

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE GAM CONSTRUCCIONES S.A.S
CON DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

FECHA DE LAUDO: 24 de octubre de 2018

PARTE CONVOCANTE: GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE CARTAGENA

FECHA LAUDO: 24 de octubre de 2018

ÁRBITRO (S): WILSON TONCEL, MARIA PATRICIA PORRAS Y NICOLAS PAREJA BERMÚDEZ

SECRETARIO (A): MONICA SAFAR

TEMAS: Contrato de concesión, liquidación del contrato de concesión, obras adicionales, mayores obras dentro del contrato.

RESUMEN TEMÁTICO: El contrato de concesión dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y en especial para las normas que rigen la contratación del Estado, lo estatuyen como uno de naturaleza autónoma al contrato de obra pública, con características plenamente diferenciables y del cual puede manifestarse en tres variables: (i) como un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

En el asunto objeto de estudio, el cual se origina en el mencionado contrato de concesión previamente definido, el Tribunal decide acerca de (i) la liquidación del contrato suscrito entre las partes y como consecuencia de ello, los saldos que en su favor reclama la convocante sobre la convocada, tales como (ii) el valor pendiente de recaudar por concepto de contribución por valorización, (iii) el valor equivalente a los errores de concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “*Garantía de ingreso por valorización*”; (iv) la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, y; (v) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.

En ese orden respecto de (i) **la liquidación del contrato de concesión**, el tribunal señaló que en contratos como en el de objeto de estudio, *una vez terminada la relación jurídico vinculante entre las partes contratantes procede su liquidación, o sea desarrollar el procedimiento en virtud del cual las partes cruzan cuentas respecto a sus obligaciones para determinar si pueden declararse, en todo o en parte, mutuamente a paz y salvo, o precisar en la liquidación si existen obligaciones por cumplir y acordar formas de cumplimiento, extremo de la litis sobre el que no hay controversia* pues no se observa de las pruebas allegadas al expediente, acreditación alguna de liquidación hecha de mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

Ahora bien frente a (ii) **el valor pendiente de recaudar por concepto de contribución por valorización** exigido por la sociedad convocante, el Tribunal indicó que los contratos de obra pública y de concesión de obra pública vienen definidos en el citado Estatuto como “*los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la*

adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. En ese sentido, al ser esta pretensión una de las obligaciones a las que llegaron las partes dentro del contrato de concesión de obra pública, es de reconocerse que se trata de un pedimento objetivo por así haberse acordado en el contrato, lo que encontramos ajustado a derecho por ser aquel un contrato de concesión de los de primera generación donde casi todo el riesgo del recaudo de la contribución de valorización se trasladaba a la entidad concedente, cuyo reconocimiento sólo depende de lo probado en ese sentido, lo que en efecto así lo encuentra acreditado el Tribunal y lo declarará impartiendo las órdenes de pago de rigor.

Pues bien, respecto de (iii) **el valor equivalente a los errores de concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5%**, el Tribunal tuvo en cuenta lo dicho en *Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 proferido dentro del proceso arbitral promovido por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, aportado al proceso como prueba documental anexa a la demanda, motivo por el cual, dado la identidad de partes y de pretensiones, considera este Tribunal relevante traer a colación sus consideraciones al respecto: El acto administrativo distribuidor de la contribución por valorización en el Contrato de VAL 01–05, fue la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), y el análisis de si hubo o no errores en dicho acto que implicaren disminución del total esperado por el contratista con el recaudo de las contribuciones individuales de los titulares de los predios, es un aspecto objetivo que no requiere mayores soportes analíticos, salvo lo concerniente a la falta de planeación previa del contrato, que por ser ello del resorte del contratante, es responsabilidad de la entidad la consecuencia de ello”.*

Otro aspecto a dilucidar, refiere a (iv) **la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto**, para ello el Tribunal consideró necesario analizar si la construcción de una corona de terraplén con material seleccionado e=30 cm dentro del contrato de marras constituía una obra adicional, o por el contrario una mayor cantidad de obra y para ello se trajo a colación lo dicho por el Consejo de Estado, quien diferenció entre ambas figuras y aseveró que mientras la mayor cantidad de obra se entiende como ejecución de mayores cantidades de unos ítems contemplados en el contrato, mientras que las obras adicionales hacen referencias a aquellas obras carentes de consagración en el contrato y sobre las cuales es necesario establecer nuevos precios unitarios. A raíz de lo anterior se estableció que la elaboración de una corona de terraplén diferente al inicialmente presupuestado, constituyó una obra adicional. Sin embargo para el caso bajo estudio, no se acreditó pro parte de la convocante, de que la entidad convocada hubiese acordado con el contratista la ejecución de obras diferentes a las pactadas en el contrato a través de un contrato adicional, ni tampoco se encuentra dentro de las causales establecidas en la jurisprudencia, para el reconocimiento excepcional de actividades catalogadas dentro de la *actio in rem verso* pues no se prueba, ni el constreñimiento por parte de la entidad contratante, ni la urgencia en la ejecución de la obra en aras de preservar la salud o la vida que imposibilitara la suscripción del contrato adicional, ni mucho menos que se tratara de una situación ante la cual debiera declararse la urgencia manifiesta.

Finalmente, frente al último aspecto a considerar dentro del objeto de estudio, esto es, **(v) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia**, señaló el Tribunal que en atención a la aplicación de los artículos 13 y 23 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 1603 del Código Civil, *según los cuales las partes de un contrato deben obrar de buena fe en sus relaciones contractuales, incluido el deber de colaboración que éstas deben brindarse reciprocamente; así mismo, en atención al deber del juzgador de interpretar, calificar e integrar los contratos materia de valoración procesal*. Consideró relevante lo dicho por el Consejo de Estado, en cuanto a la interpretación, calificación e integración de los contratos. En ese orden de ideas, , atendiendo el principio de la buena fe, singularizado también en el deber de colaboración que se espera de la partes de un contrato, así como la necesidad de integrar el negocio jurídico en el estudio del presente proceso, encuentra el Tribunal que aun cuando en el Contrato VAL 001 – 05 no se estipuló que el contratista debía encargarse de la atención de procesos tales como el de consulta previa a las comunidades vecinas al Proyecto objeto del referido contrato, es evidente que la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena ordenó al Distrito realizar en las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tal trámite con carácter imperativo, de tal manera que no era posible sustraerse a la orden librada por la autoridad jurisdiccional, lo cual se constituyó en un deber obligatorio para darle continuidad regular al proyecto. Así las cosas, para este Panel Arbitral están probados tanto la existencia del contrato en mención como el gasto por éste generado y el pago final del valor o precio del mismo, valores que deberán ser reconocidos y pagados según las tasas de mora y cálculos acreditados mediante peritaje.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS: Ley 105 de 1993 artículo 30 Ley 80 de 1993 artículos 32, 60, ; Ley 1437 de 2011 artículos 164; Ley 1150 de 2007 artículos 11, 32 ;Código Civil artículos 1494, 1602, 1618 y siguientes, Ley 1682 de 2013; Ley 1882 de 2018

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010
- Corte Constitucional, Sentencia C-086/16
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001, Exp. 5507.
- Consejo de Estado, Sentencia de 26 de febrero de 2015
- Consejo de Estado, Sentencia de 7 de diciembre de 2017
- Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2017
- Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996
- Corte Constitucional, sentencia C-711 de 1996.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de 9 de 2004, Exp. 27.921, y sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10.217.
- Corte Constitucional, Sentencia C-068 de 2009.
- Corte suprema de justicia, Sala de Csación Civil sentencia oct. 29/2007, Exp. 05038-01
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 13 de Noviembre de 2013, Exp. 23829.

DOCTRINA:

- JORGE PEYRANO, "Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 13. Santa Fe, Rubinzal, 1997
- ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.
- JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral "El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos", Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 58-60.
- FRANÇOIS BLANCHARD, *Lire le Droit: langue, texte et cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 227
- FRANCO MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padua, Cedam, 1998, p. 63.

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE GAM CONSTRUCCIONES S.A.S CON DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

LAUDO ARBITRAL

Cartagena, D. T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y en lo pertinente, las consagradas en el Código General del Proceso, para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señalada para llevar a cabo la audiencia de laudo en la que se da lectura a la parte resolutive de este, los Señores Árbitros profieren en derecho el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.**, y el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** con ocasión del Contrato de Concesión VAL 001-05 de 2 de septiembre de 2005, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

El 3 de agosto de 2017, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, a través de apoderada, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral¹⁵⁷.

1.2. EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral del presente trámite se encuentra en la cláusula trigésima quinta del contrato VAL 001-05 de 2 de septiembre de 2005, del que actualmente son parte el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias y GAM Construcciones S.A.S., en los siguientes términos:

“Agotados los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, sin llegarse a acuerdos, las partes podrán someter las diferencias existentes en relación con el presente contrato por razones de su celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento prevista (sic) en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo previsto en el Código de Comercio, y su sede será la ciudad de Cartagena. El Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, abogados titulados designados de común acuerdo entre las partes, y en su defecto por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, a petición de la cualquiera de las partes”.

1.3. TRÁMITE INICIAL.

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte de la apoderada de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., se surtió el trámite ordenado en la ley de la siguiente forma:

1.3.1. Nombramiento del Tribunal.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena mediante comunicación de 4 de agosto de 2017, procedió a citar a las partes, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, a audiencia de designación de árbitros iniciada el día 10 de agosto de 2017, suspendida y reanudada el día 27 de enero de 2017, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula compromisoria transcrita¹⁵⁸. Dicha audiencia fue aplazada a solicitud de la parte convocante para el día 22 de agosto de 2017, lo cual se informó a todos los destinatarios mediante correo electrónico de 15 de agosto de 2017¹⁵⁹.

El día 22 de agosto de 2017, se dio inicio a la audiencia de designación de árbitros, siendo suspendida la misma a solicitud del representante del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (en adelante El

¹⁵⁷ Folios 1 a 35, Cuaderno Principal.

¹⁵⁸ Folios 36 a 77, Cuaderno Principal.

¹⁵⁹ Folios 77 a 105, Cuaderno Principal.

Distrito), para ser reanudada el día 23 de agosto de 2017, en la cual las partes de común acuerdo designaron a los doctores WILSON TONCEL GAVIRIA, MARÍA PATRICIA PORRAS y NICOLÁS PAREA BERMÚDEZ, designación que fue notificada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena mediante comunicaciones remitidas el 23 de agosto de 2017¹⁶⁰.

Mediante comunicación de 25 de agosto de 2017, el doctor WILSON TONCEL GAVIRIA aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶¹.

Mediante comunicación de 29 de agosto de 2017, el doctor NICOLÁS PAREJA BERMÚDEZ aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶².

Mediante comunicación de 29 de agosto de 2017, la doctora MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶³.

El 1 de septiembre 2017, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena remitió a las partes y al Ministerio Público las comunicaciones de aceptación y el diligenciamiento de los deberes de información de los árbitros, sin recibirse pronunciamiento al respecto¹⁶⁴.

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

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante comunicaciones remitidas el 15 de septiembre de 2017, citó a las partes, al Ministerio Público, a los Árbitros y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el día 17 de octubre de 2017, previo aplazamiento decretado a solicitud de la parte Convocante¹⁶⁵.

En dicha audiencia, mediante Auto N° 01, se resolvió declarar legalmente instalado el tribunal, nombrar al doctor WILSON TONCEL GAVIRIA como presidente del Tribunal de Arbitramento y como secretaria a la doctora ERICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA, fijar el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias D. T. y C como sede del Tribunal, y reconocer personería al apoderado de la parte convocada.

¹⁶⁰ Folios 108 a 127, Cuaderno Principal.

¹⁶¹ Folios 128 a 131, Cuaderno Principal.

¹⁶² Folios 132 a 138, Cuaderno Principal.

¹⁶³ Folios 139 a 141, Cuaderno Principal

¹⁶⁴ Folios 142 a 144, Cuaderno Principal

¹⁶⁵ Folios 145 a 188, Cuaderno Principal.

Igualmente, mediante Auto N° 02 proferido en igual fecha, se procedió a inadmitir la demanda por ausencia de presentación personal en el poder otorgado a la apoderada de la parte Convocante, confiriendo el término legal de cinco días para la correspondiente subsanación¹⁶⁶.

Mediante escrito de 20 de octubre de 2017, la parte Convocante presentó subsanación de la demanda¹⁶⁷.

El día 24 de octubre de 2017, dentro del término legal para el efecto, la doctora ÉRICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA aceptó la designación efectuada como Secretaria del Tribunal que le fuera informada mediante correo electrónico de 17 de octubre de 2017 por el Centro de Arbitraje y Conciliación, tomando posesión del cargo ante el Presidente del Tribunal el día 7 de noviembre de 2017¹⁶⁸.

Mediante Auto N° 03 de 8 de noviembre de 2017 se admitió la demanda¹⁶⁹, corriéndose traslado de la misma a la parte convocada el 14 de noviembre de 2017¹⁷⁰.

Entre los días 15 de noviembre y 20 de diciembre de 2017, ambas fechas inclusive, se suspendieron los términos en aplicación del artículo 612 del Código General del Proceso.

El término de traslado de la demanda arbitral corrió desde el 21 de diciembre de 2017 al 22 de enero de 2018, ambas fechas inclusive.

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

El 22 de enero de 2018, dentro del término legal para el efecto, el apoderado del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS presentó escrito de contestación de la demanda y excepciones de mérito¹⁷¹, del cual se corrió traslado a la parte convocante el 24 de enero de 2018¹⁷².

El 30 de enero de 2018, dentro del término legal, la apoderada de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. presentó pronunciamiento sobre las excepciones presentadas con la contestación de la demanda¹⁷³.

¹⁶⁶ Folios 189 a 194, Cuaderno Principal.

¹⁶⁷ Folios 195 a 197, Cuaderno Principal.

¹⁶⁸ Folios 198 a 213, Cuaderno Principal.

¹⁶⁹ Folios 214 a 221, Cuaderno Principal.

¹⁷⁰ Folios 228 y 229, Cuaderno Principal.

¹⁷¹ Folios 230 a 262, Cuaderno Principal.

¹⁷² Folios 263 a 269, Cuaderno Principal.

¹⁷³ Folios 270 a 276, Cuaderno Principal

El día 1 de febrero de 2018, la doctora ÉRICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA presentó al Tribunal de Arbitramento renuncia a su cargo de Secretaria, por motivos estrictamente personales que le impedían continuar con la gestión encomendada¹⁷⁴. Renuncia aceptada por el Tribunal de Arbitramento el día 19 de febrero de 2018, procediendo a designar como secretaria a la doctora MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ¹⁷⁵, quien, a su vez, aceptó la designación el día 27 de febrero de 2017¹⁷⁶.

Surtido el trámite relativo al deber de información consagrado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, no se presentaron observaciones sobre el nombramiento y aceptación de la secretaria¹⁷⁷, motivo por el cual el 12 de marzo de 2018 la doctora MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ tomó posesión del cargo de secretaria ante el Presidente del Tribunal¹⁷⁸.

1.3.4. Audiencia de Conciliación.

Mediante notificación por estado remitida a las partes y al Ministerio Público, el 15 de marzo de 2018, se informó del contenido del Auto N° 04 de 13 de marzo de 2018, por medio del cual se reconoció personería jurídica al apoderado de la parte Convocada y se citó a las partes a audiencia de conciliación, y en caso de que ésta fracasara, fijación de gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento, el día 23 de marzo de 2018¹⁷⁹.

Mediante escrito radicado el 21 de marzo de 2018, el apoderado del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, solicitó al Tribunal aplazamiento de la audiencia de conciliación, en atención a que el caso no alcanzó a programarse para estudio por parte del Comité de Conciliación de la entidad¹⁸⁰.

Mediante oficios 001¹⁸¹ y 002¹⁸² de 22 de marzo de 2018, la Secretaria del Tribunal citó a los representantes legales de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, respectivamente, a la audiencia de conciliación calendada mediante Auto No. 04.

Mediante Auto N° 05 de 23 de marzo de 2018 notificado en estrados, el Tribunal aceptó la solicitud formulada por el Distrito y citó a los representantes legales de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y del DISTRITO TURÍSTICO Y

¹⁷⁴ Folio 277, Cuaderno Principal.

¹⁷⁵ Folios 279 y 280, Cuaderno Principal.

¹⁷⁶ Folios 281 a 284, Cuaderno Principal.

¹⁷⁷ Folios 285 a 291, Cuaderno Principal.

¹⁷⁸ Folio 292, Cuaderno Principal.

¹⁷⁹ Folios 293 a 298, Cuaderno Principal.

¹⁸⁰ Folios 303 a 305, Cuaderno Principal.

¹⁸¹ Folios 299 y 300, Cuaderno Principal.

¹⁸² Folios 301 y 302, Cuaderno Principal.

CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y a sus apoderados, así como al Ministerio Público, a audiencia de conciliación el 16 de abril de 2018¹⁸³, por lo que se citó a las partes mediante oficios 003¹⁸⁴ y 004¹⁸⁵ de abril 11 de 2018, y al Procurador Judicial II Administrativo 21 mediante correo electrónico de fecha 13 de abril de 2018¹⁸⁶.

Mediante Auto N° 06 de 16 de abril de 2018, se declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación y con ello agotado el trámite inicial en este proceso, y se ordenó continuar con el trámite legal¹⁸⁷.

1.3.5. Honorarios y gastos del Tribunal.

Una vez agotado el trámite de la demanda arbitral y su contestación, mediante Auto N° 07 de 16 de abril de 2018 se procedió a fijar gastos y honorarios de conformidad con las tarifas establecidas por el Decreto 1069 de 2015, por tratarse de un arbitraje de carácter legal en los términos de numeral 3° del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad¹⁸⁸.

1.4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

Fracasada la audiencia de conciliación y pagados los honorarios y gastos decretados, mediante Auto N° 08 de 3 de mayo de 2018 notificado por estado de 4 de mayo de 2018, se citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia primera de trámite, la cual se llevó a cabo el 10 de mayo de 2018¹⁸⁹.

El Tribunal se pronunció sobre su competencia, teniendo en cuenta para el efecto el contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, y además realizó el análisis de los siguientes aspectos, entre otros:

1.4.1. Las partes y su representación.

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

Parte Convocante:

La parte Convocante en este proceso arbitral es GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., sociedad legalmente constituida con NIT 900.665.878-8, domiciliada en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C., representada legalmente por el señor GILBERTO ÁLVAREZ MULFORD, persona mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No

¹⁸³ Folios 307 y 308, Cuaderno Principal.

¹⁸⁴ Folios 311 a 314, Cuaderno Principal.

¹⁸⁵ Folios 315 a 317, Cuaderno Principal.

¹⁸⁶ Folio 318, Cuaderno Principal.

¹⁸⁷ Folios 319 a 324, Cuaderno Principal.

¹⁸⁸ Folios 319 a 324, Cuaderno Principal.

¹⁸⁹ Folios 329 a 331, Cuaderno Principal.

990.350, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, y actúa como parte convocante en este proceso arbitral al haber absorbido mediante acto de fusión a PROMOTORA CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S., parte contratista del contrato VAL 001-05.

GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. viene representada en el proceso por la doctora ÁNGELA MARÍA PINEDO GARCÍA, como consta en el expediente¹⁹⁰.

Parte Convocada:

Lo es el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, entidad del orden distrital representada por el Alcalde Mayor, quien delegó la función de otorgar poderes en nombre y representación del Distrito para comparecer en procesos judiciales, tribunales de arbitramento y en actuaciones extrajudiciales o administrativas ante entidades de cualquier orden, relacionadas con asuntos en los cuales tenga interés o se encuentre vinculado, en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien en tal momento era el doctor MILTON JOSÉ PEREIRA BLANCO, según consta en el artículo 17.1 del Decreto 0228 de 26 de febrero de 2009 y el Decreto 1054 de 10 de agosto de 2017, con acta de posesión N° 812 de 9 de agosto de 2017, obrantes en el expediente¹⁹¹.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica otorgó poder al doctor LEONARDO MENDOZA COHEN, como consta en el expediente¹⁹².

1.4.2. La demanda.

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

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

“3.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare la liquidación del Contrato de Concesión VAL 01-05 celebrado el 02 de septiembre de 2005 entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, por no haberse logrado liquidación de mutuo acuerdo, ni liquidación unilateral por parte de la administración, vencido el plazo legal convenido.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL

¹⁹⁰ Folios 196 y 197, Cuaderno Principal.

¹⁹¹ Folios 242 a 262, Cuaderno Principal.

¹⁹² Folio 241, Cuaderno Principal.

DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01-05.

TERCERA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores de EL CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “Garantía de ingreso por valorización”.

CUARTA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por EL CONCESIONARIO para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto.

QUINTA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.”.

3.2. PRETENSIONES DE CONDENA:

PRIMERA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA declarativas, se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la totalidad del saldo pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

SEGUNDA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y TERCERA declarativas, se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la

sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., el valor que se llegue a probar, resultante de las disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

TERCERA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y CUARTA declarativas se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., la suma que se llegue a probar, equivalente al costo total del ítem del material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, más los intereses moratorios causados desde el recibo de las obras, a una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

CUARTA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y QUINTA declarativas se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., la suma que se llegue a probar, equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia, más los intereses moratorios causados desde la causación del respectivo gasto, a una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

QUINTA: Condenar en costas y agencias en derecho al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SEXTA: Condenar a que el pago de las sumas que se lleguen a reconocer en el Laudo Arbitral, se cancelen conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

1.4.3. LAS EXCEPCIONES.

En la contestación de la demanda el DISTRITO presenta tres (3) excepciones que denominó así:

“Incumplimiento del contrato en cuanto al agotamiento de mecanismos en forma ágil, rápida, y directa de sus diferencias relativos a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción”.

“Falta de pruebas de los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de concesión (sic) val 01-05 imputables al Distrito de Cartagena de indias.”.

“Imposibilidad de Reclamar Incumplimientos en Aspectos no Consignados Expresamente en el acta de terminación”.

1.4.4. Pronunciamiento sobre la competencia del tribunal.

Al decidir sobre su competencia, el Tribunal manifestó que encontró acreditado los presupuestos procesales, tales como la existencia del pacto arbitral, las controversias planteadas son susceptibles de disposición y transacción, la demanda se presentó en tiempo, o sea, concurren los requisitos formales necesarios para constituir válidamente este proceso arbitral, con lo que se ha cumplido cabalmente el trámite inicial previsto en la Ley 1563 de 2012, el cual se encuentra agotado en debida forma, de modo que se reunieron los presupuestos necesarios para que el Tribunal asumiera competencia.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal resolvió declararse competente para decidir en derecho las diferencias sometidas a su consideración tanto en la demanda como en la contestación a la misma mediante Auto No. 09 de 10 de mayo de 2018, notificado en estrados¹⁹³.

1.5. PRUEBAS DEL PROCESO.

En la primera audiencia de trámite, mediante Auto No. 10 de 10 de mayo de 2018 se decretaron las pruebas del proceso¹⁹⁴, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.1. Documentales:

En el expediente obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocante junto con la demanda arbitral, enunciados y numerados en el acápite “IX RELACIÓN PROBATORIA - 9.1. DOCUMENTALES APORTADAS POR LA PARTE CONVOCANTE”¹⁹⁵.

Adicionalmente, al expediente se incorporaron los documentos que fueron allegados como prueba de oficio decretada por el Tribunal sobre la totalidad de documentos que tuviera en su poder el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS relacionados con la controversia objeto del presente trámite¹⁹⁶.

¹⁹³ Folios 332 a 339, Cuaderno Principal.

¹⁹⁴ Folios 339 a 341, Cuaderno Principal

¹⁹⁵ Folios 1 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁹⁶ Folios 380 y 381, Cuaderno Principal, y Folios 1 a 467, Cuaderno de Pruebas 2.

1.5.2. Declaración de representante de persona jurídica de derecho público:

Se encuentra dentro del acervo probatorio el informe rendido por la Alcaldesa encargada del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS en el acápite “IX RELACIÓN PROBATORIA” de la demanda¹⁹⁷.

1.5.3. Dictamen pericial aportado de parte:

Se decretó como prueba el dictamen pericial aportado por la parte Convocante en los términos del artículo 227 del Código General del Proceso, respecto del cual la parte Convocada no hizo pronunciamiento alguno¹⁹⁸.

1.5.4. Dictamen pericial:

Se decretaron los dictámenes periciales técnico y financiero y contable solicitados por la parte Convocada, efectuándose la designación de los respectivos peritos para el efecto y su posesión en diligencia realizada el día 25 de junio de 2018¹⁹⁹.

No obstante, como la parte no procedió a consignar los honorarios fijados por el Tribunal dentro del plazo conferido para el efecto, mediante Auto No. 12 de 17 de julio de 2018 se tuvo por desistida la prueba pericial, en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012²⁰⁰.

1.5.5. Reconocimiento de documento

Se encuentra en el acervo probatorio el reconocimiento de los documentos denominados “*Dictamen pericial técnico de fecha 26 de diciembre de 2013*”²⁰¹ y “*Complementación y aclaración de fecha 11 de abril de 2014*”²⁰² efectuado por el señor Ernesto Rafael Merlano en diligencia realizada el día 24 de agosto de 2018²⁰³.

1.6. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En audiencia que tuvo lugar el día 2 de octubre de 2018, los apoderados de las partes y el Ministerio Público presentaron verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregó resumen escrito la apoderada de la Convocante, que fue incorporado al expediente²⁰⁴.

¹⁹⁷ Folios 468 a 470, Cuaderno de Pruebas 2.

¹⁹⁸ Folios 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 2

¹⁹⁹ Folios 362 a 368, Cuaderno Principal.

²⁰⁰ Folios 369 y 370, Cuaderno Principal.

²⁰¹ Folios 480 a 504, Cuaderno de Pruebas 1

²⁰² Folios 72 a 116, Cuaderno de Pruebas 2.

²⁰³ Folio 471, Cuaderno de Pruebas 2.

²⁰⁴ Folios 396 a 406, Cuaderno Principal.

1.7. TÉRMINO DEL PROCESO.

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

La primera audiencia de trámite fue realizada el día 10 de mayo de 2018, con lo cual el término para proferir el correspondiente laudo fenecería el 10 de noviembre de 2018; no obstante, las partes de común acuerdo solicitaron al Tribunal la suspensión de los términos del proceso entre el 27 de agosto y el 1 de octubre de 2018, ambas fechas inclusive, la cual fue decretada por el Tribunal mediante Auto No. 16 de 24 de agosto de 2018.

En atención a lo anterior, habida cuenta de la suspensión decretada por el Tribunal, que arroja un total de treinta y seis (36) días, el término procesal para proferir el laudo arbitral vence el día 16 de diciembre de 2018.

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

CAPÍTULO SEGUNDO:

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL

2.1. ESTUDIOS RELEVANTES APLICABLES AL CASO CONCRETO.

2.1.1. LA CADUCIDAD EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Por Auto N° 09 de 10 de mayo de 2018, el Tribunal resolvió declarar su propia competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y, de manera previa, por Auto N° 06 de 16 de abril de 2018 había declarado agotada y fracasada la audiencia de conciliación y, con ello, agotado el trámite inicial en este proceso, por lo que al analizar los presupuestos procesales los encontró acreditados, e implícitamente, que el medio de control de controversias contractuales no había caducado y por ello resultaba procedente el estudio de fondo de la controversia sometida a su decisión, como a bien tuvo declararlo.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que en la demanda no se hace referencia a ello como tampoco en el escrito de contestación a la misma, por lo cual se hará una breve referencia a la caducidad en el presente laudo.

El artículo 164 numeral 2 literal J) numeral v) de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“La demanda deberá ser presentada:

“(…)2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(…) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

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.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.”.

En concordancia con el dispositivo normativo parcialmente transcrito y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tenemos en lo hasta ahora visto:

“Del plazo para la liquidación de los contratos. La Liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de Liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”.

De las normas transcritas en lo pertinente, apreciamos que el término para contar la caducidad en aquellos contratos en los que la liquidación resulte obligatoria, como en el caso de los contratos de tracto sucesivo donde no medie

estipulación contractual que la regule, el término parte de los cuatro (4) meses para realizar la liquidación de mutuo acuerdo (bilateral) previsto en el primer inciso del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, a los que hay que adicionar los dos (2) meses previstos en el inciso segundo del mismo artículo para llevar a cabo la liquidación unilateral, llegándose a un término para la liquidación de ese tipo de contratos de dos (2) años y seis (6) meses.

En el caso que ocupa al Tribunal, se tiene que, al presentarse la demanda y solicitud de convocatoria ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena a través de apoderada el día 3 de agosto de 2017²⁰⁵, se encontraba en tiempo.

En efecto, el contrato tuvo tres etapas, de conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del mismo, esto es: de Programación, de Construcción y de Recaudo, transcurriendo en forma simultánea las dos últimas. Establece la enunciada cláusula:

“e) PARA LA ETAPA DE RECAUDO. El plazo para la facturación y recaudo por valorización cedida EL CONCESIONARIO para la recuperación de la inversión y utilidades, es de sesenta (60) meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de distribución de la contribución por valorización generada por la obra del proyecto objeto del contrato. Esta etapa podrá iniciarse cinco (5) meses después de iniciada la etapa de Diseño y programación. PARAGRAFO; Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier tiempo podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%).”.

Ahora bien, obra en el expediente la Resolución N° 064 de 27 de junio de 2008 *“por medio de la cual revoca la resolución 196 del 28 de diciembre de 2007, y a su vez se expide una nueva por medio de la cual se distribuye y asigna la contribución de valorización correspondiente a los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto de la vía transversal que une el anillo vial o ruta 90 con la 90ª, partiendo de la intersección con la vía manzanillo al mar hasta la cordialidad, y la vía de penetración del anillo vial a tierra baja hasta el punto de intersección con la calle de acceso al pueblo”²⁰⁶*, la cual entró en ejecutoria a partir del 13 de julio de 2008, notificada al contratista el 13 de julio de 2010, con lo cual se tiene que los 60 meses para la etapa de recaudo transcurrieron

²⁰⁵ Folios 1 a 35, Cuaderno Principal.

²⁰⁶ Folio 200, Cuaderno de Pruebas 1.

del 13 de julio de 2010 al 13 de julio de 2015.

Igualmente, obra en el expediente “Acta de entrega y recibo definitivo de obra”²⁰⁷, suscrita el 30 de octubre de 2015 por Myriam Álvarez Torres – representante legal de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S, Diego Álvarez Hernández – Gerente Técnico de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Mayron Vergel A. – Interventor, y Ramón León, director del D.A.V.D.

Así las cosas, los dos años y seis meses de la caducidad contados desde la finalización de la etapa de recaudo, esto es, 13 de julio de 2015, vencerían el 14 de enero de 2018; y si se cuentan desde la finalización de la etapa de construcción, vencerían el 30 de abril de 2018.

Así, teniendo en cuenta los dos momentos antes referidos y habiéndose presentado la demanda el 3 de agosto de 2017, sin duda alguna ésta fue temporaria.

2.1.2. MEDIDAS DE SANEAMIENTO.

Antes de estudiar de fondo los problemas planteados, las excepciones presentadas y pretensiones de la demanda, el Tribunal debe ocuparse de establecer medidas de saneamientos de conformidad con lo establecido por el artículo 132 del CGP: “Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”.

Hecha la revisión correspondiente, no encuentra el Tribunal que haya vicios que impidan proferir el laudo arbitral.

2.1.3. REGLAS SOBRE LAS CARGAS PROBATORIAS Y SU VALORACIÓN.

Conforme al artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal tendrá, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos hoy en el Código General del Proceso y las normas que lo modifiquen o complementen, valoración del acervo probatorio oportunamente recaudado que se circunscribirá a lo establecido en el mencionado estatuto de procedimiento ya que así lo ordena el artículo 176 *ejusdem*, el cual dispone que “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” y que “El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

²⁰⁷ Folios 188 a 190, Cuaderno de Pruebas 1.

Como quiera que la convocada estima que la convocante debía probar todos los aspectos de la demanda, debemos afirmar que no es novedoso admitir que la carga de la prueba es una institución del derecho probatorio que le establece a las partes procesales su deber para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados en el proceso, lo que de contrapelo le indica al operador judicial cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos, o sea, la aludida carga, en quien recae y la cumple le permite obtener un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

La noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, o también, teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba –vr. gr.- por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una afirmación positiva o negativa indefinida.

Respecto a la carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010, se pronunció de la siguiente manera:

“Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

2.1.4. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Para hablar de la carga dinámica de la prueba es suficiente apoyarse en el estudio de la Corte Constitucional contenido en Sentencia C-086/16 donde se determinó la constitucionalidad del artículo 167 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 en lo concerniente al establecimiento de la carga de la prueba:

“Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “onus probando”, el cual indica que por regla general

corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.²⁰⁸

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos

²⁰⁸ “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1993.

alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”.

Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probando) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas). Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”.

Todas ellas responden por lo general a “circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”, donde el traslado de las cargas probatorias “obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”.

(...) La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo –no el único-, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas: “Cierto es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de

*una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito*²⁰⁹.

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”²¹⁰, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

Como quiera la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico, como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Esta última, por ejemplo, hizo referencia expresa a criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad.

Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado– en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.

En efecto, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha destacado la necesidad de activar la función directiva del juez no solo para decretar pruebas en forma oficiosa sino para redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales.

²⁰⁹ JORGE PEYRANO, “Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm.13. Santa Fe, Rubinzal, 1997. Siguiendo a este autor, MARÍA BELÉN TEPSICH añade: “El mayor disipador de esta floreciente doctrina fue la injusticia que en el ámbito de la mala praxis médica se producía al quedar en cabeza del paciente-víctima o sus derechohabientes la carga de la prueba de un hecho ocurrido –por ejemplo– en la soledad del quirófano”. “Cargas probatorias dinámicas”, en: *Cargas probatorias dinámicas*, (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.154.

²¹⁰ INÉS LÉPORI WHITE, “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas* (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.60.

Por ejemplo, esta corporación ha señalado que una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, “la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo otorga”²¹¹.

También ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral.

Lo propio ha señalado la Corte en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense. En palabras de la Corte:

“La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; Por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para

²¹¹ *“En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus 257robando (sic) permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)”. (Resaltado fuera de texto). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001, Exp. 5507.*

desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos.

Para la Sala, esta misma regla probatoria debe ser aplicada en los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica, hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes”.

Según la norma, aunque por regla general la carga corresponde al demandante, “si por razones de orden económico o técnico dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”.

De igual forma, ha aceptado que en el ejercicio de la acción de extinción de dominio tenga aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba. Al respecto, en la Sentencia C-740 de 2003 sostuvo: “De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.”

Como corolario de lo expuesto puede afirmarse que, en términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva,

de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Lo que resta por examinar es entonces si, en el ámbito específico del Código General del Proceso, la consagración de la carga dinámica de la prueba como una potestad del juez y no como un imperativo universal vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, o si por el contrario es expresión constitucionalmente válida de la potestad de configuración del Legislador. En definitiva, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2001) introdujo en el ámbito legal la institución de la carga dinámica de la prueba, que no estuvo presente en el anterior Código de Procedimiento Civil[111]. Es en este escenario en el cual se enmarca la norma parcialmente acusada y que ahora es objeto de examen:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. (Se resalta la expresión demandada)

Fue decisión consciente y deliberada del Legislador mantener como principio general de la carga de la prueba el onus robando (sic), según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En breves líneas, su alcance ha sido explicado por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus robando incumbit actori’ (sic), al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”

Sin embargo, este postulado no es absoluto por cuanto admite al menos dos excepciones que la misma ley contempla, a saber: (i) la carga dinámica de la prueba y (ii) los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas.

La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos-, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

A juicio de la Corte el principio del onus robando (sic) como exigencia general de conducta prevista por el Legislador en el Código General del Proceso no se refleja como irrazonable ni desproporcionada. En efecto, responde a fines constitucionalmente legítimos: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo.

Es también una carga adecuada para lograr esos mismos cometidos, si se tiene en cuenta que quien invoca un hecho lo hace –lo debe hacer- sobre la base de un conocimiento previo del mismo y por lo general dispone de algunos elementos mínimos para dar crédito a sus afirmaciones, en especial cuando pretende obtener algún beneficio de ellos; igualmente, contribuye eficazmente con el juez en su tarea de dilucidar la verdad, garantizar la primacía del derecho sustancial y resolver los litigios dentro de un término razonable (celeridad).

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere

conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras.

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió –también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, “según las particularidades del caso”, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”.

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional.

Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla”.

2.1.5. CIRCUNSTANCIAS DE EXCEPCION PROBATORIA.

En el caso sub análisis, el Tribunal no encuentra que alguna de las partes, convocante o convocada, se encuentre en circunstancias de excepción probatoria o en condiciones de desventajas de una a la otra que hubieren indicado al Panel Arbitral la pertinencia de distribuir la carga probatoria, encargando a alguna de ellas el deber de acreditar determinados supuestos de los debatidos, por lo que el caso ha de resolverse siguiendo la regla general de que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, ya que, se insiste, la controversia fuente del presente asunto proviene de una relación contractual, negocio realizado en ejercicio pleno de la potestad y autonomía atribuida por la legislación vigente y reflejo

inequívoco de la aludida voluntad privada, en los precisos términos en que fue concebido, contrato sin definición legal el cual en todo caso una vez perfeccionado, sea típico o atípico, le asiste una realidad innegable y es que, por mandato legal, sus cláusulas son ley para quienes los han formado, como así está consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, de suerte que, al igual que todo vínculo negocial, el concertado por los aquí contendientes, está sujeto a las reglas generales de interpretación aplicable a cualquier acuerdo, atendiendo por supuesto, su naturaleza y características, como así lo regulan los artículos 1618 y s.s. del Código Civil Colombiano.

2.1.6. LOS PROBLEMAS JURIDICOS.

El núcleo o médula del problema que convoca la atención del Tribunal Arbitral en rigor es la liquidación del Contrato de Concesión VAL 001-05 celebrado el 2 de septiembre de 2005, y que en aquella se hagan distintos reconocimientos dinerarios que, según la posición del convocante, les quedaron adeudando, tales como (i) el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01-05; (ii) el valor equivalente a los errores del concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “*Garantía de ingreso por valorización*”; (iii) la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, y; (iv) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.

2.1.7. TESIS DE LOS ÁRBITROS

Del detenido y detallado análisis del expediente y de las pruebas incorporadas en éste en las oportunidades de ley y en debida forma, el Panel Arbitral llega a la conclusión de que en el presente caso la parte demandante sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. probó parcialmente que el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS incumplió el Contrato VAL 01-05, por lo que dispondrá de su liquidación y se accederá a algunas de las pretensiones declarativas y de condena, denegando otras sobre las cuales no encuentra el Tribunal que se hayan probado ciertos pedimentos, como se explicará más adelante.

CAPÍTULO TERCERO

3. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DEL TRIBUNAL AL CASO EN ESTUDIO

3.1. ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA A LA LUZ DE LAS PRUEBAS

Procede el Tribunal a analizar las excepciones y pretensiones formuladas por las partes a la luz de las pruebas y consideraciones jurídicas para determinar si el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS incumplió a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. sus obligaciones emanadas del CONTRATO DE CONCESIÓN VAL 01 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 y luego despejará el estudio de los problemas jurídicos planteados en la demanda, lo cual se hará en las conclusiones del laudo, o sea, estudiar si a la parte convocante le asiste o no el derecho reclamado en su demanda.

3.1.1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS EXCEPCIONES

Como se reseñó en el ítem respectivo de este Laudo, el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS en su defensa presentó tres (3) excepciones que se analizan en el orden enumerado por la demandada y fueron estas: (i) Incumplimiento del contrato por no agotar la demandante los mecanismos previos de procedibilidad para poder demandar indicados en la demanda (conciliación, a la amigable composición y a la transacción) (ii) falta de pruebas para demostrar los sobrecostos y perjuicios reclamados (iii) falta de constancia expresa de incumplimientos en el acta de terminación.

3.1.2. ESTUDIO DE LA PRIMERA EXCEPCION.

En relación con la primera excepción propuesta, considera el panel arbitral que no es procedente pronunciarse al respecto, toda vez que en relación con la misma ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

En efecto, como se recoge en el apartado de pruebas aportadas por la parte convocante como anexos de la demanda, se encuentra, como ya se ha indicado en capítulos anteriores de esta providencia, Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014, el cual se identifica con el presente proceso en aspectos tales como partes del proceso, y el mismo objeto de controversia, esto es, el Contrato de Concesión VAL 001 – 05.

Encuentra este panel arbitral que, en Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 se analizó la excepción objeto de estudio en esta ocasión, la cual si bien en dicha oportunidad se denominó de manera diferente, encuentra este Tribunal que el sentido de aquella y la que ahora se analiza es equivalente, motivo por el cual se traen a colación los argumentos esbozados al respecto en el mencionado laudo:

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

Ahora bien, con relación a la institución de la cosa juzgada, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2015 manifestó:

“El objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable.

Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos.

Así mismo se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.

(...) De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de parte”²¹².

Siguiendo la misma línea, dicha Corporación, en sentencia de 7 de diciembre de 2017, expresó²¹³:

“La cosa juzgada es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6° del artículo 180 del CPACA constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, teniendo por efecto la terminación del proceso,

Sobre el concepto de Cosa Juzgada la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2017, indicó lo siguiente:

“(...) El fenómeno de la cosa juzgada se encontraba regulado en los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, cuyo contenido es el siguiente:

«(...) ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

(...) La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión [...]»

«(...) ARTICULO 175. COSA JUZGADA. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU).

²¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Exp. 05001-23-33-000-2015-02253-01.

que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios [...]

En relación con el fenómeno de la cosa juzgada, esta Corporación ha indicado que:

«(...) Pues bien, en cuanto al fenómeno de la cosa juzgada, cabe advertir que se le ha asimilado al principio del <<non bis in idem>> y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, por ello la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado. (...)»

También ha señalado que:

«(...) Sobre la cosa juzgada, ha dicho la Corte Constitucional que es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquellas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.

El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.

La cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada.

El fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior.

Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica (...)»

Tanto el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo fueron derogados por el Código General del Proceso (Artículo 303) y por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 189).

(...) La doctrina ha indicado que para que opere este fenómeno se requiere de la presencia de los siguientes elementos:

«(...) 1.- Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada. Si en el primer proceso la sentencia no está ejecutoriada, no opera la excepción de cosa juzgada sino la de pleito pendiente, que es previa y cuyos requisitos son fundamentalmente los mismos de la excepción de cosa juzgada; sólo se diferencian en que el pleito pendiente supone la no terminación del primer proceso, en tanto que la cosa juzgada, al basarse en el fallo ejecutoriado, parte de la finalización de aquel, tal como ya se explicó al estudiar la excepción previa.

2.- Que ese nuevo proceso sea entre una mismas partes, o, como lo anota el art. 332, que “haya identidad jurídica de partes”.(...)

3.- Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (art. 332). Tal como lo dice con particular acierto la Corte, “el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis señala que el “objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”.

Ampliamente tratado por la doctrina debido a su importancia, el concepto de objeto del proceso resulta esencial entre otros muchos aspectos para precisar la existencia de la cosa juzgada; numerosas son las teorías que pretenden explicar cuál es la noción, y vívido ejemplo de ellos son las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y de uno de los redactora (sic) del Código, pues mientras la entidad que se encuentra en las pretensiones, el segundo lo ubica en la sentencia.

En realidad las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia y es por eso que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos, pretensiones y sentencia

del anterior para confrontarlo con los hechos y pretensiones del segundo a fin de precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de la cosa juzgada.

4. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa es la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia. Esos motivos, por disposición del art. 76, deben aparecer expresados en toda demanda y surgen de los hechos de ella por cuanto de su análisis es como se puede saber si en verdad existe identidad de causa (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la cosa Juzgada se estructura a partir de dos premisas, una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso. Así lo ha precisado la Sala Plena del Consejo de Estado entre otras en Sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil cinco (2005), señaló:

“La institución de la cosa juzgada, como lo ha reiterado esta Corporación, está sujeta a dos límites: el objetivo, que mira hacia el asunto sobre el que versó el debate y la causa petendi de la prestación, y el subjetivo, que tiene que ver con las personas que fueron parte en el proceso. Así mismo, la cosa juzgada se predica de los puntos que han sido materia expresa de la decisión de una sentencia y sólo puede extenderse a aquellos que por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de ella, se reputan tácitamente decididos. Los principios tutelares de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables al proceso contencioso administrativo, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Según el artículo 332 *ibídem*, cabe plantear la cosa juzgada con éxito solo si concurren los tres elementos señalados en ella, esto es, que en ambos procesos exista identidad de partes, de objeto y de causa. La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la identidad de partes no es física sino jurídica, lo cual explica la previsión del inciso segundo del precitado artículo, al entender que hay identidad de partes cuando los del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de los que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto *intervivos* celebrado con posterioridad al registro de la demanda. Así mismo la jurisprudencia ha dicho que este tercer requisito, denominado límite subjetivo de la institución de la cosa juzgada, no tiene aplicación alguna en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaiga tienen un valor *erga omnes*, como lo establece el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Además en estos procesos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino en interés del orden jurídico.”

3. *En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general...*”.

Así las cosas, existiendo (i) identidad de partes, (ii) en relación con un conflicto relativo al mismo contrato o relación jurídica por una causa similar a la del proceso arbitral ya terminado con laudo en firme; (iii) y sobre el mismo objeto, esto es, a la valoración de una idéntica o equivalente excepción de fondo a partir del contenido del mismo contrato que actualmente se analiza, es evidente que se encuentra inhibido este panel arbitral para realizar un nuevo pronunciamiento, pues se violaría la restricción legal de volver a proveer en torno de un aspecto sobre el cual existe evidente cosa juzgada, parcial en este caso, por sólo referirse a la precisa excepción primera propuesta por la parte convocada.

En consecuencia con lo expuesto, y por cuanto en el laudo de octubre 14 de 2014 aquel panel arbitral despachó desfavorablemente la equivalente excepción de fondo que se estudia en el actual proceso de arbitraje –(en el sentido de que el agotamiento de la conciliación como mecanismo de solución de controversias, no es necesario para acudir ante tribunales de arbitramento convocados para dirimir controversias derivadas de contratos estatales, amén de que las partes, como lo ha dicho la jurisprudencia, no pueden condicionar el acceso a la justicia arbitral, al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales)–, no es viable declarar la procedencia de la primera excepción propuesta por la parte convocada, por lo cual se negará la misma, como se dirá en la resolutive del presente laudo.

3.1.3. ESTUDIO DE LA SEGUNDA EXCEPCION.

Por otra parte, en relación con la excepción segunda, considera este Tribunal que los argumentos que sustentan la misma no tienen vocación de prosperar, pues esa excepción la denomina la Convocada de “*FALTA DE PRUEBAS DE LOS SOBRECOSTOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO...*”, pero para hablar de las eventuales alteraciones en la economía del contrato debido a los adicionales o modificaciones que se suscribieron en desarrollo del mismo, en razón a que la parte actora solicita el reconocimiento de la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén como obra adicional y mayor permanencia en aquella, en rigor ello no es una excepción, pues para pronunciarse sobre tales aspectos habría que analizar las pretensiones de la demanda donde solicita la demandante el reconocimiento de los costos de tales obras, por lo que el Tribunal ha de referirse a ello cuando estudio tales pretensiones.

3.1.4. ESTUDIO DE LA TERCERA EXCEPCION.

Esta última excepción el Distrito la denomina *"IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR INCUMPLIMIENTOS EN ASPECTOS NO CONSIGNADOS EXPRESAMENTE EN EL ACTA DE TERMINACIÓN"*, argumentando que ni en el acta de entrega y recibo final de obras, como tampoco en las diferentes actas de suspensión o reiniciación de la obra objeto del contrato de concesión VAL 001-05, actas que afirma son vinculantes, la parte demandante hizo o consignó salvedades expresas de inconformidades, lo que impide hacer reclamaciones posteriores mediante la presente demanda arbitral, o sea, no tiene derecho a reclamar perjuicios por tal omisión.

Ciertamente, en tratándose de situaciones acaecidas en desarrollo de un contrato estatal que fueren subsumidas en un contrato adicional, no le es dable a las partes hacer reclamaciones sobre tales tópicos con posterioridad a la suscripción de dicho contrato adicional.

Cosa diferente plantea la parte demandada en la excepción que ocupa al Tribunal, como es que no se puede reclamar con posterioridad a la suscripción de actas parciales o de entrega de obras. Ello no está regulado en norma alguna, en tanto que sí es obligatorio hacer salvedades en la liquidación final del contrato, en la que, como es sabido, las partes acuerdan los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar para poder luego hacer reclamaciones judiciales futuras y en tal sentido establecen el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (como lo modificó inicialmente el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y luego el inciso 3 del artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012) y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, lo siguiente:

"ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

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

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la

responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

"ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."

Por lo anterior, concluye el Tribunal que la citada excepción debe ser denegada, como en efecto así lo dispondrá por encontrar que es en la liquidación bilateral definitiva donde proceden las salvedades y en el presente caso no hubo liquidación bilateral del contrato, al punto de haberse solicitado su liquidación por vía arbitral.

3.2. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES

3.2.1. PRIMERA PRETENSION DECLARATIVA.

Pretende la sociedad convocante, en primer lugar *"que se declare la liquidación del Contrato de Concesión VAL 01 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA*

DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, por no haberse logrado liquidación de mutuo acuerdo, ni liquidación unilateral por parte de la administración,” y que se acceda a otras pretensiones declarativas y de condena que plantea como consecuenciales de la misma.

La demandante en el hecho décimo cuarto informa que el Contrato de Concesión VAL 001–05 no fue liquidado dentro de los términos y oportunidades de ley para ello, por lo que entiende que resulta viable proceder con su liquidación arbitral.

La parte convocada, en escrito de contestación alega que la pretensión trascrita, no corresponde a un hecho sino a una apreciación de la convocante; no obstante, al referirse a la primera pretensión declarativa donde se pide la liquidación del contrato, expresa que no se opone a ello y también pide que el mencionado contrato sea judicialmente liquidado, aspecto en el que igualmente coincide el Procurador Delegado, quien en sus alegatos manifestó:

“Así las cosas, vistas las pruebas allegadas y practicadas, así como las consideraciones jurisprudenciales precitadas, encuentra este humilde servidor que deberá accederse a las pretensiones DECLARATIVAS PRIMERA Y SEGUNDA, por encontrarse probado que, al momento de presentación de la demanda arbitral, la parte convocante se encontraba dentro de los términos para solicitar la liquidación del contrato objeto de este asunto, a través de este mecanismo procesal”.

El marco normativo general para la liquidación de los contratos estatales está previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, como fue modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, por su parte el trámite aplicable a la liquidación viene establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, antes transcritos.

Es pacífico entender y así lo admite este Tribunal, que en ciertos contratos como el que nos atañe, una vez concluida o terminada la relación jurídico vinculante entre las partes contratantes procede su liquidación, o sea desarrollar el procedimiento en virtud del cual las partes cruzan cuentas respecto a sus obligaciones para determinar si pueden declararse, en todo o en parte, mutuamente a paz y salvo, o precisar en la liquidación si existen obligaciones por cumplir y acordar formas de cumplimiento, extremo de la litis sobre el que no hay controversia, por lo que el Tribunal sin mayores consideraciones ordenará y procederá a liquidar el contrato de marras, por haberse solicitado dentro de la demanda arbitral y no observarse, de las pruebas allegadas, que las partes lo hubieren liquidado de mutuo acuerdo en su oportunidad legal, como tampoco que el DISTRITO DE CARTAGENA lo hubiere hecho de manera unilateral.

3.2.2. SEGUNDA PRETENSION DECLARATIVA Y PRIMERA DE CONDENA

La sociedad demandante, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., en la segunda pretensión declarativa solicita que ordene como saldo a su favor y en contra del DISTRITO DE CARTAGENA *“el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05”*, lo que armoniza con la primera pretensión de condena donde pide la totalidad del saldo pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal y los autorizados por la Superintendencia Financiera.

La parte convocante funda su petición de reconocimiento de la contribución por valorización en los extremos fácticos y soportes contractuales que se relacionan a continuación:

Manifiesta el convocante que el valor del Contrato de Concesión VAL 001-05 se pactó de manera indeterminada, pero determinable al disponerse así en la Cláusula Tercera: *“el valor real de las inversiones estará constituido por la suma de los valores de los siguientes ítems: Revisión de estudios y diseños, construcción vial, gerencia del proyecto, ejecución del plan ambiental, interventoría, supervisión, control de calidad, gestión y adquisición de predios, costos de recaudo de la contribución, costos operativos del proyecto, utilidades, imprevistos, impuestos y gravámenes”*, el costo de la inversión es la suma expresada en la oferta del contratista, más la inflación transcurrida entre la fecha de cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización.(...)”, oferta que hizo por la suma de DIEZ MIL CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.113.515.077,00) M/CTE.

Que por aplicación de la citada Cláusula Tercera, la suma ofertada se actualizó con la expedición del DISTRITO – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL-, de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, quedando en un total de CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$14.672.380.322) M/CTE, suma que se distribuyó y asignó como valor a recaudar para el proyecto, a ser pagado entre los propietarios y poseedores de la zona de influencia del proyecto.

Que el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 de 2008, contiene la *"Tabla de riego y asignación individual del proyecto²¹⁴"* e incluye, entre otros aspectos, el listado de propietarios y/o poseedores de los predios de la zona de influencia del proyecto a los cuales se les gravó con la contribución de valorización. Además, se aprecian otros datos como la identificación del predio, el área del predio y el gravamen asignado.

También expresa que en el Parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05 se pactó que *"(...) Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%)"* agregando que del Contrato de Concesión VAL 001 - 05 no se logró el recaudo total del valor distribuido y asignado mediante la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, quedando una CARTERA INSOLUTA cuyo reconocimiento es lo solicitado en la segunda pretensión declarativa y primera de condena que ahora estudia el Tribunal

Que la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión VAL 001 – 05 finalizó el 28 de octubre de 2015, y el Distrito recibió las obras el día 30 de octubre de 2015, e indica que ello consta en el Acta de Recibo de dicha fecha.

Que la regla sobre los plazos de inicio y terminación de la Etapa de Recaudo, la regula el Contrato de Concesión VAL 001 - 05 en el literal e) de la Cláusula Segunda, al sostener:

"Cláusula Segunda: Plazos. El Contrato estará sometido a los siguientes plazos:(...) e) Para la Etapa de Recaudo. El plazo para la facturación y recaudo por valorización cedida a EL CONCESIONARIO para la recuperación de la inversión y utilidades, es de sesenta (60) meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de distribución de la contribución por valorización generada por la obra del proyecto objeto del contrato. Esta Etapa podrá iniciarse cinco (05) meses después de iniciada la Etapa de Diseño y Programación".

Que a partir del 13 de julio de 2010, el Distrito comunicó al concesionario sobre la ejecutoria de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, resolución distribuidora de la contribución por valorización- y de algunos actos

²¹⁴ Folio 206, Cuaderno de Pruebas 1.

administrativos de asignación individual de la contribución, lo cual efectuó inicialmente mediante comunicación VAL-DJ-7- 2010-000857 del 9 de julio de 2010, recibida el 13 de julio del mismo año por el concesionario.

Que conforme a la estipulación contractual contenida en el literal e) de la Cláusula Segunda ya transcrita, a partir del 13 de julio de 2010 se inició la Etapa de Recaudo del Contrato, la cual finalizó 60 meses después, esto es, el 13 de julio de 2015.

Que el concesionario devolvió la cartera insoluta a partir de diciembre de 2015, y para ello afirma que aporta como material probatorio el Oficio radicado CMV-T9 0-233 5 del 21 de diciembre de 2015, elevado al Distrito por la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. con el fin de devolver la cartera insoluta y Oficio radicado en el Distrito bajo la secuencia EXT AMC-16 -0024268 del 20 de abril de 2016, reiterando la anterior solicitud.

Agrega, que el Distrito no realizó los pagos *"en los montos programados y a medida en que iban produciendo el recaudo, por trimestre vencido"*, como lo dice el parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 - 05.

Que transcurrieron más de 6 meses desde la fecha de terminación de la Etapa de Recaudo, los cuales se cumplieron el 13 de enero de 2016, por lo que la parte demandada está en la obligación de pagar la totalidad del saldo pendiente, más intereses calculados a una tasa del DTF más el 6%.

Por último, concluye la parte convocante, y así lo reiteró en su alegato final, que por no lograrse el recaudo del valor contractual y estar vencidos los plazos estipulados para haberse efectuado, el Distrito le adeuda las sumas no recaudadas o cartera insoluta, que corresponde a la contribución por valorización decretada más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%) y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales, y ello, dice, se constituye en el derecho económico de contratista de percibir su remuneración.

Por su parte, el Distrito al contestar la demanda se opone a que haya reconocimiento de suma alguna de dinero por cartera insoluta; sin embargo, manifiesta aceptación en los extremos de la demanda que se relacionan a continuación:

Que es cierto que expidió la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, por medio de la cual se distribuyó y asignó la contribución de valorización correspondiente a los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto a ejecutar²¹⁵.

Que en desarrollo del contrato de concesión No. VAL 001-05 se suscribieron diferentes modificatorios y adicionales (respuesta al hecho noveno), así como acta de entrega y recibo definitivo de la obra, a lo que agrega “*sin que se hicieran objeciones, pues se lee de (sic) en el concepto de interventoría que las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales*” (respuesta al hecho décimo primero)²¹⁶;

Que la obra se inauguró como dice la convocante (respuesta al hecho décimo segundo), y que todos los plazos del contrato de concesión han expirado (respuesta al hecho décimo tercero).

No obstante, se opone con fuerza la entidad convocada a que se acceda a la segunda pretensión declarativa, en los siguientes términos: “*Nos oponemos a esta pretensión, en el sentido que se declaren acreencias a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., y en contra del Distrito de Cartagena de Indias, por considerar que no existen saldos pendientes de recaudar por concepto de contribución por valorización, según lo establecido en el literal e) de la cláusula segunda del contrato de concesión No. VAL-001-05, igualmente nos atenemos a lo que se pruebe dentro de la presente demanda arbitral.*”

Por su parte, el Procurador delegado para el asunto bajo estudio, en la oportunidad legal correspondiente rindió su concepto, en el cual, tras presentar un marco teórico de los contratos estatales de concesión, sin acotar que el Contrato de Concesión VAL 001–05, fue de primera generación donde las reglas de tipificación, estimación y asignación de los riesgos eran diferentes y muy amplias y favorables a los concesionarios, en comparación a las que luego se estructuraron a partir de las leyes 1150 de 2007, 1682 de 2013, 1882 de 2018 o incluso la ley arbitral 1563 de 2012 o las indicadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso en lo aplicable, concluye la Procuraduría que en lo puntual se encuentra probada la pretensión segunda declarativa concluyendo que de acuerdo con los elementos probatorios le permite establecer que existe un valor pendiente por recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, según lo establecido en el literal e) de la cláusula segunda del contrato de concesión VAL 001-05.

²¹⁵ Folios 200 a 204, Cuaderno de Pruebas 1.

²¹⁶ Folios 221 al 223, Cuaderno de Pruebas 1.

Pasa ahora el Tribunal a exponer sus consideraciones respecto de la pretensión bajo estudio. En primer lugar, se recapitularán algunos aspectos legales y doctrinales de los contratos estatales, recordando que el Legislador de 1993, siguiendo las directrices del derecho privado, el artículo 1494 del Código Civil Colombiano dispone que las obligaciones pueden nacer del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, en virtud del cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, definición trasplantada al derecho público y plasmada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Estatal), en cual expresa que contratos estatales son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, los contratos de obra pública y de concesión de obra pública vienen definidos en el citado Estatuto como *“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*²¹⁷.

Así mismo, al analizar la doctrina, encontramos que, en cuanto al contrato de concesión de obra pública, el profesor uruguayo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO indica que se trata de aquel por medio del cual la administración encarga a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquella. Dice:

*“Dos elementos esenciales integran esta definición: a) construcción de una obra pública; b) financiación a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”*²¹⁸.

Para nuestra legislación el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 presenta la concesión de obra pública como un contrato autónomo frente al de obra pública; ya no se habla de que es una forma de pago del contrato de obra pública, como era la regulación normativa anterior, sino que es una tipología contractual individual, *per-se*, con

²¹⁷ Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 4º

²¹⁸ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.

características plenamente diferenciables. Pero, además, le estableció al contrato de concesión, como un contrato autónomo, tres variables: (i) como un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

Se acota que la Ley 105 de finales de diciembre 1993, un poco posterior a la Ley 80 del mismo año, pero de octubre, en su artículo 30 se ocupó específicamente del contrato de obra pública por concesión, según el cual todas las entidades del estado central o descentralizado, incluso asociado pueden “*otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial*” y para recuperar la inversión, “*podrán establecer peajes y/o valorización*”, además las entidades territoriales “*podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado*”, excluyéndolos a su vez de la declaratoria de nulidad absoluta cuando fueren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y de la facultad de terminación unilateral por parte del estado.

Igualmente, ha manifestado la Corte Constitucional con relación a este tipo de contratos:

“La Corte Constitucional²¹⁹ y el Consejo de Estado²²⁰ han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

De esta manera, puede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a

²¹⁹ Sentencias C-250 de 1996 y C-711 de 1996.

²²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de 9 de 2004, Exp. 27.921, y sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10.217.

manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos -como en el caso que se estudia- existiendo en muchos casos la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión”²²¹.

También se considera relevante traer a colación lo que al respecto explica el profesor y ex Consejero de Estado, Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA²²² quien ha señalado:

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

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “no por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una

²²¹ Sentencia C-068 de 2009.

²²² Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral “El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 58-60.

interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes¹), sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo²²³.

En similar sentido y con apoyo en la doctrina extranjera²²⁴ en lo relativo a la interpretación de los contratos se afirma que es un deber para la aplicación del derecho: “(a) se identifica el problema concreto a resolver; (b) se indagan y se eligen los hechos jurídicamente relevantes; (c) se determina si ellos pueden demostrarse de acuerdo con el sistema de pruebas de cada ordenamiento; (d) se califica jurídicamente el contrato para conocer su régimen; (e) se desarrollan argumentos que se encadenan y entretajan, destinados a construir las premisas que se utilizarán para subsumir los hechos bajo las normas, y para aplicar otras fuentes del derecho relevantes para el caso, lo que incluye ponderar principios y valores; (f) se determinan las consecuencias jurídicas que solucionan el problema y se decide cómo se implementará esa solución. Adicionalmente, en ciertos casos (g) se resuelven colisiones normativas o contradicciones entre las cláusulas del contrato, y (h) se integran o completan lagunas o vacíos normativos. Esas tareas metodológicas suelen describirse como pasos o etapas, porque todo método científico se concibe teóricamente como un camino dirigido a encontrar verdades y resolver problemas. Pero, en la práctica, esas tareas no tienen la secuencia lineal y cronológica de un camino o sucesión de eventos, ni pueden separarse con precisión, pues se ejecutan dando saltos entre los hechos y el derecho. Los hechos se examinan tomando en cuenta el Derecho y también a la inversa, mediante un ir y venir que la doctrina describe como un círculo hermenéutico. Desde luego, no siempre será necesario realizar todas esas tareas metodológicas, y muchas de ellas suelen ejecutarse instantáneamente, lo que ocurre cuando un juez experimentado conoce los hechos fundamentales de un problema sencillo, y rápidamente identifica la solución. Existe allí, según la doctrina, una pre comprensión, vale decir, un pre-juicio, pues luego el juez deberá confrontar su solución preliminar con los detalles del caso y finalmente deberá elaborar un razonamiento que modifique o justifique la solución que encontró, pues una decisión inmotivada

²²³ Sent. Cas. Civ. de 1° de agosto de 2002, Exp. N° 6907, subraya la Sala” (Sent. Cas. Civ. de oct. 29/2007, Exp. 05038-01

²²⁴ FRANÇOIS BLANCHARD, *Lire le Droit: langue, texte et cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 227

*quebrantaría derechos y garantías fundamentales, como la interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la defensa.*²²⁵.

De acuerdo con lo solicitado en las pretensiones de las que ahora se ocupa en analizar el Tribunal, esto es, la segunda declarativa y primera de condena, donde solicita la convocante que se declare como saldo a su favor y en contra de la convocada lo que corresponde a la cartera insoluta o el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, observa el Tribunal que se trata de un pedimento objetivo por así haberse acordado en el contrato, lo que encontramos ajustado a derecho por ser aquel un contrato de concesión de los de primera generación donde casi todo el riesgo del recaudo de la contribución de valorización se trasladaba a la entidad concedente, cuyo reconocimiento sólo depende de lo probado en ese sentido, lo que en efecto así lo encuentra acreditado el Tribunal y lo declarará impartiendo las órdenes de pago de rigor.

En efecto, el Panel Arbitral constata que en el expediente hay pruebas documentales allegadas en copias por la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S, donde se demuestran los siguientes extremos de la controversia:

La existencia del Parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05, donde las partes pactaron:

*“Parágrafo: Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%) y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera”*²²⁶.

Igualmente, el Tribunal ha verificado que dentro de las pruebas allegadas con la demanda se encuentra anexa constancia de la finalización de la Etapa de Construcción, lo que se aprecia en la copia del acta de recibo de aquellas suscrita el 30 de octubre de 2015, como también hay prueba documental en el expediente donde consta que el Distrito recibió de la demandante las citadas obras de construcción el día 30 de octubre de 2015, siendo, según la cláusula citada del contrato bajo estudio, el momento a partir del cual la sociedad contratista podía hacer la devolución de la cartera, donde en lo pertinente, se reitera, dice: *“Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE”*.

También se encuentra probado que la Convocante devolvió la cartera insoluta al Distrito el 21 de diciembre de 2015,

²²⁵ FRANCO MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padua, Cedam, 1998, p. 63.

²²⁶ Folio 11, Cuaderno de Pruebas 1.

como consta en el Oficio radicado CMV-T90-2335 el 23 de diciembre de 2015²²⁷, aspecto que reiteró mediante oficio con radicado EXT-AMC-16-0024268 del 20 de abril de 2016²²⁸.

Mediante prueba pericial²²⁹, anexada a la demanda rendida por el experto, JUAN CARLOS FRIAS MORALES, quien realizó el análisis demostrativo de que la entidad convocada no realizó los pagos debidos a la convocante en los montos y plazos en correspondientes, por lo que el perito comprobó que por concepto de estas pretensiones, el Distrito adeuda la suma de \$1.801.294.184,47 por cartera insoluta; \$1.580.478.671,08 por intereses de financiamiento del 13 de julio de 2010 al 13 de julio de 2015; \$160.786.644,44 por intereses de financiamiento del 14 de julio de 2015 hasta el 13 de enero de 2016 y \$339.380.685,78 por intereses de financiamiento DTF+6 del 14 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 y \$256.234.097,74 por intereses de mora del 14 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 a la tasa del 12%, para un total de \$4.138.174.283,52.

Los árbitros dan pleno valor probatorio tanto a los documentos mencionados en este apartado del Laudo Arbitral como al dictamen citado, por encontrar que aquellas fueron pruebas regular y oportunamente aportadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Ley 1563 de 2012, y son apreciadas en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica; aunado al hecho de que los referidos documentos no fueron tachados de falsos, y el dictamen pericial se encuentra ajustado a lo establecido en los artículos 226 y siguientes del citado estatuto procesal.

Por todo lo analizado, este Tribunal arbitral dispondrá en la parte resolutive del laudo la prosperidad de la pretensión segunda declarativa y primera de condena, o sea, declarará o reconocerá a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada como cartera insoluta, según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01 – 05” condenando al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagarle a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de \$4.138.174.283,52, monto determinado por el perito por tal concepto.

3.2.3. TERCERA PRETENSION DECLARATIVA Y SEGUNDA DE CONDENA.

La sociedad demandante, en la tercera pretensión declarativa solicita *“que se declare como acreencia o saldo a su favor y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores del CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la*

²²⁷ Folios 423 y 424, Cuaderno de Pruebas 1.

²²⁸ Folios 425 a 431, Cuaderno de Pruebas 1.

²²⁹ Folio 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “Garantía de ingreso por valorización” y se le condene a pagarle de ello el valor que se llegará a probar de ello más los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales”.

Funda sus pretensiones la convocante en los “errores de riego” en que afirma incurrió el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital –, y el consecuente incumplimiento del contrato por ese aspecto, de conformidad con lo establecido en los hechos numerados en su demanda del 4.2.2. a 4.2.2.8., que se pasan a sintetizar.

Manifiesta la parte convocante en la demanda que el Distrito, a través del Departamento Administrativo de Valorización Distrital, expidió la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, por la cual distribuyó y asignó entre los propietarios y poseedores de la zona de influencia del proyecto, la suma de CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTE. (\$14.672.380.322), como valor total del Contrato de Concesión VAL 001 - 05.

Que de conformidad con el artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 064, a cada propietario o poseedor se le debía asignar individualmente la contribución distribuida conforme el Anexo No. 1 "Tabla de riego y asignación individual del proyecto", actos que quedaron en firme tal como lo comunicó el Distrito mediante oficios VAL-DJ-7-2010-000857 del 09 de julio de 2010, y VAL-DJ-10-2010-001147 del 08 de octubre de 2010.

Que luego de la ejecutoria de la Resolución de Riego y de los actos administrativos iniciales de asignación individual de la contribución, se detectaron tanto de oficio por el Distrito, como por advertencia del concesionario y de algunos propietarios y/ o poseedores, incongruencias en el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 que implicaron disminuciones en los gravámenes asignados.

Afirma la demandante que la materialización de la modificación enunciada en el párrafo anterior se realizó, en algunos casos, mediante la expedición de actos administrativos proferidos por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, y en otros, atendió a sentencias judiciales, los que relacionó así: Resolución No. 1873 del 22 de marzo de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010254000; Resolución No. 5845 del 20 de agosto de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000; y, Sentencia de 23 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con Ponencia del Magistrado de aquel entonces José Fernández Osario, dentro del radicado 157 de 2012, Medio de Control Nulidad y

Restablecimiento del Derecho, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010204000.

Igualmente, manifiesta el convocante que de conformidad con la cláusula vigésima del contrato de concesión, referente a la "*Garantía de ingreso por valorización*", el concedente como responsable de decretar, la distribución y liquidación de la contribución de valorización, debía garantizar y compensar al concesionario por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios y/o poseedores resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, y que en virtud de lo anterior, radica en cabeza del Distrito la obligación de cancelarle las sumas que como consecuencia de un "error de riego" se llegaren a probar en el proceso arbitral.

Por último, en la etapa de alegaciones al reiterar la pretensión bajo estudio y valoró tales errores de conformidad con el dictamen pericial aportado como prueba de ello.

Por su parte, la entidad convocada al contestar la demanda no hace referencia específica a los hechos relativos a los errores de riego pero si niega la pretensión de condena de ello e indica que se opone a esa pretensión.

La Procuraduría Delegada, a su vez, respecto de la pretensión que se estudia manifestó:

"No se encuentran los elementos de prueba que le permitan considerar que debe accederse a ella, mucho menos si como aparece en el expediente ya dentro del trámite arbitral de CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena y el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, fue proferido laudo de 14 de octubre de 2014, f. 240, el cual en su ordinal 17º condenó a la ahora demandada al pago de lo pretendido en este asunto, esto es las sumas derivadas de las disminuciones individuales por contribución de valorización superiores al 0.5% causadas por la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios en la zona de influencia del proyecto".

Pasa el tribunal a exponer sus consideraciones respecto de la pretensión objeto de estudio, para lo cual, como primera medida, nos remitiremos a las reflexiones acerca del contrato, pruebas y su valoración para las pretensiones antes estudiadas, por resultar aplicables a la pretensión que se estudia en este aparte.

Es menester recordar que pretensión similar a la que en esta ocasión se estudia también fue objeto de pronunciamiento en Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 proferido dentro del proceso arbitral promovido por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, aportado al proceso como prueba documental anexa a la demanda y contra la cual no se formuló tacha alguna por parte de la parte convocada, motivo por el cual, dado la identidad de partes y de pretensiones, considera este Tribunal relevante traer a colación sus consideraciones al

respecto:

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

En efecto, se trata de pretensiones muy objetivas desprendidas de lo pactado por las partes en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión VAL 001 – 05, relativa a la Garantía de ingreso por Valorización, mediante la cual se pactó lo siguiente:

“El concedente, como responsable de la decretación, distribución y liquidación de la contribución de valorización garantizará y compensará al concesionario por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios como resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto. Este balance se efectuará trimestralmente a partir de la iniciación del cobro. Se contabilizará y pagará trimestralmente con su respectiva tasa de interés moratorio conforme a lo establecido en este contrato”.

A través de las pruebas documentales aportadas a la demanda, entre otras el Contrato de Concesión celebrado por las partes y sus modificatorios de fechas 20 de febrero de 2007, 26 de junio de 2008, 12 de julio de 2013, 26 de marzo de 2014, 12 de diciembre de 2014 y 29 de abril de 2015, las Resoluciones No. 1873 del 22 de marzo de 2013, No. 5845 del 20 de agosto de 2013 y la sentencia de 23 de agosto de 2013, así como el dictamen rendido por el perito Juan Carlos Frías Morales, en el cual consta la existencia de los errores en la distribución del riego en un total de \$746.624.368,86 a la fecha del dictamen pericial, los cuales, de conformidad con los argumentos expuestos, deberán ser reconocidos, motivo por el cual se ordenará su pago en la parte resolutive del presente Laudo Arbitral.

Ahora bien, como acotación final a las anteriores reflexiones, debe precisarse que los reconocimientos que se hacen en el presente laudo arbitral están referidos a yerros de riego diferentes a los ya reconocidos en el enunciado Laudo Arbitral del 14 de octubre de 2014.

En efecto, en el Laudo de 14 de octubre de 2014 se reconoció y condenó de conformidad con las siguientes consideraciones:

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

(...)

*Por todo lo anterior el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativas de la demanda arbitral, probada la pretensión sexta declarativa de la demanda arbitral y accederá a declaración cuarta de condena relativa a este concepto la cual se logró probar en un valor de **TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL CINCUENTA PESOS (\$3.788.210.050)**, a corte de veintitrés (23) de abril de dos mil cuatro (2014). A su vez, se declarará no probada la excepción propuesta por la Convocada denominada “Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL 01 – 05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto al riego por valorización”.*

En esta oportunidad, el Tribunal se ocupa de la petición de la parte actora relacionada con la expedición la Resolución No. 1873 del 22 de marzo de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010254000; la Resolución No. 5845 del 20 de agosto de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000; y la Sentencia de 23 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con Ponencia del Magistrado de aquel entonces José Fernández Osario, dentro del radicado 157 de 2012, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010204000, como ya se había dicho en esta providencia, integrado por los siguientes conceptos que incluyen error en el riego como capital, intereses de financiación e intereses de mora en las cuantías y plazos señalados en el dictamen de marras, que totalizan las siguientes sumas:

Referencia catastral	Total error de riego
000100010254000	\$25.390.156,31
000100010255000	\$18.727.263,18

000100010204000	\$702.506.949,37
TOTAL	\$746.624.368,86

3.2.4. CUARTA PRETENSION DECLARATIVA Y TERCERA DE CONDENA.

Pretende la parte convocante que *“se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el CONCESIONARIO para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto”*.

Argumenta en su demanda que durante la etapa de construcción el concesionario identificó que el ítem denominado dentro del presupuesto de obra como *“Terraplén con material de préstamo”*, no cumplía con las especificaciones técnicas INVIAS INV-220, motivo por el cual se debió construir una corona al terraplén utilizando el ítem *“Terraplén con material seleccionado e=30cm”*, en aras de garantizar la calidad y estabilidad del proyecto. Afirma, además, que dicha ejecución constituye una obra adicional al contrato que por tal debe ser reconocida y pagada. En su alegato de conclusión, la convocante reitera lo indicado en su demanda sin presentar el análisis probatorio de por qué debe el Tribunal acceder a la pretensión que se analiza.

La parte convocada, si bien no realizó pronunciamiento sobre los hechos relacionados con la pretensión bajo estudio, sí se opuso a la pretensión misma y propuso la excepción de falta de prueba, como ya se indicó, manifestando que de conformidad con la jurisprudencia nacional, tanto para que se declare la mayor permanencia como para la declaratoria de obras adicionales, se requiere que el demandante haya demostrado plenamente dentro del proceso, ya sean los perjuicios, ocurrencia y monto, en el evento de la mayor permanencia de obra; o que se encontraban previamente autorizadas y recibidas de conformidad por el contratista, en el caso de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra.

Por su parte, el Procurador Delegado conceptuó que no se encuentra dentro del expediente prueba alguna de la ejecución de las obras cuyo reconocimiento se solicita, agregando además un análisis de la sentencia de unificación de Consejo de Estado respecto de la procedencia de la *actio in rem verso*, concluyendo que en el presente asunto no se reúnen los requisitos para la declaratoria del enriquecimiento sin causa.

Pasa ahora el panel arbitral a exponer sus consideraciones en relación con la pretensión objeto de estudio.

Al respecto, considera necesario este Tribunal, como primera medida, analizar si la construcción de una corona de terraplén con material seleccionado e=30 cm dentro del contrato de marras constituía una obra adicional, o por el

contrario una mayor cantidad de obra, en aras de determinar el marco normativo aplicable, y en uno u otro caso, si obra prueba en el expediente relativas a ello.

El Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha expresado que la diferencia esencial entre una mayor cantidad de obra y la obra adicional consiste en que mientras la primera se entiende como ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato, es decir, que las obras fueron contratadas pero su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, las segundas se entienden como aquellas obras carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios, es decir, se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución en determinadas circunstancias resulta necesaria.

Así mismo, el Contrato de Concesión N° VAL-001-05, establece en la cláusula décima novena, lo siguiente:

“CLAUSULA DECIMA NOVENA: OBRAS COMPLEMENTARIAS. - 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 ítems, las cantidades y os precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si los ítems de estas obras complementarias están contemplados 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 CONCEDENTE compensará el precio de estas obras con cargo a los recursos provenientes de su presupuesto previo trámite de la disponibilidad presupuestal y el respectivo registro para cumplir con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 en armonía con el decreto 111 de 1996 del proyecto.”.

Esta cláusula fue modificada por la Cláusula Primera del Contrato Modificatorio N° 03, en los siguientes términos:

*“CLAUSULA DECIMA NOVENA: OBRAS COMPLEMENTARIAS. - 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 ítems, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si los ítems de estas obras complementarias. (sic) **El precio unitario deberá ser acordado por las partes, conforme a los***

índices del mercado: EL CONCEDENTE compensará el precio de estas obras con cargo a los recursos provenientes de su presupuesto previo trámite de la disponibilidad presupuestal y el respectivo registro para cumplir con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 en armonía con el decreto 111 de 1996 del proyecto”.

Es claro, entonces, que lo establecido en la Cláusula décima novena *ibídem* (modificada posteriormente por la Cláusula N° 1 del Contrato Modificatorio N° 03), bajo el nombre de *Obras Complementarias*, no constituye otra cosa que lo que jurisprudencialmente se ha reconocido como obras adicionales.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, no existe duda alguna de que la adición de obras como la de “*una corona al terraplén*” en material diferente al presupuestado inicialmente —en caso de que se comprobare su celebración y ejecución de conformidad con los requisitos contractuales y legales— constituiría una obra adicional a cuyo reconocimiento y pago se encontraría obligada la entidad contratante, toda vez que constituye un ítem que no se encuentra regulado por el Contrato de Concesión N° VAL-001-05 que se encuentra por fuera del marco obligatorio del mismo.

Así mismo, con relación al reconocimiento y pago de las obras adicionales, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, dentro del proceso identificado con el radicado interno N° 23829²³⁰, manifestó:

*“(…) Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra – entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- **se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo.** De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atender el contratista.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

²³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de Noviembre de 2013, Exp. 23829.

Ahora bien, en aras de determinar si en el presente caso se reúnen los requisitos para el reconocimiento de obras adicionales, a la luz de lo consagrado por la jurisprudencia y el contrato mismo, se analizarán las pruebas que obran en el expediente:

El convocante dentro del acápite de la demanda denominado “RELACIÓN POBATORIA” en el aparte “9.1.4. DOCUMENTALES: PRUEBAS RELACIONADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA SUMA EQUIVALENTE AL MATERIAL SELECCIONADO UTILIZADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA CORONA DE TERRAPLÉN, COMO OBRA ADICIONAL EJECUTADA POR EL CONCESIONARIO NECESARIA PARA GARANTIZAR LA CALIDAD Y ESTABILIDAD DEL PROYECTO”, aporta como pruebas las siguientes:

- 1) Factura de venta N° 1106 de fecha 28 de octubre de 2014, emitida por la firma PROYETZA S.A.S., como vendedor, al patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO BBVA FIDUCIARIA S.A., como beneficiario o comprador, en la cual se hace constar como concepto el “SUMINISTRO Y COMPACTACIÓN DE MATERIAL GANULAR, ZAHORRA PARA TERRAPLEN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90 CON LA CORDIALIDAD CARTAGENA”²³¹.

Al respecto se precisa que la factura, como título valor que es, no constituye prueba alguna de la ejecución de las obras cuya declaración pretende el convocante.

- 2) Oficio con radicado EXT-AMC.13-0027020 de 22 de abril de 2011, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a la Directora del Departamento Administrativo de Valorización Distrital – Clara Calderón Muñoz; por medio del cual se pone de manifiesto que “para cumplir con el trazado total del proyecto y mantener las condiciones de diseño actual, se hace necesario la inclusión de nuevos ítems al Contrato VAL 001-05, tales como: Suministro de material seleccionado para terraplén; Transporte, extendido y compactada de material seleccionado para terraplén; Empradización o protección de taludes; Estudio y diseño de intersección vial Ruta 90 – Cordialidad; Estudio y diseño de intersección vial Ruta 90 – Vía al Mar; Estudio y diseño a solución vial acceso a Tierra Baja; Obras Hidráulicas en el K2 + 150; Obras Hidráulicas en el K9 + 350 (Arroyo Mata Gente); Enrocados y Protección; Conformación de Rasante.”²³².

Y Oficio con radicado EXT-AMC.13-0028400 DE 26 DE ABRIL DE 2013, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a la Directora del Departamento Administrativo de Valorización

²³¹ Folio 468, Cuaderno de Pruebas 1.

²³² Folio 469, Cuaderno de Pruebas 1.

Distrital – Clara Calderón Muñoz; por medio del cual se *“hace entrega del Presupuesto de Obras adicionales, ítems complementarios y APU’S del proyecto Ruta 90 para su estudio y aprobación.”*²³³.

Se encuentra demostrado con los oficios enunciados únicamente la planificación y cuantificación de las cantidades necesarias para la realización de unas obras adicionales en aras de preservar la estabilidad y calidad del proyecto; sin embargo, nuevamente no es dable colegir de éstos el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de una obra adicional, tales como la aceptación por parte de la entidad contratante protocolizada mediante la suscripción de Contrato Adicional.

Además, los oficios relacionados en sí mismos no constituyen prueba siquiera indiciaria de la ejecución de las obras cuya declaratoria se persigue.

- 3) Acta de Reunión N° 007-2013 de 14 de marzo de 2013²³⁴, en la cual, en relación con el tema que nos atañe, consta lo siguiente:

“El Ing. DIEGO ALVAREZ manifiesta que el material del Terraplén contemplado en las especificaciones técnicas, no cumple para la obra que se ejecutando. (sic) Aduce que por su experiencia en otros proyectos, dicho material ha presentado inconvenientes, y que no se ajusta a los parámetros del INVIAS. Por lo anterior solicita que le permitan sugerir una (sic) material con una especificación particular, a someterla a la aprobación de la interventoría.

El Ing. HIRAM PRESTON responde al criterio del Ing. ALVAREZ, sustentando que en el Manual del Invias existe un error, y que acogerse a los parámetros allí contemplados, es imposible para cualquier proyecto que se ejecute. Explica las bondades del material que se estableció n las especificaciones técnicas. Adicionalmente manifiesta que, para el proyecto en particular, la interventoría está adelantando un ensayo de contracción y expansión.

Se deja constancia de que el material que está en las especificaciones técnicas, está aprobado por la interventoría, hasta obtener el resultado de la prueba de ensayo de contracción y expansión.”

De conformidad con lo anterior, el acta bajo estudio constituye prueba de que el contratista puso en conocimiento del contratante la necesidad de realización de unas obras en aras de garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, pero que ni la interventoría ni la entidad contratante habían reconocido la procedencia o necesidad de las mismas, ni autorizado su ejecución a la fecha de realización de dicha reunión.

²³³ Folio 470, Cuaderno de Pruebas 1.

²³⁴ Folios 471 a 477, Cuaderno de Pruebas 1.

- 4) Oficio con radicado CMV-T90-2074-13 de 20 de mayo de 2013, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a el Director de Interventoría – Hiram Prestan Prestan; en el cual consta:

“Nos dirigimos a usted con el fin de comunicarles que el material de terraplén cortado en sitio para la obra en curso no se ajusta a las condiciones granulométricas de las especificaciones INVIAS #220 (elaboración de terraplenes).

Solicito a usted una valoración de materiales externos sea el caso o la incorporación de alguna especificación para completar la estructura.

En la pasada reunión que tuvo lugar el día 8 de mayo del año en curso, se definió que la corona de terraplén (los últimos 30 cms) será de material externo; motivo por el cual solicitamos de manera formal su aprobación a esta situación y a su vez la definición de la especificación particular para este caso”.

Nuevamente, no es dable para este tribunal, colegir del presente oficio la aceptación por parte del contratante a través de un contrato adicional y mucho menos la ejecución por parte del contratista de las obras cuya declaratoria persigue.

- 5) Concepto de 11 de junio de 2013²³⁵, suscrito por Álvaro Ignacio Covo Torres, dirigido al señor Diego Armando Álvarez Hernández, en el cual se le informa:

“De acuerdo con los resultados de clasificación efectuados sobre los materiales de corte de la zona, encontramos que el pasa tamiz 200 del material es mayor que las especificadas por las normas INVIA. Vale anotar que la estructura de pavimento recomendada funcionaria satisfactoriamente dado que el CBR de dicho material de la zona, compactado al 95 por ciento de la densidad máxima obtenida en el ensayo de Proctor modificado, es mayor que 8 por ciento.

Con el ánimo de cumplir las Normas INVIAS, recomendamos utilizar el material de la zona para conforma el terraplén hasta a cota -0,30 del nivel terminado de corona. De este nivel hacia abajo recomendamos utilizar el material cortado del sitio compactándolo de acuerdo con las especificaciones del proyecto. Una vez terminado el terraplén se podrá colocar la estructura de pavimento de acuerdo con el diseño original del proyecto”.

Dicho concepto constituye prueba únicamente de que se realizaron ciertos estudios en aras de determinar la viabilidad de la obra en la corona del terraplén, y la importancia del cambio de material; sin embargo, nuevamente

²³⁵ Folio 479, Cuaderno de Pruebas 1.

con tal prueba tampoco le es suficiente al Tribunal concluir la ejecución de la obra o su aceptación por parte de la entidad contratante, mucho menos su formalización a través de contrato adicional alguno.

- 6) Dictamen pericial técnico de 26 de diciembre de 2013, rendido por el ingeniero Ernesto Rafael Merlano Morales, así como memorial de 11 de abril de 2014, por medio del cual aclaró y complementó el dictamen pericial, dentro del proceso arbitral promovido por Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (sociedad que fue absorbida por la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, motivo por el cual este tribunal considera pertinente traer a colación las consideraciones esbozadas por el Tribunal en el Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014²³⁶:

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

Así mismo, el ingeniero Ernesto Rafael Merlano Morales compareció en calidad de testigo en este proceso y se refirió al dictamen pericial técnico de 26 de diciembre de 2013 y el memorial de 11 de abril de 2014 que lo aclaró y complementó rendidos por él dentro del proceso arbitral promovido por Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y allegados a éste proceso como prueba documental con la demanda, quien en su declaración fue contundente al afirmar la necesidad del cambio de material así como también que las obras relacionadas con la corona del terraplén no estaban construidas y que no le consta si con posterioridad a su dictamen fueron tenidas en cuenta las recomendaciones técnicas que él incorporó en las conclusiones de su experticia²³⁷.

- 7) ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DEFINITIVO DE OBRA²³⁸ suscrita el 30 de octubre de 2015, por el Representante Legal de la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Myriam Álvarez Torres, el Gerente Técnico de la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Diego Álvarez Hernández, el Interventor Mayron Vergel A., y el Director D.A.V.D. – Ramón León, en la cual se deja la siguiente constancia: “La interventoría deja

²³⁶ Folios 207 a 421, Cuaderno de Pruebas 1. Subrayado fuera del texto original.

²³⁷ Minuto 56:14 de la grabación de la audiencia de reconocimiento de documento realizada el 24 de agosto de 2018. Folio 471 Cuaderno de Pruebas 2.

²³⁸ Folios 188 a 190, Cuaderno de Pruebas 1.

constancia que las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales de acuerdo con los diseños, planos, cartera y especificaciones estipuladas para este proyecto, y que son las realmente ejecutadas”, pero no se deja constancia de que fuera cambiado el material de la corona y que por ello debiera el Distrito hacer algún reconocimiento en favor del contratista, lo cual también cierra la posibilidad probatoria a este Tribunal para hacer ese tipo de reconocimientos.

- 8) *SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN BILATERAL* suscrita por la Representante Legal de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Myriam Esther Álvarez Torrez, dirigido a la Alcaldía de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, presentado el 18 de marzo de 2018, identificado con el radicado EXT-AMC-16-0017485²³⁹, en la cual únicamente se solicita el reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: Cartera Insoluta; Cuentas por pagar reconocidas relativas al Modificadorio N° 03 y adicional en obras; Gastos no presupuestados y autorizados por el distrito y Errores de Rieque.

Para este tribunal, si bien es claro en qué instancias es necesario que se plasmen salvedades, si llama la atención la actitud omisiva por parte del contratista tanto en el acta de entrega y recibo definitivo, como en la solicitud de liquidación bilateral, respecto de los gastos incurridos y cuya declaratoria persigue por medio de la pretensión objeto de estudio en relación con el reconocimiento de costos por el cambio de la corona del terraplén.

De conformidad con lo anterior, es claro para este Tribunal que del acervo probatorio puede concluirse la importancia del cambio de material para la construcción de la corona del terraplén; pero también que no hay prueba de que la entidad convocada hubiese acordado con el contratista la ejecución de obras diferentes a las pactadas en el contrato a través de un contrato adicional, deficiencia probatoria que ya ha sido puesta en conocimiento de la convocante desde Laudo de 14 de octubre de 2014).

Tampoco obra prueba en el expediente que acredite que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias hubiere recibido obras distintas a aquellas contratadas o que hubiese accedido a la ejecución de obras adicionales sin reconocer su valor por lo que no puede ahora el contratista aspirar costos superiores a los convenidos contractualmente.

La parte convocante no aportó en momento alguno prueba idónea y pertinente que permitiera concluir siquiera la ejecución misma de la obra cuya declaratoria persigue, esto es, el cambio de material de la corona del terraplén de *material de préstamo a material seleccionado e=30 cms.*

²³⁹ Folios 202 a 206, Cuaderno de pruebas 1.

Ahora, manifestó la apoderada de la parte convocante en sus alegatos de conclusión lo siguiente:

“En aplicación a la jurisprudencia actual, estamos frente a un caso en el que la formalidad contractual, no tiene asidero, pues probada está la inconveniencia técnica con consecuencias de orden público, de que el Contratista utilizara el Terraplén con material de préstamo en su proceso constructivo, y también está probado que la no utilización del Terraplén con material seleccionado e=30cm ocasionaría graves perjuicios con incidencia en la calidad y estabilidad vial, que es deber del co-contratante salvaguardar al tratarse de una obra pública que de no contar con los mínimos ordenados en las normas técnicas nacionales pondría en peligro la vida e integridad de la comunidad en general”.

Se pretende con lo anterior la aplicación de la jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa, que ha establecido reiterada en múltiples ocasiones por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, proferida dentro del Expediente 24.897, la Sección Tercera de la Corporación unificó su jurisprudencia en el sentido de afirmar “que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador”.

*No obstante lo anterior, la Sala también admitió hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, aunque insistió en que **“estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva**, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó”.*

Así la Sala previó que los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso serían entre otros los siguientes:

“(…) a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.”²⁴⁰ (Subrayado y negrillas por fuera del texto original).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, no halla el Tribunal que se configure ninguna de las causales previamente señaladas para el reconocimiento excepcional de actividades catalogadas dentro de la *actio de in rem verso*, aun aceptando en gracia de discusión que el cambio del material resultaba imperativo. Lo cierto es que no se comprueba ni el constreñimiento por parte de la entidad contratante, ni la urgencia en la ejecución de la obra en aras de preservar la salud o la vida que imposibilitara la suscripción del contrato adicional, ni mucho menos que se tratara de una situación ante la cual debiera declararse la urgencia manifiesta.

La inexistencia de un contrato adicional previo a la ejecución de las obras que se alegan realizadas por el concesionario, se traduciría en un flagrante incumplimiento de la cláusula décima novena del Contrato de Concesión VAL 001-05 (modificada posteriormente por la Cláusula N° 1 del Contrato Modificatorio N° 03), motivo por el cual las pretensiones cuarta declarativa y tercera de condena de la demanda no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3.2.5. QUINTA PRETENSÓN DECLARATIVA Y CUARTA DE CONDENA.

Pretende la parte convocante que “se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES SAS y en contra el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la

²⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. 38.724.

suma equivalente de los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.”.

Hace referencia entonces a los saldos provenientes de los gastos en los que incurrió GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. con ocasión de la consulta previa que mediante sentencia de tutela de abril 16 de 2013, dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, se ordenó al Distrito realizar en las comunidades afrodescendientes vecinas al proyecto ejecutado, lo que sustenta en los argumentos que se exponen a continuación²⁴¹.

Manifiesta la parte convocante que por la realización del proceso de consulta propiamente dicha, incurrió en el pago de la suma equivalente a treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000) que devienen de la celebración del contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -Asococ Mi tambó-, el 28 de julio de 2014²⁴².

Igualmente afirma que por la contratación de mano de obra de la comunidad, a partir de la adición del contrato de concesión, por obras hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, incurrió en la erogación equivalente al valor de ciento ochenta y tres millones cuatrocientos cuarenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos (\$ 183'441.481), con base en el contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y Virgilio Girado Marrugo²⁴³.

Por último, hizo referencia al dictamen pericial rendido por el Perito Contador Juan Carlos Frías Morales, en el que se liquida la actualización monetaria de los anteriores conceptos²⁴⁴.

En relación con la pretensión bajo estudio, la parte convocada señaló que en el presente caso al distribuir *“la carga de las pruebas, se le exige al demandante probar determinado hecho pues que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”*, así mismo se opuso a las mismas y propuso la falta de prueba y la ausencia de salvedades en el acta de entrega como pretensiones perentorias, excepciones éstas consistentes, básicamente, en que no era procedente el reconocimiento de las erogaciones expuestas por la parte convocante, por cuanto para el reconocimiento de obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso, así como el hecho de que asistía en cabeza de la convocante el deber de formular salvedades y/o reclamaciones en el acta de entrega y recibo final, y en general, en las diferentes actas de suspensión o reiniciación de la obra del Contrato de Concesión VAL - 001 – 05.

²⁴¹ Folios 567 a 577, Cuaderno de Pruebas 1.

²⁴² Folios 518 a 524, Cuaderno de Pruebas 1.

²⁴³ Folios 536 a 538, Cuaderno de Pruebas 1

²⁴⁴ Folios 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

Por su parte, el Procurador Delegado se opuso, tomando como basamento la jurisprudencia del Consejo de Estado mediante la cual se unificó la posición de la corporación en torno a la procedencia de la *actio in rem verso*, concluyendo que en el caso bajo estudio no hay lugar a reconocer suma alguna a la sociedad contratista por el concepto que se analiza en este apartado.

Procede el panel arbitral a exponer sus consideraciones en relación con las pretensiones objeto de estudio.

En cuanto a los gastos resultantes de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, por la suma treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000), destinados a la realización del mencionado proceso de consulta previa, considera el Tribunal que es pertinente declarar la procedencia de su reconocimiento y pago a favor de la convocante, en aplicación de los artículos 13 y 23 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 1603 del Código Civil, según los cuales las partes de un contrato deben obrar de buena fe en sus relaciones contractuales, incluido el deber de colaboración que éstas deben brindarse recíprocamente; así mismo, en atención al deber del juzgador de interpretar, calificar e integrar los contratos materia de valoración procesal.

Sobre estos principios y deberes, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones. Es así como, en providencia de 12 de agosto de 2014²⁴⁵, afirma:

“La buena fe en los contratos estatales contribuye a interpretar las consecuencias que tienen las irregularidades del negocio.

Para valorar las consecuencias de las irregularidades que se presentan en la actuación contractual, hay que tener en cuenta el principio de la buena fe, que rige las relaciones de negocios, tanto en el derecho privado como en el público. En este horizonte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil “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.”

²⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,, sentencia de 12 de agosto de 2014, Exp. 28.565.

Pero los tratadistas Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve señalan, en la obra Derecho Civil de las Obligaciones, que la buena fe contractual no debe incorporarse, únicamente, en la etapa de ejecución de los acuerdos, sino que se extiende a la celebración del contrato, es decir que se exige en varias etapas de la actividad negocial, como lo dispone el artículo 871 del Código de Comercio: “Esta buena fe, referida a la ejecución del contrato, o sea a la especial conducta o comportamiento a cargo del deudor en el cumplimiento y del acreedor en recibir la prestación, se extiende hoy, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, también a la misma celebración del contrato. Esto indica que la buena fe se exige en varios momentos: en primer lugar, durante la vida del contrato; y, finalmente, en la propia ejecución del mismo.”

(...) Y el principio de la buena fe rige en la contratación estatal porque si bien no está reglado en la Ley 80, así lo invocan, entre otros, los artículos 13 y 23 del mismo estatuto, que remiten a los principios generales del derecho, al artículo 83 de la Constitución Política y a la legislación civil y comercial: “Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.

El artículo 13 establece que los contratos que celebren las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales, salvo en los asuntos regulados por el estatuto de la contratación administrativa, y se reitera que como el tema no se trató en dicha norma, no implica, de ninguna manera, que la actividad contractual de las entidades públicas esté exenta del principio de la buena fe. En ese orden, debe acudir, como lo explica el artículo en mención, a lo previsto en el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Además, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de los sujetos de la contratación estatal también se desarrollan con arreglo a los principios que dispone el mismo estatuto, a los postulados que rigen la función administrativa, a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos; a las reglas de interpretación de la contratación, a los principios generales del derecho y a los particulares del derecho administrativo. En ese orden, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política “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.”

En esta línea de pensamiento, es un principio en virtud del cual los contratantes deben obrar con lealtad, honradez y conciencia de rectitud. Los tratadista (sic) Valencia Zea y Ortiz Monsalve se refieren al respecto, en los siguientes términos: "...la buena fe exige que los contratantes obren con lealtad, es decir que se debe emplear con los demás una conducta ajustada a las exigencias del decoro social y de la honradez, o sea, tener la conciencia de que se obra rectamente... La existencia de una conciencia recta tiene la virtud de objetivarse, e indica que los contratantes deben conformarse con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, es decir, con un determinado standard de usos sociales y de buenas costumbres. La buena fe significa 'que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes'".

Así mismo, en cuanto al deber de interpretar, calificar e integrar los contratos, en lo pertinente al caso concreto, la misma Corporación sostuvo:

"Interpretación, calificación e integración de los Contratos.

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio. La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

(...) En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos)²⁴⁶.

Volviendo al estudio del caso concreto, en el CONTRATO de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, al pie de las firmas de las partes mencionadas figura la refrendación del mismo por la Directora de Valorización Distrital de entonces, Dra. Cecilia Bermúdez Sagre. Adicionalmente, se encuentran las constancias de las órdenes de pago y de recibo que prueban la erogación acordada en el referido contrato de prestación de servicios²⁴⁷.

Aun cuando conforme con la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, que tuteló los derechos de las minorías étnicas de Puerto Rey y Tierra Baja, la obligación de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades vecinas al proyecto recayó en el Distrito, se probó en el presente trámite que Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) asumió la obligación de contratar y pagar la gestión de la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, para el desarrollo de tales consultas con la anuencia de la entidad estatal hoy convocada. Y por cuanto dicho proceso de consulta previa resultaba imperativo, por orden de autoridad jurisdiccional competente, se constituyó en una obligación de ineludible cumplimiento para el Distrito, con lo cual, de no haberse realizado, no habría podido darse continuidad regular a la ejecución del contrato de concesión materia de este proceso.

En consecuencia, atendiendo el principio de la buena fe, singularizado también en el deber de colaboración que se espera de la partes de un contrato, así como la necesidad de integrar el negocio jurídico en el estudio del presente proceso, encuentra el Tribunal que aun cuando en el Contrato VAL 001 – 05 no se estipuló que el contratista debía encargarse de la atención de procesos tales como el de consulta previa a las comunidades vecinas al Proyecto objeto del referido contrato, es evidente que la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena ordenó al Distrito realizar en las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tal

²⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2f016, Exp 41.783.

²⁴⁷ Folios 525 a 535, Cuaderno de Pruebas 1.

trámite con carácter imperativo, de tal manera que no era posible sustraerse a la orden librada por la autoridad jurisdiccional, lo cual se constituyó en un deber obligatorio para darle continuidad regular al proyecto.

Así las cosas, para este Panel Arbitral están probados tanto la existencia del contrato en mención como el gasto por éste generado y el pago final del valor o precio del mismo por la suma de treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000) a favor de la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó, valores que, según consta en el peritaje rendido por el perito JUAN CARLOS FRIAS MORALES, se le deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 12% por \$10.522.568,66, para un total de \$45.090.568,66, de conformidad con los montos, cálculos y plazos contenidos en la experticia.

Si bien en lo relativo al análisis que se hace en el dictamen pericial en cuanto a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito que se reconocerán en este Laudo, aquel incluye a la citada suma una indexación equivalente a \$5.724.505,58, valor que no reconocerá el Tribunal en razón a que las variables de la fórmula de indexación que utiliza el perito no son las que se aplicarán en la presente providencia, como se explicará en el aparte correspondiente.

Por otro lado, con relación al reconocimiento de las erogaciones en las que, alega el convocante, debió incurrir con ocasión de la suscripción del contrato No. 6050-01-2015 celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo, el Tribunal despachará de manera desfavorable dicha pretensión, de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación:

En efecto, en el referido contrato no figura ningún tipo de refrendación o autorización por parte del Director de Valorización Distrital o de alguna otra autoridad distrital, ni para la celebración del mismo ni para el pago pactado a favor del contratista Virgilio Girado Marrugo; y tampoco aparece prueba alguna de que se haya producido ese egreso, ni de que haya sido recibido el pago de tal monto, por el señor Virgilio Girado Marrugo.

Por el contrario, figura en el expediente la prueba de que el Distrito acordó con la Constructora Montecarlo Vías S.A.S., adicionar al alcance físico del Contrato de Concesión Val 001 – 05, *“la obligación del Concesionario de ejecutar obras complementarias hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y obras hidráulicas en el K2 + 150 y en el k9 + 350, según los ítems, cantidades y precios descritos a continuación:*

ITEM	DESCRIPCION	UN	CANTIDAD	VALOR UNITA	VALOR PARCIAL
1	Trazado y localización	ML	6.026,00	\$3.5611,00	\$21.458.586,00
2	Conformación de Rasante	ML	6.592,00	\$2.820,00	\$18.589.440,00

Cunetas					
3	Demolición de Estructuras	M3	75,65	70.133,00	\$5.305.561,45
4	Relleno de Material Seleccionado	M3	1.000,00	\$41.013,00	\$41.013.000,00
5	Excavación en Material Seco	M3	1.000,00	\$20.225,00	\$20.225.000,00
6	Excavación en Material Húmedo	M3	500,00	\$23.400,00	\$11.700.000,00
7	Concreto para Box 3500 PSI	M3	92,40	\$638.231,83	\$58.972.621,09
8	Acero para Box	KG	15.386,70	\$4.209,00	\$64.762.620,30
9	Cunetas en Concreto 3000 PSI cm y a=0.5 m	ML	5.270,00	\$52.550,00	\$276.938.500,00
10	Bordillo en Concreto 3000 PSI	ML	5.270,00	\$32.556,00	\$171.570.120,00
11	Batea en Concreto MR42	M2	223,20	\$115.639,00	\$25.810.624,80
COSTO TOTAL					\$716.346.073,64

Lo transcrito literalmente se encuentra en el “Contrato Modificatorio No. 03 y Adicional en Obras Complementarias al Contrato de Concesión Val 01 – 05”, celebrado el 29 de abril de 2015²⁴⁸, en el cual las partes reconocieron la necesidad de las obras que se fijaron en el objeto del mismo, así como de cumplir la ya mencionada sentencia de tutela del 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, y de actualizar los precios unitarios conforme con lo proveído en el ya mencionado Laudo Arbitral de octubre 14 de 2014, todo lo cual reza, entre otros, en los numerales 8, 9 y 13 del acápite de consideraciones previas del referido Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

Así mismo, en las cláusulas cuarta y quinta del mentado Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras se fijó como valor de la inversión de las obras complementarias, la suma de \$716.346.073.64, que se pagaría mediante actas parciales de avance de obra, en proporción al 25% cada una, previa aprobación por parte de la Subdirección Técnica del Departamento Administrativo de Valorización Distrital.

Además, reposan en el expediente, a folios 54 a 57, los siguientes certificados presupuestales relativos a este Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras:

²⁴⁸ Folios 49 a 53, Cuaderno de Pruebas 1.

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 26 de febrero 12 de 2015.
- Certificado de Registro Presupuestal No. 319 de septiembre 9 de 2015.
- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 19 de febrero 23 de 2016.
- Certificado de Registro Presupuestal No. 72 de febrero 23 de 2016.

Siendo ello así, es claro para el Tribunal que se trata de las mismas obras hidráulicas de las que regula el contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo que ahora se analiza pues, de no ser así, habría una doble contratación para las mismas obras.

Por lo mismo, si el Distrito reconoció la pertinencia, ejecución y pago de las obras hidráulicas en tales corregimientos (Puerto Rey y Tierra Baja), como consta en el ya citado *Contrato Modificadorio No. 03 y Adicional en Obras Complementaria al Contrato de Concesión Val 01 – 05*, no puede ser procedente volver a reconocer la existencia de tal negocio jurídico mediante otro contrato ni la obligación de pago a favor de la convocante, salvo que ésta probare que tal pago no se cumplió, o que se trató de una erogación por fuera de lo previsto en el referido Contrato Modificadorio 03 y Adicional de Obras, lo cual no está demostrado en este pleito.

En efecto, al analizar el acervo probatorio, no encuentra el Tribunal probada la existencia de ésa específica deuda a cargo del Distrito, pues aquella no aportó la autorización singular del concedente para la celebración del contrato No. 6050-01-2015 suscrito el 25 de mayo de 2015 con Virgilio Girado Marrugo, ni tampoco aportó la convocante prueba alguna de órdenes de pago y de recibo por la suma de ciento ochenta y tres millones cuatrocientos cuarenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos (\$ 183.441.481) a favor del referido contratista Virgilio Girado Marrugo.

Pese a lo anterior, sustenta la convocante en su demanda la procedencia del reconocimiento del pago de la mencionada erogación por valor de \$183.441.481 en el hecho de que la contratación del señor Virgilio Girado Marrugo fue provocada *“por un compromiso adquirido por el DISTRITO en el marco del proceso de consulta previa, para vincular mano de obra de la comunidad, lo cual terminó resultado una erogación efectuada por el CONCESIONARIO, quien vinculó al señor GIRADO MARRUGO en representación de la comunidad”*.

Sin embargo, no se entiende por qué en la comunicación suscrita por la señora Myriam Esther Álvarez Torres en su condición de representante legal de Constructora Montecarlo Vías S.A.S., dirigida a la Alcaldía Mayor de Cartagena y al Departamento Administrativo de Valorización Distrital, por la cual la convocante solicitó la liquidación bilateral del Contrato de Concesión No. VAL 001 – 05 de septiembre 2 de 2005²⁴⁹, al referirse a las cuentas por pagar reconocidas en el Modificadorio 03 y Adicional en Obras sólo menciona la suma de \$716.346.073,64 como monto

²⁴⁹ Folios 202 a 206, Cuaderno de Pruebas 1.

total a pagar por las obras relacionadas con la Consulta Previa en las comunidades de Puerto Rey y Tierra Baja, pero omite referirse específicamente a la suma de \$183.441.481 pactada a favor del referido contratista Virgilio Girado Marrugo, con lo cual se puede inferir que la mano de obra en mención se encuentra incluida dentro de la suma de \$716.346.073,64 como monto total a pagar por las obras relacionadas con la consulta previa en las comunidades de Puerto Rey y Tierra Baja que se acordaron en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

A lo anterior se suma la evidencia de que en el Contrato No. 6050-01-2015 suscrito el 25 de mayo de 2015 no fue acompañado por la parte convocante con pruebas similares a las aportadas para el Contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 con la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -Asococ Mi tambó-, esto es, que sólo figura copia del Contrato No. 6050-01-2015, sin ningún otro anexo dirigido a probar el pago al subcontratista Girado Marrugo, salvo su anexo, denominado "TABLA DE CONDICIONES CONTRACTUALES", fechado 09-Abr-07 (Ver folio 572 del expediente), lo cual, por cierto, hace más oscura aún la solicitud de reconocimiento de pago formulada en la quinta pretensión declarativa propuesta en su demanda por la convocante, por cuanto en dicho Anexo se puede apreciar que todos sus ítems corresponden a ítems idénticos en cuanto a la unidad de medida (UN) y en la cantidad, que los asentados en cuerpo del Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras según los ítems, cantidades y precios descritos en el cuadro que en este laudo se ha tenido a bien transcribir literalmente en este mismo acápite.

Para más señas, nótese la identidad total entre lo pactado en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras y el referido Contrato No. 6050-01-2015, salvo en los valores unitarios y parciales, de los ítems denominados como "Demolición de estructuras", "Relleno con material seleccionado", "excavación en material seco", "Excavación en material húmedo", "Concreto para BOX 3500 Psi", "Acero para BOX", "Cunetas en concreto 3000 Psi e=15 cm y a=0.5 m", "Bordillo en concreto 3000 PSI" y "Batea en concreto MR42".

Por lo mismo, hay lugar a cuestionar la procedencia del reconocimiento de pago de la erogación que se reclama en la quinta pretensión declarativa formulada en su demanda por la convocante, pues se entiende que se contrató la mano de obra de la comunidad sujeto de la consulta previa, conforme con la literalidad del Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

Como queda claro, complejo resulta dilucidar si la mano de obra contratada mediante el Contrato No. 6050-01-2015 que se analiza ahora quedó o no incluida o si tal subcontratación deviene directamente o no de lo pactado en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional en Obras, pues, en principio, salta a la vista que el Contrato No. 6050-01-2015 contiene o se refiere a ítems que figuran en el referido Modificatorio 03 y Adicional en Obras ya mencionado, por lo que, aunado ello a la deficiencia de material probatorio expuesta en el presente acápite, este Tribunal habrá de

denegar las pretensiones bajo estudio en lo atinente al reconocimiento de las erogaciones en las que, alega el convocante, debió incurrir con ocasión de la suscripción del contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015, entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones quinta declarativa y cuarta de condena, así:

- En cuanto al Contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi Tambó-, para los efectos de la actualización del valor que por este proveído se reconoce a favor de la convocante, y a cargo del Distrito de Cartagena de Indias, se considerará el dictamen pericial rendido por el Perito Contador Juan Carlos Frías Morales, de conformidad con el cual asiste en cabeza de la entidad convocante la obligación de compensar la suma de \$45.090.568,66 y así se dispondrá en la parte resolutive del laudo.
- En cuanto al Contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo, se negará esta petición por lo ya considerado.

3.3. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

De conformidad con lo expresado en el acápite 3.2.1. del presente laudo arbitral referido al estudio de la “*PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA*” y una vez estudiadas todas las excepciones, pretensiones y pruebas recaudadas, el tribunal se ocupará de la liquidación del Contrato de Concesión VAL 001-05 celebrado entre las partes convocante y convocada el 5 de septiembre de 2005, que dispondrá en la parte resolutive, así:

DATOS GENERALES DEL CONTRATO

CONTRATO No.: VAL 001 – 05 de septiembre 2 de 2005

MODALIDAD: Contrato de Concesión.

CONTRATISTA: Consorcio Vial Cartagena, cedido a Constructora Montecarlo Vías S.A.S., hoy GAM Construcciones S.A.S.

CONTRATANTE:

Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C.

OBJETO:

“Otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión para que realice los estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras durante el período de concesión del Proyecto denominado “Obra Pública Con Diseño Del Contratista Para La Construcción De La Vía Transversal Que Une El Anillo Vial O Ruta 90ª, Con La Cordialidad, Partiendo De La Intersección Del Anillo Vial Con La Vía Manzanillo Del Mar Hasta La Intersección Con La Cordialidad, Y La Vía De Penetración Desde El Anillo Vial Pasando Por Tierra Baja Y El Mejoramiento Desde Tierra Baja Hasta La Intersección Con Esta Transversal”, el cual incluye la elaboración de diseños de la vía según las especificaciones técnicas; construcción de la vía; la financiación del proyecto, los costos de administración de los diseños y estudios llevados a cabo por el Departamento Administrativo de Valorización y financieros durante el plazo para la recuperación de la inversión y demás aspectos que se derivan de un contrato de esta naturaleza y ofrecidos por el CONCESIONARIO.”

VALOR INICIAL:

\$14.672.380.322

AJUSTES:

+ Ajuste realizado en el numeral 15 de la parte resolutive del Laudo de 14 de octubre de 2014, por valor de \$3.333.596.348, para un total de

FECHA DE SUSCRIPCIÓN:

2 de septiembre 2005.

ACTA DE INICIO:

28 de septiembre de 2005.

**ACTA DE ENTREGA Y RECIBO
DEFINITIVO DE LA OBRA:**

30 de octubre de 2015.

PLAZO EJECUCIÓN:

66 meses

Etapa de Programación: 6 meses.

Etapa de Construcción: 12 meses

Etapa de Concesión: 60 meses

20 de febrero de 2007.

MODIFICATORIO N° 01:

Modifica Clausula 2°, ampliando el término establecido para la Etapa de Programación, de 6 a 9 meses.

26 de junio de 2008.

MODIFICATORIO N° 01 (sic):

Modificó el objeto del contrato, por el siguiente: “EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, el proyecto denominado **“CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90ª, CON LA CORDIALIDAD, partiendo de la intersección del anillo vial con la vía manzanillo del mar hasta la intersección con la cordialidad, y la vía de penetración desde el anillo vial pasando por tierra baja hasta el punto de intersección con la calle de acceso al pueblo”.**

12 de julio de 2013.

CONTRATO ADICIONAL N° 01:

Adicionó la obligación a cargo del contratista de ejecutar obras complementarias hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y en el k2+150 y en el k9+350; para lo cual aumentó el plazo en 3 meses y determinó la suma de \$1.347.123.081,77, para la realización de las obras.

Dicho contrato fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo entre las partes mediante acta de enero de 2014, por no poder darse inicio a la ejecución, por lo que no hay obligaciones pendientes entre las partes.

26 de marzo de 2014.

- CONTRATO ADICIONAL N° 02:** Adiciona el plazo de ejecución en 5 meses y 9 días calendario
12 de diciembre de 2014.
- CONTRATO ADICIONAL N° 03:** Adiciona el plazo de ejecución en 4 meses y 6 días
29 de abril de 2015.
Modifica la cláusula 19 del contrato y adiciona la obligación a cargo del contratista de ejecutar obras complementarias
- CONTRATO MODIFICATORIO N° 03 Y ADICIONAL EN OBRAS COMPLEMENTARIAS:** hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y en el k2+150 y en el k9+350 (plazos, valor, forma de pago, imputaciones presupuestales, garantías, perfeccionamiento y ejecución), por valor de \$716.346.073.64 y un plazo de 3 meses para la ejecución de las obras complementarias.

SUSPENSIONES A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

ACTA DE SUSPENSIÓN N° 1:	3 de octubre de 2005.
ACTA DE REINICIO N° 1:	21 de febrero de 2006.
ACTA DE SUSPENSIÓN N° 2:	19 de mayo de 2006.
ACTA DE REINICIO N° 2:	05 de septiembre de 2006.
ACTA DE SUSPENSIÓN N° 3:	20 de septiembre de 2006.
ACTA DE REINICIO N° 3:	15 de diciembre de 2006.
ACTA DE SUSPENSIÓN N° 4:	15 de agosto de 2007.
ACTA DE REINICIO N° 4:	15 de octubre de 2007.
ACTA DE SUSPENSIÓN N° 5:	16 de diciembre de 2007.
ACTA DE REINICIO N° 5:	05 de noviembre de 2011.

INICIO DE ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE 06 de diciembre de 2011.

ACTA DE SUSPENSIÓN N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 16 de diciembre de 2011.

PRÓRROGA DEL TÉRMINO DE SUSPENSIÓN ACTA N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 17 de enero de 2012.

ACTA DE REINICIO N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 17 de enero de 2013.

ACTA DE SUSPENSIÓN N° 2 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 15 de septiembre de 2013.

ACTA DE REINICIO N° 2 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 26 de marzo de 2014.

VALOR TOTAL EJECUTADO POR EL CONTRATISTA

ETAPAS DEL CONTRATO:

ETAPA DE PROGRAMACIÓN: De 5 de octubre de 2005 a 6 de diciembre de 2011.

ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: De 6 de diciembre de 2011 a 30 de octubre de 2015.

ETAPA DE RECAUDO: De 13 de julio de 2010 a 13 de julio de 2015.

CONCLUSIONES DE LAS SUMAS ADEUDADAS AL CONVOCANTE.

De conformidad con las consideraciones del presente Laudo, se encuentra debidamente probado que el DISTRITO adeuda a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero, que habrán de reconocerse en la parte resolutiva:

Valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta).	\$4.138.174.283,52
Disminuciones individuales de la contribución por valorización, superiores al 0,5%:	\$746.624.368,86
Celebración del contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014:	\$45.090.568,66
TOTAL	\$4.930.388.721,04

Las sumas aquí reconocidas, dando aplicación a las reglas contenidas en los artículos 4.8 y 5.1 de la Ley 80 de 1993 que reconocen el derecho del contratista de recibir el valor intrínseco de la remuneración que le corresponde, y en concordancia con ello la consagración de la actualización de precios, se actualizarán desde la fecha de presentación de la demanda arbitral y hasta la fecha de proferirse el presente laudo, teniendo como índice inicial el del mes de julio de 2017, y como índice final el del mes de septiembre de 2018, así:

$$\text{Vr actualizado} = \text{Histórico} \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$$

Valor histórico: \$4.930.388.721.04 a 3 de agosto de 2017

Índice inicial: Julio 2017 = 137.99

Índice final: Septiembre 2018 = 142.50

Valor actualizado: \$4.931.878.765.32

El Tribunal aclara que, como antes indicó, actualiza el valor de la condena por así disponerlo las normas citadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en concordancia con los artículos 206 del Código General del Proceso y el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y se toma como índice inicial la fecha de presentación de la demanda por razón de que en aplicación de la

normatividad procesal civil, el juramento estimatorio es prueba de su monto, especialmente ante la ausencia de objeción por la parte demandada.

Así las cosas, el Tribunal dará por liquidado el Contrato de Concesión VAL 01-05 celebrado el 02 de septiembre de 2005 entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, de conformidad con lo pretendido en la demanda, la anuencia de la demandada, el concepto de la Procuraduría Delegada y lo probado en este proceso, conforme lo analizado en este laudo.

CAPITULO CUARTO

4. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO.

4.1. COSTAS PROCESALES

Como lo ordenan los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, habrá lugar a costas cuando aparezca en el expediente que aquellas se causaron y en la medida de su comprobación y que *“están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*, por haber sido vencido en juicio el Tribunal condenará en costas al DISTRITO DE CARTAGENA de acuerdo con aquellas causadas en este proceso

En el auto N°07 (Acta N°05) de 16 de abril de 2018, de acuerdo con la Ley 1563 de 2012, el Tribunal Arbitral fijó las suma de dinero para cancelar los honorarios y gastos administrativos de la Cámara de Comercio y demás gastos para su funcionamiento en la suma de cuatrocientos doce millones ochocientos siete mil novecientos pesos con ochenta y un centavos (\$412.807.905,81) incluyendo quince millones de pesos (\$15.000.000,00) para otros gastos, suma a la que se llegó de conformidad con los cálculos realizados en la parte considerativa de dicha providencia; además, se dispuso que la suma decretada se incrementaba en lo corresponda a la aplicación del IVA del diecinueve por ciento (19%) conforme al régimen tributario de los destinatarios de los dineros, sumas que debían cancelar las partes procesales en un cincuenta por ciento (50%) del total, cada una de aquellas.

Mediante correo electrónico del 27 de abril de 2018, la apoderada de la parte convocante informó a la Secretaria del Tribunal que el mismo día, dentro del término legal correspondiente, depositó en la cuenta bancaria dispuesta por el Presidente del Tribunal el valor correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración}, IVA y otros a su cargo.

Posteriormente, teniendo en cuenta que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no consignó las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración y otros a su cargo dentro del término legal, mediante correo electrónico de 2 de mayo de 2018, la apoderada de la convocante, informó a la Secretaria del Tribunal que el mismo día, dentro del término legal correspondiente, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. consignó en la cuenta enunciada en el párrafo anterior, el valor correspondiente al otro cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración y otros a su cargo.

Como en el expediente no consta que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS haya pagado o restituido a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., ni que ésta haya solicitado al Tribunal certificación de ello, de lo que le correspondía como gastos y costos de funcionamiento del tribunal de arbitramento, en la parte resolutive de esta providencia se condenará al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a reembolsar a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., el cincuenta por ciento (50%) de las sumas pagadas por dicha sociedad por dichos conceptos, esto es, la suma de doscientos seis millones cuatrocientos tres mil novecientos cincuenta y dos pesos con novecientos cinco centavos (\$206.403.952,905) más el IVA respectivo del 19% pagado a los árbitros, secretaria y Cámara de Comercio de Cartagena.

Igualmente, se le condenará al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la convocante GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. el otro cincuenta por ciento (50%) que aquella pagó por similar concepto.

Se aclara que de la suma entregada por la parte demandante como otros gastos que el Presidente del Tribunal deberá devolver cuando efectúe la liquidación del proceso, el Distrito podrá compensar de la condena, los valores correspondientes a tales conceptos si no se hubieren causado.

Así mismo, concluye el Tribunal que en cuanto a las agencias en derecho, entendidas como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, la absoluta falta de temeridad de las partes, por ser de única instancia y haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda, se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura N°PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 en relación con la tarifa de los procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al cinco (5%) del valor de las pretensiones, la cual en este proceso, según lo precisado en el Auto N°07 (Acta N°05), asciende a la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS (\$6.630.131.763,45), correspondiendo entonces las agencias en derecho a la suma de \$331.506.588,17.

CAPÍTULO QUINTO

DECISIONES DEL TRIBUNAL

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: DECLÁRASE liquidado el Contrato de Concesión VAL 001 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA (GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

SEGUNDO: DENIÉGASE la excepción denominada *“Incumplimiento del contrato en cuanto al agotamiento de mecanismos en forma ágil, rápida, y directa de sus diferencias relativos a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción”*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

TERCERO: DENIÉGASE la excepción denominada *“Falta de pruebas de los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de concesión VAL 01-05 imputables al Distrito de Cartagena de indias”*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

CUARTO: DENIÉGASE la excepción denominada *“Imposibilidad de Reclamar Incumplimientos en Aspectos no Consignados Expresamente en el acta de terminación”*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

QUINTO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), por incumplimiento de lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001–05, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores de riego de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, por incumplimiento de lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión VAL 001-05, referente a la *“Garantía de ingreso por valorización”*, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el saldo equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia en lo referente al “Contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014”, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DENIÉGASE la pretensión PRIMERA declarativa y la pretensión de condena consecuencial al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL y a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. de pagar suma alguna equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: CONDÉNASE AL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$4.273.424.417.72), por *“valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta)”*, valores que incluyen *“los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% y la indexación, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$771.026.687.17), por concepto de *“errores de EL CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto”*, valores que incluyen *“los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% y la indexación, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS (\$46.564.287.51) por concepto de *“gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia” “Contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014”*, valores que incluyen *“los intereses moratorios causados desde la causación del respectivo gasto, a una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% la indexación, y por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de cuatrocientos doce millones ochocientos siete mil novecientos pesos con ochenta y un centavos (\$412.807.905,81) por concepto del cien por ciento (100%) de los gastos de funcionamiento y honorarios del Tribunal de Arbitramento ordenados más IVA del diecinueve (19%) sobre gastos de Cámara de Comercio y honorarios para un total de cuatrocientos noventa y un millón doscientos cuarenta y un mil cuatrocientos siete pesos (\$491.241.407,00), por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO TERCERO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. por concepto de agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este Laudo la suma de cuatrocientos sesenta y cuatro millones ciento nueve mil doscientos veintitrés pesos con cuarenta y cuatro centavos

(\$464.109.223,44), por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO CUARTO: ORDÉNASE que el pago de las sumas reconocidas en el Laudo Arbitral, sean canceladas en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO QUINTO: DISPÓNGASE el pago de la contribución especial arbitral establecida en la ley 1743 de 2014, la entrega a los Árbitros y Secretaria del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios restantes y por la Presidencia del Tribunal efectúese la liquidación del proceso realizando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme lo ordena el artículo 28 de la ley 1563 de 2012, y lo dispuesto en la parte considerativa, después de la ejecutoria del laudo.

DÉCIMO SEXTO: EXPÍDANSE, por secretaria, copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, el Ministerio Público, y para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

DÉCIMA SÉPTIMO: ORDÉNASE la devolución de expediente para su archivo, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, una vez esté ejecutoriado este laudo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILSON TONCEL GAVIRIA

Presidente

MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA

Árbitro

NICOLÁS PAREJA BERMÚDEZ

Árbitro