriales celebraron, el Departamento de Bolívar finalmente terminó contratando al CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ que, de conformidad con lo expuesto por su representante legal, señor Menzel Amín, en el interrogatorio recibido en el plenario, defendió ante ese ente el derecho a la contratación por su condición de concesionario de las obras de construcción de la Vía Transversal de Barú.

Retornando al caso en estudio, llama la atención al panel arbitral la afirmación del representante legal del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, quien en el informe presentado a solicitud de este Tribunal, mediante Oficio AMC-OFI-0075427-2020 del 31 de agosto de 2020, manifestó:

*“... El Sector Playetas no podía haber sido incluido como una de las obras objeto del contrato VAL 02-06 por cuanto el Ministerio de Medio Ambiente, a través de la Resolución No. 1425 de 20 de Diciembre de 1996, “Por la cual se realindera el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y se Modifica su denominación”, en su parte Resolutiva expresa “(...) ARTÍCULO SEGUNDO.- A partir de la vigencia de la presente Resolución queda prohibida la realización de nuevas construcciones en las Islas e Islotes a que hace referencia el Parágrafo primero del artículo precedente.*

*ARTÍCULO TERCERO.- Dentro del área quedan prohibidas las actividades diferentes a las de conservación, educación, recreación, cultura y control, en especial las contempladas en el Decreto Ley 2811 de 1974, el Decreto 622 de 1997 y los reglamentos que para el efecto se expidan (...).”*

*A la fecha de planeación, diseño y adjudicación del contrato VAL 02-06, se encontraba vigente la referida resolución, cuya copia se adjunta, por lo cual las partes del contrato eran plenamente conscientes de que una obra en el sector objeto de litigio, estaba prohibida.*

*Esta circunstancia, aunada a la inexistencia de recursos de valorización a ese proyecto, explica por qué razón en el parágrafo primero de la cláusula*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*segunda del modificador numero 2 al contrato VAL 02-06, las partes pactaron una CONDICION SUSPENSIVA...*

*(...)*

*Por esa razón, por tratarse de una obra que podría o no incluirse, es que a la fecha de suscripción del mencionado modificador no se contaba con Presupuesto modificador, Cierre Financiero, Pólizas modificadas y aprobadas, Programa de obra detallado acorde a lo que determina el mismo...”.*

Es decir, que el DISTRITO, contrario a lo que había considerado hasta el 31 de agosto de 2020, día en que expresó concretamente, mediante el referido Oficio AMC-OFI-0075427-2020 de esa fecha, que la razón por la que consideraba que las obras de protección costera para la construcción del pedraplén de Playetas no hacían parte del Contrato de Concesión VAL 02-06, y que se señala al inicio de la cita textual que precede a este párrafo, en esta ocasión, mediante ese oficio afirma que la causa por la que el Sector Playetas no podía haber sido incluido como una de las obras objeto de dicho Contrato de Concesión no sólo es debido a la condición que entiende potestativa por la palabra “podrá”, sino que también se debe a que, al tiempo de la planeación, diseño y adjudicación del contrato VAL 02-06, se encontraba vigente la Resolución No. 1425 de 20 de Diciembre de 1996, por lo cual el Ministerio de Medio Ambiente había prohibido ese tipo de obras en el sector donde queda Playetas.

Pero es el caso que el Tribunal no encuentra, salvo lo expresado en ese Oficio AMC-OFI-0075427-2020 del 31 de agosto de 2020, otra manifestación, singularmente de las épocas en que se celebraron el Contrato de Concesión VAL 02-06 o los Modificatorios No. 1 y No. 2 del mismo, en que las partes hayan considerado la referida prohibición lo cual es, por demás, contradictorio con lo que en ese mismo oficio expone el representante legal del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, quien a renglones seguidos expresa:



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*“... Para suscribir ese convenio se consideró, entre otros, lo siguiente: “Que en el curso del Consejo extraordinario se debatió la situación del predio a intervenir, identificándose que el mismo se encuentra afectado únicamente por la construcción vial en el marco de la ejecución del contrato de Concesión VAL 02-06 suscrito entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú que se encuentra vigente, aunque su ejecución se condicionó al aporte de recursos por parte de la nación o del Distrito, situación que a la fecha no se materializó. Sin embargo, se aclara que las obras de protección costera para la defensa costera del sector Playetas no hacen parte del objeto y alcance del contrato antes descrito, aunque se dejó expresa constancia en el parágrafo 1 de la Cláusula Primera del Modificadorio No. 2 de la posibilidad de dichas adiciones; y en esta medida se certifica por el Director de Valorización Distrital la potestad de ejecutar las obras de protección en cabeza del Distrito...”*

Es decir, que como Considerandos o motivación de las decisiones de excluir la porción del trayecto insular de que trata la centralidad de este proceso arbitral, no se fundamentó como razón para no considerar que las obras de protección costera de Playetas tenían necesariamente que otorgarse al Concesionario del Contrato de Concesión VAL 02-06, en el hecho de la existencia de la Resolución No. 1425 de 20 de Diciembre de 1996 dictada por el Ministerio de Medio Ambiente, sino exclusivamente a la potestad que tenía el DISTRITO de escoger si las ampliaba para que las ejecutara el Concesionario (CONSORCIO VIAL VÍA BARÚ) o las realizaba el mismo Distrito o las adjudicaba a un tercero, gracias a la redacción de la cláusula que contenía la condición suspensiva en vista del uso de la palabra “podrá”.

En todo caso, frente a la novedosa afirmación de que al tiempo de la planeación, diseño y adjudicación del Contrato de Concesión VAL 02-06 se encontraba vigente la Resolución No. 1.425 de 20 de diciembre de 1996 dictada por el Ministerio de Medio Ambiente, viene al caso traer a colación la opinión del perito Alfredo de Jesús

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Pineda Corena, quien sobre el particular en el interrogatorio de contradicción rendida ante este Tribunal el 2 de octubre de 2020 manifestó:

*DR. TONCEL: En un informe que presentó el Alcalde de Cartagena el 31 de agosto del presente año, oficio AMC OFI 0754 del 2020, le solicito al Tribunal ponga de presente al testigo, el Alcalde manifiesta: "El sector Playetas no podía haber sido incluido como una de las obras... del contrato VAL 0206, por cuanto el Ministerio del Ambiente mediante la Resolución 1425 del 20 de diciembre/96 manifestó que a partir de la vigencia de la resolución queda prohibida la realización de nuevas construcciones." La pregunta concreta es si luego este tema que habla del Alcalde en el año 96 fue analizado y aclarado en el modificatorio No. 2?*

*SR. PINEDA: El proceso de realinderamiento de la zona insular, inicialmente el ANLA tenía únicamente como zona de Los Corales e Islas del Rosario; el realinderamiento se debió a que se incluyó en la zona de las... de San Bernardo, entonces hay un tema que no se menciona y es en el realinderamiento se amplía el sector de protección y se prohíben expresamente, no sé si me permiten mostrarlo... donde dice que el alinderamiento es ese que les acabo de mencionar y que queda... la construcción en las zonas territoriales de la Isla del Rosario y la Isla del Tesoro, construcciones territoriales y en la zona de San Bernardo que son las construcciones en las áreas territoriales de la Isla... la zona de Playetas no está incluida en ese... o prohibición de construcciones porque eso es lo que yo le contestaría en esa etapa.*

*DR. TONCEL: ¿Quiere decir que la afirmación que hace el Alcalde en forma tajante que acabo de leer no corresponde con la realidad objetiva y permisiva que se dio para la construcción de esa obra?*

*DR. PABÓN: Señor presidente, con todo respeto, el testimonio que debe rendir es sobre su dictamen pericial y sobre su idoneidad, no pueden hacersele preguntas como si fuera un testigo, en ese sentido yo pediría que*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*el interrogatorio se encarrile única y exclusivamente a la controversia sobre el dictamen pericial y no sobre hechos porque él no puede declarar como testigo en este Tribunal.*

*DR. MARTÍNEZ: Sí señor ha lugar.*

*DR. TONCEL: Presidente para no tramitar objeciones recompongo la pregunta, uno yo no estoy preguntando sobre hechos, estoy preguntando sobre el dictamen pericial donde el perito dice expresamente y lo acaba de ratificar que el sector Playetas sí hace parte del contrato VAL 0206 y el Alcalde dice lo contrario, entonces esa era la razón la cual yo le solicitaba que me explicara por qué él dice lo uno, ya lo explicó, pero aquí se dijo que ese sector no tenía posibilidad de ser construida, la pregunta es esa si ese sector tenía sí o no posibilidades de ser construida, si tuvo o no tuvo licencia y eso ahí puede hacer parte del dictamen pericial, esa es la pregunta.*

*DR. MARTÍNEZ: Entonces se excluye de la pregunta la parte en que debe conceptuar sobre la respuesta del Alcalde y solamente remitirse a que hace o no hace parte del contrato que nos... y por qué, adelante señor perito.*

*SR. PINEDA: ...que en el Artículo 1 que se refiere al ordenamiento de la zona de los... en Rosario y San Bernardo no se encuentra en ningún punto la prohibición de una construcción en la zona de Playetas que es el tema que nos está ocupando en este momento, no sé qué más podría yo agregar.*

Pero es que, si en todo caso existía tal prohibición sobre Playetas al tiempo de la planeación, diseño y adjudicación del Contrato de Concesión VAL 02-06, lo que es factible en la medida que en la Licencia Ambiental otorgada por el ANLA para el proyecto así se indica, pero no por medio de la referida Resolución No. 1.425 de 20 de diciembre de 1996 del Ministerio de Medio Ambiente, como instrumento jurídico citado como fundamento de la posición del DISTRITO la que sustentaría la ya mencionada y alegada libertad de escoger con quién contratar las obras a las que nos venimos refiriendo; en todo caso, decíamos, de existir una norma con vigor

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

prohibitivo, como la últimamente mencionada para emprender obras en el sector de Playetas al tiempo de la planeación, diseño y adjudicación del Contrato de Concesión VAL 02-06, como la últimamente mencionada, ello no sería óbice para impedir que se incluyeran las obras a ejecutar en el futuro incierto pero posible en el sector Playetas, pues eran indispensables para permitir y arribar al transporte regular de personas, vehículos y cosas a la Unidad Comunera de Barú poblado, corregimiento que está ubicado al final de la península de Barú, y en donde desarrolla su existencia vital una comunidad raizal, auto reconocida como afrodescendientes, con representatividad mediante un Consejo Comunitario, lo cual es un hecho notorio en la ciudad, pero que también aparece mencionado en varias pruebas en este expediente<sup>100</sup>.

La lógica del negocio jurídico recogido por las partes en el Contrato de Concesión VAL 02-06, indicaba que era indispensable incluir las obras del sector Playetas para concluir los 31 kilómetros que se pactaron para la construcción de la Vía Transversal de Barú; no habría tenido sentido que no se contemplara esa posibilidad dentro de ese contrato de concesión por las razones ya expuestas. Pero es que, además, al no contar con licencia ambiental por la especial protección que tenía y tiene ese sector de la isla de Barú, someter a condición, primero resolutive y, después, a suspensiva la posibilidad de intervenir Playetas, no carece de sentido para el caso concreto, habida cuenta de las realidades que rodearon las vicisitudes de ese proyecto. De hecho, haber excluido el sector de Playetas del Contrato de Concesión VAL 02-06, habría tenido menos sentido o lógica regular si lo que se requería era garantizar la pronta comunicación de la población del corregimiento de Barú con la ciudad, lo que a todas luces era un propósito deseable no sólo para las autoridades de la ciudad, sino del interés nacional y departamental, como luego se comprobó por la fuerza de los hechos, con la declaratoria de calamidad pública de la que ya nos hemos ocupado en acápite anterior.

---

<sup>100</sup> Documento denominado Anexo 6 – licencia ambiental playetas. De igual manera, en el Informe del Distrito. Carpeta 3. Actas. Documento denominado “Acta de reanudación construcción No.2\_30\_11\_2011”

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Por lo expuesto, no puede ser de recibo para los árbitros de este Tribunal, la novedosa alegación contenida en el Oficio AMC-OFI-0075427-2020 del 31 de agosto de 2020 expedido por el alcalde de Cartagena de Indias, en cuanto a que las obras de protección costera para la construcción del pedraplén de Playetas no hacían parte del Contrato de Concesión VAL 02-06 porque no podían haber sido incluidas como de las obras objeto de dicho contrato debido a que, al tiempo de la planeación, diseño y adjudicación del Contrato de Concesión VAL 02-06, se encontraba vigente la Resolución No. 1.425 de 20 de diciembre de 1996, por lo cual el Ministerio de Medio Ambiente había prohibido ese tipo de obras en el sector donde queda Playetas. Sobre este tópico el Tribunal considera que, como se ha analizado anteriormente, es deber de los juzgadores desentrañar las motivaciones o causas de las decisiones y actos que tienen efectos jurídicos entre el Estado y los administrados como con sus contratistas, pero desde la perspectiva histórica que surja del material probatorio y de la interpretación del juez de conocimiento en un caso concreto.

En tal sentido, no tendría discernimiento que se considerara como razón para no haber contemplado la inclusión de las obras del pedraplén protector de Playetas dentro del Contrato de Concesión VAL 02-06, una tesis esgrimida trece o catorce años después de celebrado el contrato, así como también después de que se contaba con la referida licencia, pero ya no como se visionó en los documentos revisados por los árbitros, producidos en los primeros años de ejecución del contrato de concesión, esto es, por el Ministerio de Medio Ambiente, pues fue expedida finalmente por la Autoridad Nacional de Licencia Ambientales (ANLA), mediante Resolución 1.531 del 13 de diciembre de 2016, esto es, antes de la declaratoria de calamidad pública dictada mediante el Decreto 0232 del 28 de febrero de 2018 emanado del alcalde de Cartagena de Indias y, consecuentemente, tanto de la celebración del Convenio de Cooperación celebrado entre el Distrito de Cartagena y el Departamento de Bolívar, y del Contrato de Obra Pública No. 2.308 del 23 de

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

marzo de 2018, suscrito entre el Departamento de Bolívar y el Consorcio Vial Isla Barú.

En ese mismo sentido, considerar, con una visión de la época en la que nos encontramos, que no se podía incluir al sector de Playetas dentro del Contrato de Concesión VAL 02-06 por el hecho de que en aquella época hacía parte del Parque Natural Nacional Islas del Rosario significaría que las partes declinaban de realizar o desplegar las gestiones y trámites necesarios para lograr colmar los requisitos que impusieran las autoridades nacionales competentes sobre ese Parque Natural, con el fin de satisfacer las exigencias ambientales que garantizaran la construcción de una vía sobre Playetas, que pudiera comunicar al poblado de Barú con la ciudad y viceversa que, a no dudarlo, era un bien deseable y posible.

#### **DEL PASO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA A LA SUSPENSIVA EN EL MODIFICATORIO NO. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06**

El panel arbitral considera pertinente analizar el cambio consistente en que en el Modificadorio No. 1 del Contrato de Concesión VAL-02-06 se pactó una condición resolutoria en relación con el Tramo Dos del sector Playetas, mediante la cual el Concesionario renunciaba a ejecutarlo sin derecho a indemnización, si al terminar el plazo de construcción del Tramo Uno y del Tramo Tres no se habían obtenido los recursos para acometerlo y la correspondiente licencia ambiental. Posteriormente, al suscribir el Modificadorio No. 2 se pactó una condición suspensiva, para el mismo sector de Playetas, Tramo Dos, relacionada con la consecución de la licencia ambiental, la autorización o aprobación de unos estudios y los recursos.

Una vez analizadas las pruebas documentales contenidas en los Modificatorios Nos 1 y 2 del Contrato bajo estudio, podemos observar que el espíritu y voluntad declarada de las partes supuso una clara decisión de variar la naturaleza de la condición, al pasar de una Resolutoria a una suspensiva y, por supuesto, sus efectos. Por lo tanto, para el Tribunal era diáfana la intención del Concedente de que el Concesionario pudiese continuar con las obras de protección del sector

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

Playetas si se cumplían las hipótesis pactadas dentro de la nueva condición, en este caso, suspensivas.

#### **SOBRE LAS PRETENSIONES DE CONDENA**

Luego de haber analizado y estudiado todas las pruebas allegadas en las debidas oportunidades de ley en el decurso del proceso, en relación con la Primera Pretensión de Condena el Tribunal la denegará por cuanto observa que la misma resulta improcedente teniendo en cuenta que se encuentra vinculada con la Segunda Pretensión de Condena (3.2.2.) que fue objeto de exclusión del conocimiento de este panel arbitral, tal como se decidió en el Auto de declaratoria de competencia dictado en la primera audiencia de trámite el 3 de julio de 2020, y atendiendo los límites previstos en el artículo 281 del Código General del Proceso.

En efecto, señala el artículo antes citado, en lo pertinente, lo siguiente:

*“**CONGRUENCIAS.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.*

*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.*

*(...).”*

Del mandato normativo antes citado, el Tribunal encuentra que la parte Convocante ni alegó los hechos de fundamento a la pretensión de condena que se estudia, ni probó las circunstancias probatorias, fácticas, jurídicas y/o contractuales para la prosperidad de su pretensión.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

La denegación de la referida pretensión primera de condena se funda, además, en lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso, que reza, en lo pertinente:

*“CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”*

De igual manera, se despachará desfavorablemente esta pretensión primera de condena debido a que podría generar una pronunciamiento ultra o extra petita, lo que conllevaría a un desbordamiento de la competencia del Tribunal, conforme con las exclusiones fijadas en el Auto No. 16 de julio 3 de 2020 antes citado.

Además de las consideraciones anteriores, considera el panel arbitral, que tampoco resulta procedente acceder a la Primera Pretensión de Condena (3.2.1.) formulada en la demanda arbitral, como quiera que las mismas se circunscribían específicamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la condición suspensiva, más no a otro tipo de medidas o reparaciones que pudiesen derivarse, en tanto que lo pedido en esta pretensión de condena conllevaría a una reparación a favor de la Convocante, no solicitada por esta, acorde con las normas jurídicas antes expuestas.

### **CAPÍTULO TERCERO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Concluidas las consideraciones sobre el objeto del proceso, procede el Tribunal a pronunciarse sobre la solicitud de condena en costas presentada por el Consorcio Vial Isla Barú en la demanda arbitral, en el numeral 3.2.3. de las pretensiones de la demanda, donde pidió *“Que se condena en costas, incluyendo agencias en derecho al DISTRITO DE CARTAGENA”*

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, aplicable al presente proceso, señala lo siguiente:

*“Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya*



## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

**“Condena en costas.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*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.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción”.*

Teniendo en cuenta el mandato normativo antes transcrito y que de las cuatro pretensiones, entre declarativas y de condena, que el Tribunal reconoció como el marco y objeto de la competencia fijada para desatar el presente conflicto, con este Laudo, solo concederá dos pretensiones declarativas y una de condena, de acuerdo con la actividad probatoria desplegada por la parte Convocante y del análisis del acervo probatorio que hizo el presente panel. Atendiendo a la proporcionalidad señalada por el legislador frente a estas circunstancias, estos hechos objetivos antes mencionados, le permiten al Tribunal arribar a que solamente se reconocerá lo equivalente al 62.5% de la totalidad de los costos que constituirían las costas del presente proceso arbitral.

En ese orden de ideas, como se encuentran acreditados los gastos en la suma de \$1.512.419.799,00, correspondiéndole a cada parte la mitad de estos conforme con lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, es decir, \$756.209.899,00, respecto de esta última cifra se condenará en costas por el 62.5% de ese valor, que corresponde a la suma de \$472.631.187,00, que deberá cancelar el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a favor de la parte Convocante, conforme con lo ordenado en la parte dispositiva del presente Laudo.

En consonancia con lo expuesto, el panel arbitral no incluye dentro del cálculo anterior, el 50% que le correspondía consignar a la Convocada para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento pactado entre las partes en el Contrato de Concesión VAL 02-06, pagado en la oportunidad procesal correspondiente por la Convocante, pues ya fue materia de certificación requerida por ésta de acuerdo con lo previsto en las normas que regulan la materia.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

A su vez, el inciso 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, sobre la liquidación de las costas y agencias en derecho, dispone:

*(...)4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)*

En consonancia con lo dispuesto en el artículo anterior, resulta necesario remitirnos al artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que, en relación con las tarifas de agencias en derecho de los procesos de única instancia, dispone un honorario máximo de 8 salarios mínimos mensuales.

Con base en lo anterior, considera el presente Tribunal que es procedente condenar en costas a la parte demandada, quien resultó vencida, teniendo en cuenta la prosperidad parcial de las pretensiones de la convocante, sumado al hecho que el expediente procesal revela con claridad que la formulación de la demanda y el desarrollo del iter-procesal implicó múltiples costos para la parte convocante.

Además, es importante anotar que la no prosperidad parcial de la demanda, no se debe a la probanza de alguna excepción formulada por la accionada que enerve alguno de los pedimentos concedidos al accionante, sino a aspectos relacionados con los presupuestos de procedencia normativos y jurisprudenciales analizados y desarrollados por el mismo Tribunal.

Así las cosas, por concepto de agencias en derecho, se reconocerá una suma equivalente a ocho (8) salarios mínimos mensuales que suman \$7'268.208 a favor

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

de la parte convocante y a cargo de la convocada, de acuerdo con lo consagrado en el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura antes citado.

Aparece prueba del pago de gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento, por la suma de \$ 1.512.419.799, de lo fijado por el Tribunal en Auto No. 13 del 22 de mayo de 2020, de los cuales correspondía pagar a la Convocada la mitad, salvo que al tiempo de la emisión y ejecutoria de este laudo la parte Convocada haya cancelado lo debido a la Convocante, tal como se dispondrá en la parte resolutive.

De la cuenta de gastos queda un remanente en cuantía \$17'120.467, suma que deberá devolverse al convocante quien aportó los fondos para gastos y que generaron esos rendimientos previa deducción del gravamen al movimiento financiero correspondiente a esa suma.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral encuentra como gastos generales del procedimiento la suma de:

<b>CONCEPTO</b>	<b>VALOR</b>
Costos del Tribunal incluida retenciones	\$1.512.419.799
<b>TOTAL:</b>	<b>\$1'512.419.799</b>

Por Agencias en Derecho

<b>CONCEPTO</b>	<b>VALOR</b>
Agencias en Derecho	\$7'268.208
<b>TOTAL:</b>	<b>\$7'268.208</b>

En razón a lo anterior, se condenará a pagar la suma total de **CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL**

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

---

**TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$479.899.395)**, por concepto de costas y agencias en derecho a favor de la convocante por parte de la Convocada, Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias-.

### **CAPÍTULO CUARTO: DECISIÓN**

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 las obras del Pedraplén protector de “Playetas”, comprendido entre las abscisas K17+900 al K19+300 en Cartagena de Indias, se encuentran dentro del alcance físico del objeto del Contrato de Concesión VAL-02-06 celebrado entre el **CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ y EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Declarar que el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL** incumplió parcialmente el Contrato de Concesión VAL-02-06, de acuerdo con los argumentos expuestos en la presente providencia.

**TERCERO:** Condenar en costas y agencias en derecho al **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, por la suma de **CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$479.899.395)**, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL**

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda corregida interpuesta por la parte convocante, de acuerdo con los argumentos expuestos en la presente providencia.

**QUINTO:** Expedir copias del presente Laudo Arbitral a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las respectivas constancias de ley.

**SEXTO:** Disponer que en firme esta providencia, el expediente virtual se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**




**RODRIGO VICENTE MARTÍNEZ TORRES**  
**Árbitro Presidente**



**NICOLAS PAREJA BERMUDEZ**

**Árbitro**



**NESTOR DAVID OSORIO MORENO**

**Árbitro**



**LILIANA BUSTILLO ARRIETA**  
**SECRETARIA DEL TRIBUNAL**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES</b>	<b>1</b>
1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA	1
2. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL	4
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	5
4. EXTEMPORANEIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	8
5. OPORTUNIDAD DE CONCILIACION, FIJACIÓN Y PAGO DE LOS GASTOS Y HONORARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	8
6. DE LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	10
8. DEL DECRETO DE PRUEBAS EN EL PROCESO ARBITRAL	12
9. ETAPA PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL, SU DESARROLLO Y CULMINACIÓN	15
10. AUDIENCIA DE CIERRE DE LA ETAPA INSTRUCTIVA	19
11. AUDIENCIA DE ALEGACIONES	19
12. AUDIENCIA DE LAUDO	19
13. SOLICITUD DE LA CONVOCADA PARA INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO	20
14. TEMPORALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL	22
15. MEDIDA CAUTELAR	23
16. CONTROL DE LEGALIDAD	25
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</b>	<b>25</b>
ASPECTOS PRELIMINARES	25
1. PRESUPUESTOS PROCESALES	25
2. DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SUS EFECTOS	33
3. DE LA TACHA DE TESTIGO	34
ANTECEDENTES Y ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06 DE 200636	
PLANTEAMIENTO JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDANTE	43

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

### CONSORCIO VIAL ISLA BARÚ CONTRA DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACION DISTRITAL

---

PRUEBAS PRACTICADAS EN LA ETAPA PROBATORIA PARA EL ANÁLISIS DE LA CONDICIÓN PACTADA EN EL MODIFICATORIO No. 2	49
DOCUMENTOS CONTRACTUALES QUE SON RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE LA CONDICIÓN PACTADA POR LAS PARTES	54
VALORACIÓN DE PRUEBAS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS SOBRE LAS OBRAS DEL PEDRAPLEN PROTECTOR PLAYETAS	59
DICTÁMENES PERICIALES	74
ALEGATOS DE CONCLUSION	86
CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	90
CONSIDERACIONES DEL LAUDO Y ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA	91
PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL	94
GRADUACIÓN Y CRITERIOS ESPECIFICOS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL	101
APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN	106
A LA CUESTIÓN LITIGIOSA	106
ALCANCE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EFECTOS DEL MODIFICATORIO No. 2	113
EL DECRETO DE EMERGENCIA POR CALAMIDAD PÚBLICA EN RELACION CON EL TRAMO SECTOR PLAYETAS SECTOR MOHAN K17 +955 y K19+650	117
DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA PACTADA ENTRE LAS PARTES	128
DETERMINACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONDICIONES DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA	150
DEL PASO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA A LA SUSPENSIVA EN EL MODIFICATORIO NO. 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VAL-02-06	182
SOBRE LAS PRETENSIONES DE CONDENAS	183
<b><i>CAPÍTULO TERCERO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO</i></b>	<b>184</b>
<b><i>CAPÍTULO CUARTO: DECISIÓN</i></b>	<b>189</b>