

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PORTAL CALICANTO S.A.S.

Contra

TRANSCARIBE S.A.

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural. Diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).-

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo correspondiente del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **PORTAL CALICANTO S.A.S.** y **TRANSCARIBE S.A.** dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 *"para el diseño y construcción del Portal el Gallo y El Patio- Taller del SITM Transcaribe; el diseño, construcción y operación del desarrollo inmobiliario que compone el portal El Gallo, y la construcción del tramo de corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada del portal, Patio- Taller del Sistema de Transporte Masivo de Cartagena, Transcaribe"*, Contrato de Concesión celebrado el 4 de febrero de 2011.

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES Y DESARROLLO DEL PROCESO

I. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

La demanda arbitral fue presentada el 7 de mayo de 2018, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, por el Abogado Jaime Alberto Arrubla Paucar, identificado con cédula de ciudadanía número

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

70.050.456 y portador de la tarjeta profesional número 14.106 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura. La demanda y sus anexos se encuentran contenidos en dos mil ochenta y tres (2.083) folios¹. El apoderado canceló la suma de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS** (\$1.859.356,00), por concepto de gastos iniciales en el trámite arbitral².

II. EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral fue establecido en la Cláusula Ochenta (80) del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010. En razón a ello las controversias planteadas por la convocante están incluidas por la mencionada estipulación que dice así:

"Cláusula 80. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación del presente contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, presentado ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, de acuerdo con las siguientes reglas:

80.1. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, designados por las partes de común acuerdo....

(...)

80.3. Los árbitros decidirán en derecho, conforme a lo establecido por la ley.

80.4. El tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables y en particular por el Decreto 2279 de 1889, ley 23 de 1991, el decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto

¹ Folios 1 a 2083.

² Folio 2084

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

(...)"

III. TRÁMITE INICIAL.

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte de la convocante, se surtió el trámite ordenado por la ley de la siguiente forma:

1. Integración del Tribunal y designación de Árbitros.

La Directora de servicios registrales, arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante comunicación del once (11) de mayo de 2018, invitó a las partes a una reunión el día 16 de Mayo de 2018 a las once de la mañana (11:00 a.m.), para llevar a cabo audiencia de designación de árbitros. Antes de la fecha, la Parte Convocada solicitó aplazamiento, por lo que mediante comunicaciones de fecha quince (15) y dieciséis (16) de mayo de 2018, se fijó como nueva fecha el día 21 de mayo de 2019 a las nueve de la mañana (09:00 a.m.).

El día y hora señalados, se llevó a cabo audiencia de designación de árbitros, en la que fueron nombrados los árbitros WILSON DE JESÚS TONCEL GAVIRIA, CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI y NICOLÁS ANTONIO PAREJA BERMUDEZ como árbitros principales; y RAMÓN SARAVIA, ARLENA HOYOS CAÑAVERA y MARIA DE LOS ÁNGELES BETTIN como árbitros suplentes.

El 21 de mayo de 2018, se comunicó a los árbitros principales su designación, y éstos dentro del término de ley aceptaron su designación.

El 25 de Mayo de 2018, la directora de servicios registrales, arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, remitió a las partes comunicación en la que se indicaba la aceptación por parte de los árbitros para que se pronunciaran sobre su aceptación y deber legal de información. Las partes dentro del término de ley no se pronunciaron.

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

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

El día 12 de Junio de 2018 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en donde asistieron las partes y el Ministerio Público. La Directora de servicios registrales, arbitraje y conciliación, y la Jefe del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, hicieron entrega a los árbitros del expediente y las actuaciones surtidas hasta esa fecha.

Mediante Auto No. 1 de fecha 12 de Junio de 2018 (Acta No. 1), se determinó lo siguiente: 1) Se decretó legalmente instalado el Tribunal Arbitral para dirimir en derecho las controversias surgidas entre PORTAL CALICANTO S.A.S, como parte convocante contra TRANSCARIBE S.A., como parte convocada; 2) Se designó como Presidente del Tribunal al Doctor **WILSON DE JESÚS TONCEL GAVIRIA** y como Secretaria del Tribunal a la Doctora **ERICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.803.798 expedida en Cartagena y Tarjeta Profesional No.120.202 del Consejo Superior de la Judicatura, quienes aceptaron la designación; 3) Se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, ubicado en la calle Santa Teresa No. 32-41 de esta ciudad; 4) Se reconoció personería al Doctor **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**, en calidad de apoderado judicial de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, y en el orden indicado en el poder a los abogados **JAIME ESTEBAN ARRUBLA DEVIS** y **RAFAEL ENRIQUE MCCAUSLAND ECHEVERRY**. 5) Se reconoció personería a la doctora **MARIA PATRICIA PORRAS MENDOZA**, en calidad de apoderada judicial de **TRANSCARIBE S.A.**

Así mismo, el Tribunal decidió mediante Auto No. 3 de la misma fecha, admitir la Demanda presentada por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** contra **TRANSCARIBE S.A.**, por reunir los requisitos de ley; y en el mismo proveído, dispuso correr traslado de la demanda a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en los términos de los artículos 612 del Código General del Proceso, 162 del CPACA y artículo 3 del decreto 1365 de 2013.

Por secretaría se surtió la notificación a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, y se comunicó a las partes la misma.

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

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

En el término de Ley, **TRANSCARIBE S.A.** contestó la demanda refiriéndose a los hechos, se opuso a las pretendido en la misma, excepcionó, aportó y solicitó las pruebas que obran a folios 2273 a 3024, como se precisará más adelante.

De las excepciones se le corrió traslado a la parte convocante el 19 de Septiembre de 2018, quien se refirió a ella mediante memorial presentado el 26 de septiembre de la misma anualidad³.

La parte convocante, el 11 de Octubre de 2018, formuló solicitud de Reforma de la demanda⁴. La reforma fue admitida por el Tribunal mediante auto No. 06 del 11 de octubre de 2018 (Acta 03) de la que se ordenó correr traslado a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Por secretaría se notificó debidamente la reforma de la demanda admitida.

La parte convocada, contestó la reforma de la demanda mediante escrito presentado el uno (1) de noviembre de 2018⁵. Del escrito de contestación se dio traslado a la parte convocante, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado por secretaría.

El apoderado de la Parte Convocante presentó memorial de contestación de las excepciones el día 15 de noviembre de 2018⁶

Mediante auto No. 08 (Acta 04) se señaló fecha para celebrar la audiencia de conciliación el día 23 de Noviembre de 2018 a las 3:00 PM.

4. Audiencia de Conciliación.

El día y hora señalados se celebró Audiencia de Conciliación, a la cual asistieron las partes, sus apoderados y el Ministerio Público. La Parte Convocada, manifestó no tener ánimo conciliatorio de conformidad con las instrucciones del Comité de Conciliaciones de la entidad⁷ motivo por el cual se declaró agotada y fracasada la etapa de conciliación mediante Auto No. 12 del 23 de noviembre de 2018 (Acta No. 05).⁸

³ Folios 3034 a 3041.

⁴ Folios 3062 a 3200.

⁵ Folios 3224-5257 con medios magnéticos.

⁶ Folios 3332-3343

⁷ Folios 3206-3208

⁸ Folios 3367-3385.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

5. Honorarios y Gastos del Tribunal

Una vez agotado el trámite de trabar la relación jurídico procesal de la demanda arbitral, su contestación, la reforma, el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito por la parte Convocante y demás actividades procesales previstas en la ley arbitral, el Tribunal mediante Auto No. 13 y 14 del 23 de noviembre de 2018 (Acta No. 05), procedió a fijar los gastos administrativos del Centro de Arbitraje, honorarios de los árbitros y de la secretaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, los artículos 2.2.4.2.6.2.1. a 2.2.4.2.6.2.4. del Decreto 1069 de 2015 en armonía con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad.⁹

IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

Fracasada la audiencia de conciliación y consignados por la parte convocante y parte convocada la totalidad del monto de los honorarios y gastos decretados, el Tribunal mediante Auto No. 16 del 03 de enero de 2019 (Acta 06) proferido en audiencia privada, citó a las partes y al Ministerio Público a la primera audiencia de trámite en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, para el 18 de enero de 2019 a las 9:00 am, providencia que fue notificada por secretaría a las partes.

El día y hora señalados, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (Acta No. 07), en la cual el Tribunal declaró su propia competencia (Auto No. 17 del 18 de enero de 2019), teniendo en cuenta para ello el contenido de las cláusulas compromisorias suscritas por las partes, como también que no había operado el fenómeno de la caducidad; y además, se pronunció sobre los siguientes aspectos:

1.- LAS PARTES Y SU REPRESENTACIÓN.

1.1. Parte Convocante.

- La convocante, es la sociedad **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, comercial colombiana, de derecho privado, con domicilio principal en esta ciudad de

⁹ Folios 3367-3385.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Cartagena de Indias D.T. y C., constituida por documento privado de 23 de noviembre de 2010, identificada con NIT. 900.411.105-3 y representada legalmente en este proceso por **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE**, como se aprecia del certificado de existencia y representación legal aportado con la demanda.

1.2. Parte Convocada:

- La parte convocada es la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial, con aportes públicos, constituida por escritura pública No. 0654 de julio 15 de 2003, registrada ante la Cámara de Comercio de Cartagena, con domicilio en Cartagena de Indias, identificada con NIT. 806014488-5, autorizada mediante Acuerdo No. 004 de 19 de febrero de 2003 del Concejo Distrital de Cartagena, constituida mediante Escritura Pública No. 0654 de julio 15 de 2003, representada legalmente por **HUMBERTO JOSE RIPOLL DURANGO**, como consta en el certificado de existencia y representación legal de la entidad.

2.- LA DEMANDA.

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

2.1. Hechos en que se sustenta la Demanda Arbitral.

En la demanda reformada que fue admitida por el Tribunal, se plantearon los hechos en los que se fundan las pretensiones, a los cuales se hará referencia de manera detallada en el acápite de las consideraciones del Tribunal.

2.2. Las Pretensiones.

La parte Convocante presentó grupos de pretensiones, principales y subsidiarias, que se retomarán en otro capítulo del presente laudo, así:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Primer grupo de pretensiones: Relacionadas con el retardo de los pagos del otrosí no. 8 al contrato

Segundo grupo de pretensiones: Relacionadas con el pago incompleto de las obligaciones dinerarias a cargo de **TRANSCARIBE S.A.** en el Otrosí no. 8.

Tercer grupo de pretensiones: Relacionadas con la mayor permanencia en obra

Pretensiones subsidiarias a los tres grupos de pretensiones

Grupo de pretensiones comunes a todos los grupos de pretensiones

3.- Contestación a la demanda, excepciones y traslado de las mismas.

La apoderada de la parte Convocada dio respuesta a la demanda y a la reforma de la demanda dentro del término legal, proponiendo para el efecto las siguientes excepciones que se retomarán en los demás capítulos de este laudo:

Excepciones al primer grupo de pretensiones, relacionados con el retardo de los pagos del Otrosí No. 8 al contrato.

-Excepción de Contrato Cumplido.

-Excepción de Cobro de lo no debido.

Excepciones al segundo grupo de pretensiones relacionados con el pago incompleto de las obligaciones dinerarias a cargo de **TRANSCARIBE S.A.** en el Otrosí No. 8.

-Excepción de Estricto Cumplimiento de la Ley.

-Falta de legitimación en la causa por activa

Excepciones al tercer grupo de pretensiones, relacionados con la mayor permanencia en obra

-Inexistencia de los requisitos para que se declare la mayor permanencia.

Excepciones al grupo de pretensiones comunes.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Excepciones a todas las pretensiones: Cualquier otra que resulte probada dentro del proceso.

El apoderado de la parte demandante recorrió en el término de Ley la contestación de la demanda, y de la reforma de la demanda oponiéndose a las excepciones propuestas y solicitando unas pruebas.

4.- Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal

Al decidir sobre su propia competencia, el Tribunal manifestó: a) Que al analizar el contenido de las controversias puestas en su conocimiento, encontró acreditada la existencia del pacto arbitral; b) Que el caso a resolver se subsume en lo previsto por él; c) Que la materia es susceptible de disposición y transacción, por lo que resolvió que al encontrarse reunidos todos los presupuestos procesales decidió asumir su competencia para decidir en derecho, mediante Auto No. 17 del 18 de enero de 2019 (Acta No. 7).¹⁰

5.- Las Pruebas del Proceso.

En la primera audiencia de trámite, por Auto No.17 del 18 de enero de 2019 (Acta No. 07), se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, a excepción de la práctica de la inspección judicial solicitada por la convocante y convocada por improcedente y de la solicitud de oficiar al banco BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, para cotejar el contenido de documentos aportados realizada por la convocada por improcedente. Una vez practicadas las pruebas que fueron decretadas, mediante Auto No. 31 de fecha veintidós (22) de marzo de 2019 (Acta 10) y Auto No. 39 de fecha 18 de junio de 2019 (Acta 17) también se ordenaron algunas pruebas de oficio.

V. TERMINO DEL PROCESO.

Analizadas las cláusulas compromisorias, no se encuentra en ella previsión alguna sobre la duración del proceso, por lo cual tiene aplicación los artículos 10 y 30 de la Ley 1563 de 2012, por lo tanto el término en que debe tramitarse y decidirse es de seis (6) meses.

¹⁰ Folios 3417 a 3433.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

El presente laudo es proferido dentro de la oportunidad legal, teniendo en cuenta las suspensiones del término del proceso que fueron solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal.

VI. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En audiencia que tuvo lugar el día cinco (5) de agosto de 2019, la parte Convocante presentó verbalmente y por escrito sus alegatos de conclusión. La Parte Convocante y el Ministerio Público entregaron sus alegatos por escrito y fueron incorporados al expediente¹¹. La presentación de los alegatos de las partes se hará en los capítulos siguientes del laudo.

VI. AUDIENCIA DE FALLO.

Mediante Auto No. 47 del Acta No. 20 del trece (13) de septiembre de 2019, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.

CAPÍTULO SEGUNDO:

PRESUPUESTOS PROCESALES – NATURALEZA Y REGULACION JURIDICA DEL CONTRATO VINCULANTE ENTRE LAS PARTES - DENOMINADO DE CONCESION No. TC-LPN-004

A. CONCEPTO DE PRESUPUESTOS PROCESALES EN GENERAL

En términos generales los presupuestos procesales son condiciones de hecho y de derecho cuya configuración debe establecerse, por parte del operador judicial – en este caso arbitral-, previas a la iniciación de un proceso y necesarios para que se pueda constituir válidamente la relación jurídico procesal, sin los cuales el proceso no tiene validez formal ni existencia jurídica, o sea, se requiere su acreditación para que la relación jurídico procesal se inicie, se adelante y se puede proferir la decisión final ajustada a derecho, la ausencia de aquellos conduce a un laudo arbitral inhibitorio

¹¹ Folios 6518 a 6604.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

El primer autor que describe el fenómeno jurídico denominado presupuestos procesales es Oscar Von Bülow en el año de 1868, en su "Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", en la que censura la tradicional confusión entre las excepciones y presupuestos procesales, las primeras de libre disposición de las partes al tanto que los segundos son requerimientos previos para la iniciación de la relación jurídica procesal, sugiriendo que los últimos no deben ser de libre disposición de las partes sino que deben permanecer bajo el control del juez de manera oficiosa, siendo objeto de análisis y decisión en la etapa inicial del respectivo procedimiento, y agregamos, lo cual no obsta que en otra etapa del proceso, bajo el control de legalidad del mismo, no se puedan analizar aquellos

Respecto al mismo tema Calamandrei expresó de los presupuestos procesales "*son los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida*", o sea, como también dice son las "*condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito*"

En esta oportunidad se hace referencia a los presupuestos procesales de la demanda bajo el entendido constitucional¹² que el proceso arbitral es judicial, que si bien tiene sus propias reglas, también se le aplica las de la teoría del proceso; por su naturaleza y definición legal el arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido; dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley. La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y

¹² Artículo 116 C.N. "... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

legales o atendiendo a los principios de equidad¹³, por lo que en consecuencia la demanda arbitral debe cumplir con los presupuestos procesales aplicables a aquellas que en rigor o entre otros para el caso arbitral son: (i) demanda en forma (Art. 12 Ley 1563/2012 en armonía con el Artículo 83 y siguientes del CGP) ; (ii) La capacidad procesal de las partes y representación (art 54 CGP); (iii) La competencia de los árbitros; (iv) Pacto arbitral (Artículo 3 Ley 1563/2012) (v) presupuesto materiales como la no caducidad del medio de control y de la prescripción de la pretensión procesal.

B. PRESUPUESTOS EN EL CASO EN ESTUDIO

De acuerdo con las actuaciones surtidas en este proceso arbitral, encontramos que se encuentran acreditados todos los presupuestos procesales obligatorios para iniciar el pleito y proferir el laudo arbitral que en derecho corresponda, tales como lo concerniente al medio de control, el procedimiento, la competencia del Tribunal arbitral y la capacidad procesal para ser parte, además en su curso los Árbitros hicieron control de legalidad avalado por las partes y el ministerio Público

En la audiencia de instalación de este Tribunal, celebrada el doce (12) de junio de dos dieciocho (2018), se profirió el Auto No 03, en el cual se tuvo en cuenta el cumplimiento de los requisitos de la demanda y en razón a ello fue admitida. Luego aquella fue reformada, aspecto estudiado en la audiencia celebrada el once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018) donde se profirió el auto No 06 de dicha fecha en el que se admite la reforma de la demanda al encontrar el Tribunal que dicha reforma cumplía con los requisitos formales indicados en el artículo 22 de la ley 1563 de 2012 en armonía con el Artículo 93 del CGP y el 173 del CPACA, lo cual consta en el Acta No. 03 de esa fecha.

Recordemos que en este Tribunal, al iniciar la audiencia de trámite el dieciocho (18) de enero de dos mil diecinueve (2019), en el auto No 17 de dicha fecha, al declararse competente analizó los presupuestos procesales constatando estos extremos:

- La convocante es **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, sociedad comercial colombiana, de derecho privado, con domicilio principal en Cartagena de Indias
-

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

D.T y C., constituida por documento privado de 23 de noviembre de 2010, identificada con NIT. 900.411.105-3 y representada legalmente por **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE**, como se aprecia del certificado de existencia y representación estudiado; y, en el proceso, por el doctor **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**, en calidad de apoderado judicial principal y en el orden indicado en el poder, a los abogados **JAIME ESTEBAN ARRUBLA DEVIS** y **RAFAEL ENRIQUE MCCAUSLAND ECHEVERRY**.

- La parte convocada es la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial, con aportes públicos, constituida por escritura pública No. 0654 de julio 15 de 2003, registrada ante la Cámara de Comercio de Cartagena, con domicilio en Cartagena de Indias, identificada con NIT. 806014488-5, autorizada mediante Acuerdo No. 004 de 19 de febrero de 2003 de Concejo Distrital de Cartagena, representada legalmente por **HUMBERTO JOSE RIPOLL DURANGO**, como consta en el certificado de existencia y representación legal estudiado y representada en el proceso por la Doctora **MARIA PATRICIA PORRAS MENDOZA**.
- De los documentos aportados al proceso, entre otros, los que dan cuenta de la existencia de las partes, se apreció que ambos extremos de la relación jurídica procesal tienen capacidad para transigir; las controversias planteadas en la demanda arbitral son susceptibles de libre disposición, y están habilitadas contractualmente para someter sus diferencias surgidas del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 celebrado el 4 de febrero de 2011 a la decisión de un Tribunal de Arbitramento por haberse pactado cláusula arbitral
- El Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, fuente del conflicto arbitral planteado en la demanda, en la cláusula segunda establece su naturaleza y lo define como de concesión, señalando que *“esa relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por las entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentren expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, todas aquellas normas aplicables al contrato de concesión, y las demás que las sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado.”*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

- También se revisó que el medio de control – acción contractual - no había caducado en razón a que si bien las partes en el tiempo le hicieron al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 trece (13) modificaciones¹⁴, siendo la última, antes de presentarse la demanda, la que acordaron en el el Otrosí No. 13, celebrada el 29 de junio de 2017 y la demanda arbitral fue presentada el 7 de mayo de 2018, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, por lo que aquella reforma se hizo dentro de los dos años anteriores a la presentación de la demanda y el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo establece en su numeral 2º literal j) que en las demandas relativas a contratos, el término para demandar será de dos (2) años, que se empezaran a contar, entre otras razones, a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento.
- *Ab initio* del contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 Parte I, en el numeral 1.58, las partes definen el Tribunal de Arbitramento como *“un cuerpo colegiado integrado por árbitros que se encuentran temporalmente investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial, en virtud de la voluntad expresa de las partes que difieren a este órgano la solución de sus conflictos en vez de acudir a la jurisdicción ordinaria.”*
- Asimismo, las partes acordaron en la cláusula 80 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, que cualquier divergencia que surja entre ellas *“con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación del presente contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, presentado ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena”*, quedando el Tribunal integrado por tres (3) árbitros, designados por las partes de común acuerdo (cláusula 80.1)

¹⁴ Las modificaciones hechas al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 fueron en el tiempo estas: (i) Otrosí No. 1, de fecha 25 de junio de 2011; (ii) Otrosí No. 2 de fecha 26 de abril de 2012; (iii) Otrosí No. 3 de fecha 5 de octubre de 2012; (iv) Otrosí No. 4 de fecha 28 de diciembre de 2012; (v) Otro si No. 5 de fecha veinte (20) de agosto de 2015; (vi) Otro si No. 6 de fecha siete (7) de septiembre de 2015; (vii) Otro si No. 7 del veintinueve (29) de abril de 2016; (viii) Otro si No. 8 del veintiséis (26) de agosto de 2016; (ix) Otro si No. 9 del 28 de octubre de 2016; (x) Otro si No. 10 del 29 de diciembre de 2016; (xi) Otro si No. 11 del 28 de febrero de 2017; (xii) Otrosí No. 12 del 28 de abril de 2017; y, (xiii) Otrosí No. 13 celebrada el 29 de junio de 2017

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

quienes deciden en derecho de acuerdo con la ley (clausula 80.3).

- También acordaron las partes que *“El tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables y en particular por el Decreto 2279 de 1889, ley 23 de 1991, el decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen”*. (Clausula 80.4).
- Así las cosas, las diferencias planteadas por la convocante están incluidas por la mencionada estipulación, ya transcrita.
- Se encuentra acreditado que los árbitros fueron escogidos de mutuo acuerdo por las partes de la lista oficial de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, quienes aceptaron, nombraron a la secretaria del proceso y declararon tener competencia, la cual se torna en indiscutible en virtud del principio competencia-competencia (*“kompetenz-kompetenz”*).

C. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES CONTRATANTES:

La parte convocante es la sociedad comercial de derecho privado **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, identificada con el NIT. No. 900411105-03, con domicilio en Cartagena de Indias, inscrita en la Cámara de Comercio de Cartagena bajo el No. 09-282206-12, y según el certificado de existencia y representación su objeto social es la suscripción y ejecución del Contrato de Con cesión No. TC-LPN-004 de 2010, por adjudicación de la Licitación Pública No. TC- LPN-004-2010 abierta por **TRANSCARIBE S.A.**

La parte convocada es la sociedad por acciones **TRANSCARIBE S.A.**, la cual, según el certificado de existencia y representación, está constituida por escritura pública No 0654 de julio 18 de 2003 por entidades de derecho público de orden distrital, de carácter comercial, con aportes públicos, cuya creación autorizada por el Concejo de Cartagena mediante el Acuerdo No 004 de 19 de Febrero de 2003, tiene personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, o sea, es una entidad estatal descentralizada por servicios del orden distrital de

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

acuerdo con el artículo segundo de la ley 80 de 1993 y es propietaria del sistema Transcaribe en la ciudad de Cartagena.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de entidad de derecho público de **TRANSCARIBE S.A.**, le es aplicable el ordenamiento jurídico de contratación estatal referenciado en la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas vigentes para la época de celebración y ejecución del contrato, en virtud de lo señalado en el artículo 1 de dicho Estatuto contractual, donde se determina que ese régimen aplica a las entidades estatales y, en su cláusula segunda donde se determina la naturaleza del contrato como de concesión sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, todas aquellas normas aplicables al contrato de concesión y las demás que la sustituyan desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas de derecho privado.

A igual conclusión se llega de la interpretación de las estipulaciones contractuales convenidas por las partes; así se estableció en su cláusula segunda, donde se determina la naturaleza del contrato como de concesión, sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, todas aquellas normas aplicables al contrato de concesión y las demás que la sustituyan desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas de derecho privado.

D. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA Y EL DE CONCESIÓN DE UNA OBRA PUBLICA

Debe el Tribunal determinar la naturaleza jurídica del Contrato No. TC-LPN-004 de 2010 fuente del trámite arbitral, a lo cual ha de llegar conforme a la interpretación del contenido de aquel y sus reformas si estas inciden en su esencia, que le permita establecer sus elementos esenciales y de allí apreciar el régimen jurídico aplicable y de esa manera poder enfocar el estudio de las controversias planteadas en este caso, o sea, para resolver las pretensiones y excepciones presentadas por las partes

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

A criterio de este Tribunal para determinar el régimen aplicable y la naturaleza del contrato **TC-LPN-004 de 2010** es pertinente apreciar algunas diferencias entre el contrato de obra pública y el de concesión de una obra pública.

Tanto los contratos estatales de obra como los de concesión vienen tipificados en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numerales 1º y 4º de esta manera:

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

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

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto."(art 32 numeral 1º)

Contrato de concesión.- *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden". ."(art 32 numeral 4º) .*

- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

La doctrina ha explicado la figura del contrato de obra pública como *"el acto en cuyo mérito el Estado conviene con un tercero la realización de una obra que le permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios."*

Si la "obra" no se vinculare a "funciones esenciales o específicas" del Estado, a "fines públicos" propios del mismo, el contrato no sería "administrativo", pues entonces el Estado, en lugar de realizar "funciones" esenciales y específicas puestas a su cargo por la Constitución, en lugar de cumplir "fines" públicos propios de su calidad de Estado, sólo estaría realizando meras "actividades" instrumentales, como las que podría realizar cualquier administrado o particular¹⁵.

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

Finalmente, se deja suficientemente claro en la definición propuesta, que la obra pública que es el objeto del contrato de obra pública se obtiene mediante el pago de un precio, que es satisfecho por la administración pública..."¹⁶.

El Consejo en concepto de su Sala de Consulta en concepto del año anterior¹⁷ con base en la definición del contrato de obra que hace el artículo 32 de la ley 80/93 dice que *"Con esta definición, el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta*

¹⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo, t. I, Teoría general, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 536 y 537.*

¹⁶ HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos, vol. II, Buenos Aires, ed. De Palma, 1979, 181 y 182.*

¹⁷Rad. 11001-03-06-000-2018-00124-00. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Édgar González López. Concepto de 5 de septiembre de 2018

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

*forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles*¹⁸.

El legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del "trabajo público"¹⁹ y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles.²⁰

El contrato de obra es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio.

"Esta definición tradicional ha sido sustituida en el vigente texto refundido LCSP (artículo 6) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por obra "el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble ", sustitución que no tiene mayor trascendencia, ya que los trabajos que pueden ser objeto de este contrato. La esencia de este contrato

¹⁸ En la legislación española, desde antes de la Ley 9 de 2017, el contrato de obra ha estado referido a una actividad sobre un bien inmueble o a la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo. Al respecto, el artículo 232 del L.C.S.P. clasifica las obras en cuatro grupos: obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, restauración y rehabilitación; obras de reparación simple; obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición. El primer grupo se caracteriza por ser aquellas que dan lugar a la creación de un bien inmueble. Los restantes tipos de obra están referidas a inmuebles preexistentes. En todos los casos, se trata de obras relacionadas con bienes inmuebles. En el mismo sentido, la doctrina señala que este contrato se caracteriza por la realización de una obra "de ingeniería civil" relativa a bienes inmuebles o sobre bienes inmuebles. Cfr. Comentarios a la Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas. Director Rafael Gómez- Ferrer Morant. 1996 Preparación y Adjudicación del contrato de obras. Miguel Sánchez Morón y Jesús García Torres. Civitas Madrid. Pág. 648 y 649

En la legislación argentina, la noción de obra apareja la idea de trabajo público, y para un sector de la doctrina puede referirse a muebles, inmuebles y objetos materiales. MARIENHOLF Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IIIA. Editorial Abeledo - Perriott 1983. Pág. 518. ESCOLA Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. De Palama. Argentina 1979. Parte especial. De Palma, Argentina. 1979.

¹⁹LASSO SAYAGUES Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 11. Tercera edición. Montevideo. Pág. 86 y s.s. DE LAUBADERE André Manuela de Derecho Administrativo. Editorial Temis. 1984. Pág. 822

²⁰GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I. Décimo Sexta Edición. Civitas. Thomson Reuters. Reimpresión 2014. Pág. 776 y 777 "

está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura".

(...)

En términos generales, el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.

Para García De Enterría el contrato de obras es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. En cuanto a su objeto y contenido señala:

"Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Esta definición fue sustituida (. . .) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por "obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble", sustitución que no tiene mayor trascendencia....²¹

La amplitud del concepto de prestaciones que resultan involucradas en un contrato de obra que recaen sobre bienes inmuebles es también patente en la legislación colombiana, en forma similar a lo señalado por la doctrina española.

En efecto, el artículo 32 del Estatuto, a la par que enuncia una serie de actividades (construcción, mantenimiento e instalación), consagra expresamente que el contrato de obra tendrá como objeto "... la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles", y para no dejar duda de la generalidad del concepto agrega "... cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

²¹Ibidem. El autor se está refiriendo al texto refundido LCSP (artículo 6)

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Sin embargo, de la norma legal colombiana no pueden extraerse en forma específica las diferentes actividades que comprende este contrato.

(...)

c) Características.

Entre las características del contrato de obra reseñadas por la doctrina, se encuentran las siguientes:

i) El principio de riesgo y ventura

El contrato de obra pública se ha caracterizado por ser el contrato administrativo por excelencia, y la doctrina lo ha calificado como un contrato de resultado (riesgo y ventura), para mostrar la obligación del contratista de asumir el "alea normal" en su ejecución, en contra posición con el "alea anormal" del contrato previsto para la institución del equilibrio financiero del mismo.

Por ello, el contratista asume el mayor riesgo o menor ventura u onerosidad que pueda significar la obtención del resultado: lo único que importa es el resultado final - la entrega en plazo de la obra terminada- abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él, y el costo que le haya supuesto llegar al mismo²²

Este principio del riesgo y ventura encuentra equilibrio con el principio del contratista colaborador, también recogido por la doctrina, y no significa, como se ha reseñado, un riesgo ilimitado en la ejecución de sus prestaciones, pues al contrario del principio clásico del derecho civil, *lex contractu*, se aceptan modificaciones surgidas de la necesidad de satisfacer el interés general y garantizar la ejecución del contrato, y entre ellas, las teorías sobre equilibrio financiero, para permitir que el contratista pueda continuar con su prestación y obtenga una compensación económica adecuada²³.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Décima edición. Tomo I. Pág. 714 y s.s.

²³ GONZÁLEZ LÓPEZ. Misión de Contratación. Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo I. DNP. La regulación de los Contratos de Obra. Págs. 199 a 202.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Para García de Enterría y Fernández: *"La esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura, que en un momento se creyó propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado. El artículo 215 LCSP subraya este carácter cuando afirma que "la ejecución del contrato se realizan (sic) a riesgo y ventura del contratista", salvo los casos de fuerza mayor (art. 231) y lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Quiere decirse que, como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado; lo único que importa es el resultado final -la entrega en plazo de la obra terminada-, abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él y del coste que para dicho empresario haya supuesto llegar al mismo²⁴*

La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el *alea* normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato. Asimismo, como dijimos el contrato de obra pública lo define el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993 es amplia, ya que permite encuadrar en la misma cualquier actividad material sobre un bien público al consagrar que *"Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*.

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

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Décima edición. Tomo I. Pág. 777

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal.

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

Objeto: la actividad material debe recaer sobre un bien de propiedad del Estado.

El concepto de obra pública ha tenido muchas definiciones, pero una precisa frente a la materia a tratar lo trae la doctrina así "*operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos*"²⁵.

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

En el marco del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la ejecución del contrato de obra puede ser cualquiera que las partes acuerden, a diferencia de lo establecido en el Decreto Ley 222 de 1983, que indicaba de manera expresa las formas bajo las cuales se podía contratar una obra pública. Así lo ha expuesto la jurisprudencia contencioso administrativa:

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

²⁵ TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. "Las obras públicas", *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, num. 100-102, enero-diciembre, 1983, p. 2448.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5º, literal c)²⁶.

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

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

Nominado: La razón de ser de esta categorización, se encuentra en que *"este nombre se lo asigne la ley y muy principalmente al hecho de que ésta lo reglamente o no"*²⁷.

El carácter nominado de los contratos es, entonces, lo que se conoce jurídicamente como un *nomen iuris*, en el sentido de que es la ley la que define su nombre y régimen jurídico.

- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

Dice Sayagués Lazo que la concesión de obra pública es el acto por el 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 aquélla, resaltando estos elementos: a) construcción de una obra pública; b) financiación a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje, siendo este elemento lo que distingue la concesión del contrato de pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio²⁸.

En la Ley 80 de 1993 se estableció la concesión de obra pública como un contrato autónomo frente al de obra pública, presenta rasgos plenamente diferenciables,

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 18.080.

²⁷ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, s.f., p. 37.

²⁸ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.

6690

consagrados en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

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

Así las cosas, la Ley 80 de 1993 identificó la concesión como un contrato autónomo referido o a (i) un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

De la ley de contratación estatal, jurisprudencia, incluso doctrina, colegimos que entre los elementos característicos del contrato de concesión de obra pública tenemos estos:

- Contratante: debe celebrarlo una entidad estatal. Al igual que en el contrato de obra pública, esta no es una característica específica del contrato de obra pública, sino de todos los contratos estatales en los términos de la Ley 80 de 1993, puesto que dicha Ley se refiere en específico a las denominadas entidades estatales en los términos del artículo 2.
- Objeto: otorgar la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra. En este caso se trata de la entrega a la persona natural o jurídica denominada concesionario, la posibilidad de ejecutar actividades materiales sobre un bien público, además exigirle a éste todas las actividades necesarias para el correcto funcionamiento.
- Cláusula del riesgo: En la actualidad los riesgos deben asumirse por quien esté en mejor condición de soportarlos, así se desprende del artículo 4º de la ley

1150 de 2007²⁹ y decretos que lo han desarrollado, lo que no ocurría para la época de los contratos de concesión de primera generación donde prácticamente no había reparto de riesgo y eran asumidas por la entidad.

- Forma de financiación: cualquiera que las partes acuerden. Vemos que la Ley 80 de 1993 no estableció de forma fija de remuneración del concesionario, incluso permitiendo que su pago no sea por medio del cobro a los terceros usuarios de la infraestructura, sino cualquiera que la autonomía de la voluntad permita. En esa medida, el concesionario puede no pagarse con la utilidad esperada de quien hace uso de la infraestructura.
- Vinculación del capital privado: Sin dudas la financiación o la inclusión de aportes en dinero por parte del contratista para la ejecución del proyecto, inversión que luego la contratante le restituye, pues de lo contrario habría enriquecimiento sin causa, es un elemento claro que diferencia este contrato con el de obra, en este último el contratista no hace aportes en dinero y en los primeros hoy tenemos la modalidad de asociación público primada con aporte total del contratista, de lo que el Consejo de Estado³⁰ ha dicho: *"... Puede decirse que la perspectiva con la que hoy en día se estudia la formula concesional está dominada por la necesidad de estimular la inversión privada en diversos proyectos de infraestructura como complemento indispensable de los recursos públicos destinados a ese fin. Este concurso del capital privado encuentra cabal correspondencia con la concepción jurídica moderna del contratista como colaborador del Estado en la realización de sus fines..."*

Entre otras de las sentencias que analizan los elementos del contrato de concesión mencionamos la sentencia C-068/2009 en la cual la Corte Constitucional observa precedentes propios³¹ y del Consejo de Estado³² para decir

²⁹Artículo 4°. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2013. Expediente 47001233100019980621101

³¹ Sentencia C-250 / 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-711 / 1996, M.P. Fabio Morón Díaz

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

que ese contrato (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.

Sigue afirmando la Corte Constitucional en la sentencia de apoyo referenciada³³ que se puede considerar 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 otra persona que es el 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.

De los contratos de concesión, la Doctrina³⁴ también ha señalado:

³² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diciembre 9 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921) Magistrado Ponente. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 19 de junio de 1998, Radicación 10217. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque

³³ Corte Constitucional. *Ibidem*

³⁴ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Tesis Doctoral *"El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

*“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, (...)*

*Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consiste en “la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”, diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la “prestación, operación, explotación, organización o gestión, **total o parcial, de un servicio público**”.*

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

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

contratos estatales, la obra pública, no es una cuestión que pueda desecharse para efectos de la estructuración de negocios de concesión de servicio público”.

“Los contratos de concesión son (...) instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes (...)

“A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos (...)”³⁵.

Más reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁶ precisó que el contrato de concesión de obra pública constituye una herramienta de gestión pública que puede ser utilizada por las entidades estatales cuando consideren que es la forma más idónea de lograr la colaboración de particulares en el emprendimiento de grandes empresas.

Además, cuando crean que este negocio es el mecanismo apto para garantizar la correcta prestación de un servicio público, la construcción y mantenimiento de una obra pública o la explotación de un bien de uso público, si el Estado no cuenta con la inmediata disposición de recursos necesarios para realizarlos de manera directa y exclusiva.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 300 de 2012. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020000177801 (29204), ago. 1 /16

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Es decir, primero recae sobre el concesionario la obligación de aportar todos los recursos necesarios para su culminación, obteniendo como contraprestación el derecho de explotación del bien durante un determinado lapso, el cual se considera suficiente para la recuperación de la inversión y la generación de una utilidad perseguida como resultado de la relación negocial, por medio del cobro de las tarifas o peajes cobrados a los usuarios, sin que la entidad estatal asuma responsabilidad por el éxito económico de la concesión.

Por otro lado, la corporación indicó los elementos para identificar la naturaleza jurídica o la función económico-social de este contrato:

- Se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo.
- El cumplimiento del objeto contractual debe llevarse por el concesionario bajo la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente, en relación con la correcta ejecución de la obra, mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado.
- El concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales podrán ser explotados de manera exclusiva y regularmente, durante los plazos y en las condiciones fijados. Esta remuneración puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación, en una suma periódica, única o porcentual o cualquier otra contraprestación que pacten, conforme el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993.
- Los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado.

E. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO TC-LPN-004 de 2010

Con apoyo en lo visto, pasa el Tribunal a identificar el tipo de contrato al que responde el **TC-LPN-004 de 2010** denominado por las partes de concesión, y si bien explícitamente ello no es tema de controversia en este proceso arbitral, ya que tanto en el pliego de condiciones en el ítem 1.2. se estableció como objeto de la licitación "... adjudicar un contrato de concesión para el diseño y construcción

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

del portal el Gallo y el Patio –Taller del SITM Transcaribe, el diseño, construcción y operación...”, las partes lo admitieron sin reparos. En el texto del contrato (cláusula primera) se califica el contrato como de concesión, y luego el **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en su demanda, como **TRANSCARIBE S.A.** en su contestación, así lo aceptan, por lo que en principio pareciera que el Tribunal está relevado del deber de estudiar la naturaleza del contrato y tenerlo desde ya para todos los efectos del proceso como un contrato de concesión.

No obstante, se debe acotar y precisar que la naturaleza de una determinada relación o negocio jurídico no es aquella que las partes quieran darle por su denominación, la naturaleza de un contrato, que puede ser incluso atípico, la define la esencia del mismo prevista en las estipulaciones que se concierten, siempre que aquellas no sean contra el derecho, moral y buenas costumbres, esencia contractual que es determinante de las normas aplicables al mismo, y en el presente caso enraza aún más este estudio el contenido del Otrosí No 5 firmado entre las partes el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), que obliga al Tribunal a desentrañar la esencia del contrato **TC-LPN-004** de 2010

Ciertamente, del texto original del contrato **TC-LPN-004** de 2010, si bien su objeto, los riesgos asignados y su modulación en general responde a un contrato de concesión, particularmente la forma de remuneración pactada indicada en distintos apartes del contrato, lo que podemos observar partir de la cláusula 1 ítem 4. donde se estipuló: **“Operación del Desarrollo Inmobiliario:**

“Todas las actividades de promoción, operación y administración del desarrollo inmobiliario durante el término de CINCUENTA (50) AÑOS y bajo los derechos y obligaciones que se prevén en el Contrato de Concesión (anexo No.1) y demás documentos licitatorios.

La Concesión otorgará AL CONCESIONARIO el derecho a recibir los ingresos generados por explotar económicamente el desarrollo inmobiliario, construido por su cuenta y riesgo, el derecho a recibir la participación en la tarifa al usuario propuesta en la Proforma 8...”

Luego en la cláusula 4., que se refiere a la duración del contrato, en su numeral 4.3. habla de la etapa de reversión indicando que

“... la reversión sobre el desarrollo inmobiliario tendrá una duración de dos

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

(2) meses, luego de vencidos los CINCUENTA (50) AÑOS sobre los cuales se concede la explotación...

Adelante del clausulado, en el numeral 4.4., habla sobre la etapa de explotación de la concesión, donde dice que tendrá una duración de 18 años con respecto al recibo de ingresos provenientes de la tarifa y esta viene establecida en su artículo 38 donde se acordó:

“... a partir del inicio la etapa de operación regular del contrato, y hasta la fecha de terminación del mismo, el CONCESIONARIO del Patio Portal será remunerado semanalmente con el precio unitario licitado por pasaje pagado y efectivamente utilizado – PPP, por el número de pasajes pagados y efectivamente utilizados en el periodo liquidado – PLP-, y para su cálculo, en esa cláusula 38 las partes establecieron las formulas correspondientes y además Indicaron “Del valor final que se determine como participación del CONCESIONARIO mediante la aplicación de los cálculos mencionado en las cláusulas anteriores, serán deducidas las sumas que arrojen la aplicación de cualquiera de las sanciones por obligaciones incumplidas a favor de TRANSCARIBE S.A. previstas en el presente contrato, que habiéndose causado y sean exigibles durante cualquier periodo de operación, no hallan sido deducidas y los descuentos ofrecidos al usuario y determinado en el comité de operadores...”

En resumen, el ingreso del **PORTAL CALICANTO S.A.S.** lo integraban dos componentes de una modalidad muy propia de los contratos de concesión, como se dice en la parte considerativa del Otrosí No 5:

“... las Partes pactaron como remuneración a favor de aquel por la ejecución de las obras de construcción del Patio Portal El Gallo, un monto de \$ 99 pesos constantes de 2010 por cada pasaje pago, lo cual equivale al 6% de la tarifa total cobrada al usuario y la explotación comercial del centro comercial por el plazo de cincuenta (50) años...”.

F. INCIDENCIA DEL DOCUMENTO CONPES 3823 DE 2014 EN EL CONTRATO POR MODIFICACIÓN QUE SE HICIERE EN EL OTROSÍ No 5.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

Las partes, el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), firmaron el Otrosí No. 5 donde hicieron entre otras estas consideraciones:

"(...) 7. Después del adelanto de los trámites pertinentes por parte de TRANSCARIBE, el día 22 de diciembre de 2014 el Departamento Nacional de Planeación expidió el Documento CONPES 3823, el cual tuvo como objetivo presentar un balance físico y presupuestal de la implementación del SITM Transcaribe en el Distrito de Cartagena y consagrar los nuevos términos para la participación de la Nación en el mismo.

8. En los términos de dicho Documento, en los diferentes procesos que adelantó TRANSCARIBE para la adjudicación de la operación del SITM Transcaribe, " ...uno de los aspectos que de manera reiterada recibió observaciones por parte de los posibles oferentes corresponde a la falta de viabilidad de los modelos financieros, dadas las obligaciones cuya fuente de pago es la tarifa. Así se identificó la necesidad de descargar el componente de infraestructura de la tarifa, como medida para minimizar el riesgo asociado con un insuficiente flujo de caja proveniente de la operación del sistema. (...)"

9. Con base en lo anterior, el Documento CONPES antes mencionado concluye la necesidad de liberar la tarifa de los componentes de infraestructura, con el fin de reestructurar la composición de la misma, de forma tal que se garanticen los recursos necesarios para la adecuada operación del SITM Transcaribe... (...)"

12. Que la viabilidad jurídica de la sustitución de la fuente de pago, con ocasión de la política pública adoptada con el Documento CONPES 3823 de 2014, encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

"3, Modificación de la forma de pago en el contrato de concesión TC - LPN-004-2010

Como se dijo anteriormente, el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004-2010 estipuló la remuneración del contratista bajo la modalidad de tarifa con base en los pasajes pagados por los usuarios.

Ahora bien, según el documento Conpes 3823 de 2014, se modificó la política del gobierno en relación con el transporte público masivo. En efecto el documento explica que:

"Para optimizar la operación del SJTM Transcaribe, se requiere redireccionar los recursos de la tarifa que se prevé desembolsar al concesionario a cargo de la construcción de la infraestructura, destinándolos al financiamiento de actividades propias de operación, lo que redundará en mayores recursos invertidos en alcanzar y mantener adecuados niveles de servicio del sistema. Por estas razones, en la presente documento CONPES se plantea un ajuste en la forma y/o forma de pago al Concesionario Sociedad Portal Calicanto S.A.S., con nuevos aportes que se adicionarán con el presente documento y acciones complementarias de la administración Distrital de Cartagena requeridas para atender este objetivo"¹ (Resaltado fuera del texto)

En esta medida, se está bajo un hecho nuevo imprevisible y extraordinario al momento de la estructuración del contrato de concesión (2010), como fundamento para redireccionar los recursos de la tarifa con el fin de destinar la porción que se libera, como consecuencia de la política pública, a generar una mejor condición a la financiación de las actividades propias de la operación

Así las cosas, en el Otrosí No. 5, conforme a las consideraciones, en parte transcritas, le introdujo al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004- 2010 estas modificaciones:

- El primer párrafo de la Cláusula 1 "OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte de TRANSCARIBE S.A., al CONCESIONARIO EL DISEÑO Y CONSTRUCCION DEL PORTAL EL GALLO Y EL PATIO TALLER DEL SITM TRANSCARIBE, EL DISEÑO Y CONSTRUCCION Y OPERACIÓN DEL DESARROLLO INMOBILIARIO QUE COMPONE EL PORTAL EL GALLO, Y LA CONSTRUCCION DEL TRAMO DEL CORREDOR COMPRENDIDO ENTRE LA TERMINACION DEL TRAMO IV Y LA ENTRADA DEL PORTAL, PATIO - TALLER del Sistema de Transporte Masivo de Cartagena, TRANSCARIBE y su área de influencia; actividades que EL

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

CONCESIONARIO deberá desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de TRANSCARIBE S.A., mediante el pago de la contraprestación establecida en el presente Contrato, y la explotación comercial y/o inmobiliaria del área destinada para construcción del centro comercial."

- El Segundo párrafo del Numeral 4 de la Cláusula 1

"La Concesión otorgará al CONCESIONARIO el derecho a recibir los ingresos generados por explotar económicamente el desarrollo inmobiliario, construido por su cuenta y riesgo."

- Se modifica el numeral 4.4. de la cláusula 4 DURACIÓN DEL CONTRATO, "La etapa de explotación de la Concesión Se refiere a la explotación económica del desarrollo inmobiliario, y la misma tendrá una duración total de CINCUENTA (50) AÑOS"
- Se modifica íntegramente la cláusula 38 del Contrato de Concesión referida a la **REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO:**

*Las Partes pactan como remuneración a favor del **CONCESIONARIO** por la ejecución de las obras de construcción del Patio Taller El Gallo, de acuerdo con la sustitución de la fuente de pago del contrato, la suma de CIENTO VEINTIÚN MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$121.425.000.000,00), la cual **TRANSCARIBE** se compromete a pagar de la siguiente manera:*

- (I) *En la vigencia 2015, se realizará el pago a favor del **CONCESIONARIO** por la suma que corresponde al cincuenta por ciento (50%) del valor acordado en el inciso anterior, esto es, la suma de SESENTA MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE [\$60.712.500.000,00], con cargo a los recursos provenientes del crédito que obtenga **TRANSCARIBE**, El pago se hará efectivo con cargo al primer desembolso del crédito que sea otorgado a **TRANSCARIBE**, el cual se espera verificar a más tardar el 30 de diciembre de 2015,*
- (II) *El saldo correspondiente al cincuenta por ciento (50%) restante, esto es, la suma de SESENTA MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE [\$60.712.500.000,00], será pagado a*

la entrega definitiva de las obras correspondientes al Patio Portal, hito que se espera verificar el 28 de febrero de 2016, como consecuencia de operar la reversión en los términos previstos en el contrato de concesión. En todo caso, el valor será desembolsado con cargo a los recursos provenientes del crédito que sea otorgado a TRANSCARIBE. el pago contra el hito relacionado con la entrega definitiva de las obras estará determinado por el cumplimiento efectivo que haga el concesionario del cronograma que se incluye con el presente OTRO SI

(...) En la CLAUSULA QUINTA del Otrosí No. 5 se acordó:

“En desarrollo de lo pactado en el presente Otrosí, las Partes dejan constancia expresa de su intención de modificar el Contrato de Concesión en todo lo que haga relación a la fuente de la remuneración a favor del CONCESIONARIO a través de una participación en la tarifa que se cobra al usuario del Sistema, sustituyéndola por los recursos aportados en conjunto por la Nación y el Distrito, conforme a lo previsto en el Documento CONPES 3823 de 2014, el Acuerdo Distrital 003 de 2015 y el Otrosí No. 5 al Convenio de Cofinanciación. En consecuencia, cualquier mención a dicha forma de pago o estipulación que tenga relación con ésta o se derive de la misma, debe entenderse como suprimida del Contrato de Concesión.

*De acuerdo con lo anterior, se reconoce por parte del **CONCESIONARIO** que la exclusión del componente de tarifa del Sistema Transcribe, se entiende incluida en todos los Otrosí es o documentos modificatorios al Contrato de Concesión suscrito entre las partes en los cuales se hace mención a esta condición. Adicionalmente, se reconoce esta misma exclusión en las menciones al concesionario de PATIO PORTAL, en los contratos de concesiones y otros si suscrito respecto de las otras concesiones del sistema TRANSCARIBE, particularmente, OPERACIÓN y RECAUDO.*

En todo caso las partes reconocen que la suscripción del presente Otrosí no modifica de manera alguna la naturaleza jurídica del Contrato, el cual consiste en un Contrato de Concesión al que le son aplicables las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del presente documento.”

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

G. LAUDO ANTECEDENTE ENTRE LAS MISMAS PARTES.

En este Laudo Arbitral no es posible dejar de mencionar un primer proceso arbitral entre las mismas partes, e igual a este también convocado por **PORTAL CALICANTO S.A.S** contra **TRANSCARIBE S.A** ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, siendo los Árbitros **RAFEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ Y PATRICIA MIER BARROS** y cuyo Laudo fue proferido el 2 de mayo de 2016, proceso arbitral en el cual se debatieron otras pretensiones diferentes a las que se estudian en este proceso, pero también se estudió naturaleza y régimen jurídico del contrato de **CONCESION TC-L PN-004-2010**, para lo cual en aquel Tribunal igualmente se hace el estudio de los elementos que identifican y diferencian los contratos de obra pública de los de concesión de obra pública y en ese punto se concluyó en aquel Tribunal:

(...) *“es clara la diferencia que existe entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública, toda vez que en el contrato de obra, la actividad que debe desarrollar el contratista se limita a la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble a cambio de un precio, el cual puede determinarse bajo cualquier modalidad de pago, independientemente de que su ejecución se financie por el contratista, y cuya finalidad se agota en el instante en que se finaliza la obra; mientras que en el contrato de concesión de obra la actividad del contratista se concreta no solo en la ejecución de una obra, sino que además incluye la operación y explotación de la misma como responsabilidad, objetivo y finalidad del concesionario sin importar que su forma de remuneración sea la explotación económica por cesión de una tarifa o de un tributo o en el pago directo con cargo al presupuesto público.*

Sin embargo, la actual definición legal de concesión, artículo 32, numeral 5 de la ley 80 de 1993, desvirtuó la noción del negocio concesional e hizo del mismo un contrato en el que, independientemente de la presencia de aquellas otras notas características de la concesión, como bien lo eran la operación, la autofinanciación del proyecto, y la necesidad imperiosa de incluir las obras conexas y complementarias, sencillamente desaparecieron. De esta manera, hoy el contrato de concesión, pudiera asimilarse, en muchos casos, a un contrato de obra y será relevante a los efectos de su nominación la explotación económica del bien y la distribución de riesgos del contrato. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal procederá a estudiar de manera concreta la

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

naturaleza jurídica del contrato No. TC-LPN004 de 2010, para poder determinar con ello la normatividad aplicable y sus consecuencias jurídicas."

La naturaleza jurídica y tipología del **Contrato No. TC-LPN-004 de 2010** la estudió aquel Tribunal se forma similar a como se hace en el presente Laudo, cuyo marco teórico se tiene en cuenta en este laudo, del que transcribimos estos apartes:

En cuanto al objeto del Contrato No. TC-LPN-004 de 2010, el Tribunal observa lo siguiente:

- a. De acuerdo con los estudios previos, elaborados por Transcribe S.A. en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, el objeto perseguido por el proyecto fue desde un comienzo *"el diseño y construcción del Portal El Gallo y el Patio Taller del Sistema Transcribe, el diseño, construcción y operación del desarrollo inmobiliario que compone el portal El Gallo, y la construcción del tramo de corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada del Portal Patio-Taller del Sistema Transcribe"* (literal A del numeral 2 del estudio previo).
- b. Asimismo, en el literal 8 del numeral 2 de los estudios previos, concretamente al describir el alcance del objeto contractual antes mencionado, se especificó que, para el desarrollo de dicho objeto, las actividades que tendría que desarrollar el respectivo contratista serían las de inversión, diseño, construcción y operación del desarrollo inmobiliario, actividades que el Tribunal estudiará más adelante según lo pactado finalmente en el Contrato No. TC-LPN-004 de 2010 por las partes. En relación con ese alcance de las actividades contractuales, el Tribunal advierte que del contenido de los estudios previos del proyecto de una parte la financiación del mismo le corresponde al contratista Calicanto SAS, cumpliendo con el elemento de vinculación de capital privado, pero en lo que respecta al segundo elemento esencial del contrato de concesión, es decir, la ejecución de actividades como las de operación y mantenimiento como explotación de la obra, aparecen ciertas inquietudes sobre su presencia real dentro del clausulado contractual como finalidad perseguida en la ejecución del objeto a pactar.

Por su parte, el pliego de condiciones se limitó a ratificar lo señalado en los estudios previos en cuanto a la descripción del objeto a contratar y la precisión

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

específica de su alcance, lo cual resulta lógico, toda vez que estudios previos y pliego de condiciones deben ser absolutamente coherentes, más aún cuando el parágrafo 2° del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008 disponía que si existía una modificación de elementos mínimos del estudio previo que implicara un cambio fundamental en el mismo, la entidad podía revocar el acto de apertura, con lo cual se buscaba garantizar la identidad de contenido entre el estudio previo y el pliego de condiciones.

- c. Específicamente en relación con el Contrato No. TC-LPN-0004 de 2010 suscrito entre Transcaribe S.A y la sociedad Portal Calicanto S.A.S, el Tribunal encuentra que, de conformidad con la cláusula 1, su objeto contractual se pactó de la siguiente manera:

El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte de TRANSCARIBE S.A. al CONCESIONARIO EL DISEÑO Y CONSTRUCCION DEL PORTAL EL GALLO Y EL PATIO- TALLER DEL SITM TRANSCARIBE, EL DISEÑO, CONSTRUCCION Y OPERACIÓN DEL DESARROLLO INMOBILIARIO QUE COMPONE EL PORTAL EL GALLO, Y LA CONSTRUCCION DEL TRAMO DE CORREDOR COMPRENDIDO ENTRE LA TERMINACION DEL TRAMO IV Y LA ENTRADA DEL PORTAL PATIO-TALLER del Sistema de Transporte Masivo de Cartagena, TRANSCARIBE y su área de influencia; actividad que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de TRANSCARIBE S.A. mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por casa uno de los viajes que constituyen paga y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema Transcaribe, y la explotación comercial y/o inmobiliaria del área destinada para construcción del portal y el patio taller.

De la lectura del objeto contractual se puede determinar, a primera vista, que la finalidad perseguida por las partes parece ser simplemente la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble y no envuelve el desarrollo de actividades conexas o necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra para hacerla útil, en pocas palabras, no demanda la operación y mantenimiento durante e/ término de la concesión. No obstante, como ya se indicó tanto el pacto remuneratorio, que es único, como la distribución de riesgos contractual responden a la noción concesional que es ajena a los riesgos asumibles por un contratista de obra.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

En consonancia con lo anterior, la misma cláusula 1 menciona las actividades que concretan el objeto contractual, tales como la inversión, diseño, construcción y la operación del desarrollo inmobiliario, las cuales pasa a analizar detalladamente el Tribunal:

a. La actividad de inversión, en los términos del Contrato, consiste en:

1. Inversión: *Realización de las inversiones requeridas en /as oportunidades que correspondan para el diseño y construcción del portal El GALLO y el patio- taller del SITM Transcribe, el diseño, construcción y operación del desarrollo inmobiliario que compone el portal EL GALLO, y la construcción del tramo de corredor comprendido entre la terminación del trama IV y la entrada del portal, patio- taller del sistema Transcribe del distrito de Cartagena, de acuerdo con el cronograma del proyecto.*

La inclusión de esta actividad resulta un primer indicio para entender que, efectivamente, se trata de un contrato de concesión, pues lo cierto es que, como lo ha dicho una muy reciente decisión arbitral, "el Contrato de Concesión celebrado comporta un esquema financiero que traslada al concesionario toda la responsabilidad de la financiación, la obtención y colocación de los recursos e inversiones, así como los riesgos financieros, mientras que el contrato de obra pública, generalmente no se realiza con inversiones del contratista, ni éste está encargado de su financiación, sino con el pago de la obra ejecutada calculada con base en precios globales y unitario³⁷. Además, no puede perderse de vista que, como se expresó antes, una de las principales funciones económicas del contrato de concesión -sin que se trate de un elemento que singularice de manera absoluta a dicho contrato- es precisamente la financiación privada, lo cual permite entender que la presencia de la actividad de financiación hace que exista un primer indicio para calificar al contrato como de concesión de obra pública.

b. Por su parte, el diseño consiste en lo siguiente, de acuerdo con lo pactado:

2. Diseño: *Comprende todas las actividades necesarias para la realización de la verificación, ajuste, complementación y optimización de los diseños*

³⁷Tribunal de Arbitramento de Estaciones Metro línea Ltda contra Metro Línea S.A. Laudo de 18 de febrero de 2016.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

básico arquitectónicos y urbanísticos que compone el Portal El Gallo y el patio taller, que son entregados por TRANSCARIBE S.A. al Concesionario de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema TRANSCARIBE que para el efecto se haya establecido en el Apéndice 04 Estudios y Diseños del Concesionario. El recibo de los diseños debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2.1.

Comprende todas las actividades necesarias para la realización de la revisión, verificación, ajuste, complementación y optimización de los diseños básicos geométricos y operacionales que compone el Portal El Gallo y el patio-taller, que son entregados por TRANSCARIBE S. A a/Concesionario.

[. . .]

De acuerdo con lo anterior, otra de las actividades que se encuentra a cargo del contratista Calicanto SAS es la revisión y apropiación de los diseños definitivos con base en la cual se construirán las obras contratadas, obligación que, si bien no es exclusiva de los contratos de concesión de obra pública sino que puede estar presente en otras tipologías contractuales, suele formar parte del objeto complejo que singulariza a la concesión de obra. En ese orden de ideas, la presencia de este segundo elemento permite igualmente asumir que podríamos estar frente a una autentica concesión de obra pública.

c. A su vez la actividad de construcción fue definida contractualmente de la siguiente manera:

3. Construcción:

3.1. Portal y Patio-Taller Comprende todas las actividades que conlleven a la construcción del Portal, del Patio y del desarrollo inmobiliario del Sistema TRANSCARIBE que le sea adjudicado al Concesionario, de conformidad con el diseño aprobado por TRANSCARIBE S.A.

Los permisos, licencias, estudios ambientales y demás requisitos exigidos por las entidades distritales y nacionales para la construcción del Portal, Patio y desarrollo inmobiliario, serán exclusivamente responsabilidad del Concesionario. El recibo de

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

la infraestructura debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2. 2 y 2.3.

3.2. *Tramo de corredor Construir el tramo de corredor comprendido entre el inicio del tramo IV a la altura de la urbanización el gallo hasta la entrada del portal del sistema.*

Dicha construcción debe realizarse siguiendo las especificaciones y diseños suministrados en la presente licitación dando cumplimiento a las salvaguardas establecidas por el Banco Mundial para este tipo de obras (Plan de Manejo Ambiental, Plan de Reasentamiento y Plan de Manejo de Tráfico).

3.3. *Desarrollo inmobiliario La construcción del desarrollo inmobiliario está a cuenta y riesgo del concesionario, así como los trámites de permisos, licencias, estudios ambientales y demás requisitos exigidos por las entidades distritales y nacionales.*

La obligación de ejecución de actividades materiales sobre bienes inmuebles, a la que se refiere el aparte transcrito del Contrato, igualmente forma parte del objeto típico de los contratos de concesión de obra pública, aunque por sí mismo no lo singulariza pero lo cierto es que, como lo expresamos antes la ejecución de estos trabajos materiales es uno de los contenidos que debe tener el objeto de una concesión de obra pública.

d. En cuanto a la actividad de operación del desarrollo inmobiliario se acordó:

3. **Operación del Desarrollo Inmobiliario:** *Todas las actividades de promoción, operación y administración del desarrollo inmobiliario durante el término de CICUENTA (50) AÑOS y bajo los derechos y obligaciones que se prevén en el Contrato de Concesión y demás documentos licitatorios*

La Concesión otorgará al Concesionario el derecho a recibir los ingresos generados por explotar económicamente el desarrollo inmobiliario, construido por su cuenta y riesgo, el derecho a percibir la participación en la tarifa al usuario propuesta en la Proforma 8.

La Concesión se sujetará a las condiciones, requisitos y términos previstos en el contrato de Concesión (Anexo No. 1), el cual contiene y refleja en su totalidad el

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

negocio ofrecido en Concesión, para todos los efectos legales, De igual manera estará sujeta a los términos contenidos en el Pliego de Condiciones y en la totalidad de sus anexos y apéndices."

De acuerdo con lo anterior, el contratista debe hacer el mantenimiento y operación tan solo de una parte de la obra construida. En efecto, como se señaló, las actividades de construcción incluyen el portal, el patio-taller, el tramo del corredor vial y el desarrollo inmobiliario pero la actividad de operación y mantenimiento únicamente recae sobre el desarrollo inmobiliario, pues respecto de las demás la operación, el mantenimiento y la explotación se encuentran en cabeza de **TRANSCARIBE S.A.**, con lo cual aparece la inquietud sobre si realmente puede afirmarse que existe una actividad de explotación de la obra construida y. por ende, si existe un auténtico contrato de concesión de obra pública o simplemente un contrato de obra pública.

Para resolver la anterior inquietud, el Tribunal considera pertinente analizar otros aspectos relevantes del Contrato. En ese sentido, como primera medida, debe tenerse en cuenta lo pactado en la cláusula 4 del Contrato sobre su duración, donde las partes estipularon que éste constaría de cuatro etapas: pre construcción, construcción, reversión y explotación de la concesión. Para las etapas de reversión y explotación de la concesión, se pactó:

4.3. La etapa de reversión tendrá una duración de dos (2) meses y estará comprendida entre la fecha de terminación de la Etapa de Construcción y la fecha en que TRANSCARIBE S.A. le comunique al CONCESIONARIO la recepción a satisfacción del Portal, del Patio-Taller y del tramo del corredor del Sistema TRANSCARIBE que le fue adjudicado.

La reversión sobre el desarrollo inmobiliario tendrá una duración de dos (2) meses luego de vencidos los CINCUENTA (50) AÑOS sobre los cuales se concede la explotación.

4.4 La etapa de explotación de la Concesión: tendrá duración total de dieciocho (18) años, con respecto al recibo de ingresos provenientes de la tarifa contados a partir de la fecha en la cual TRANSCARIBE S.A. imparta la orden de inicio de la etapa de operación regular, la cual estará sujeta al periodo de operación regular de los contratos de operación de transporte y el cobro de la tarifa al usuario por

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

parte del CONCESIONARIO de recaudo en cualquiera de las estaciones del SISTEMA DE TRANSCARIBE.

En concordancia con lo anterior, en las cláusulas 54 a 58, relacionadas con el proceso de reversión, se ratifica que las labores a cargo del contratista se limitan a la financiación, el diseño y la correcta ejecución de las obras del portal, el patio taller y el tramo del corredor vial pues lo cierto es que dicha "reversión" ocurre de manera anticipada, a fin de que **TRANSCARIBE S.A.** pueda ponerlas en servicio.

Así mismo, es preciso tomar en consideración lo pactado en la cláusula 12 del Contrato en la cual se detallan las obligaciones propias del contratista, generales y específicas por etapas. En dicha cláusula se detallan obligaciones relacionadas con el diseño del portal, patio y taller, así como con la construcción del portal patio y taller pero no se hace referencia alguna a la obligación de mantenimiento operación y explotación de esas obras ni tampoco del desarrollo inmobiliario.

Además, en la cláusula 20 las partes acordaron que el contratista transferiría los derechos patrimoniales a su favor a un patrimonio autónomo encargado de administrar la totalidad de los recursos del Sistema Transcaribe, incluyendo los recursos de los demás concesionarios:

20.1 El CONCESIONARIO del Patio Portal, los CONCESIONARIOS de Operación de Transporte, así como los demás Concesionarios del Sistema transferirán de manera irrevocable sus derechos patrimoniales sobre la parte proporcional de los flujos futuros del Sistema al patrimonio autónomo conformado para la administración centralizada de los recursos del Sistema Transcaribe. La administración de los recursos se realizará en los términos previstos en el presente Contrato de Concesión y en el Contrato de Fiducia que deberá suscribir el Concesionario de Patio-Portal, el que para todos los efectos legales, formará parte del presente Contrato de Concesión como contrato accesorio.

Por su parte en el numeral 1.2 del Apéndice 2 del Contrato, referente a las condiciones generales, se convino:

1.2 ADMINISTRACIÓN DEL PORTAL Y DEL PATIO- TALLER. Las instalaciones del Portal serán operadas por TRANSCARIBE S.A. y todas las localidades del Patio- Taller serán operadas y Administradas por el (los) Concesionarios de Transporte al (a los) cual (es) le (s) sea asignado. Estos concesionarios tendrán la

6660
6660

obligación de dotar y abastecer el patio para que cumplan con lo establecido en el contrato de operación mediante los requerimientos, servicios, frecuencias y horarios determinados por TRANSCARIBE S.A. y deberán encargarse del suministro, abastecimiento, el control y el mantenimiento total de la flota asignada a cada concesionario para cumplir con la operación del Transporte Masivo TRANSCARIBE.

TRANSCARIBE S.A. realizará la entrega del Patio- Taller, a los Concesionarios de Transporte para que se encarguen de su dotación, adecuación, asignación, administración y mantenimiento, hasta se reversión al final del contrato de concesión respectivo a TRANSCARIBE S.A.

Todas las actividades realizadas en el Portal y el Patio- Taller podrán ser supervisados por TRANSCARIBE S.A. Para ello siempre primarán los procedimientos y recomendaciones que TRANSCARIBE S.A. establezca al respecto.

De igual modo, en la cláusula 1.5 del mismo apéndice se acordó:

1.5 DOTACIONES BÁSICAS

1.5.1 Concesionario de Construcción del Patio- Taller: *Las dotaciones básicas a cargo del concesionario de construcción del Patio- Taller están contempladas en el Numeral 1.7 y 3, del presente documento.*

1.5.2 Concesionarios de Transporte:

Los concesionarios de Transporte deben prever como mínimo las siguientes dotaciones de equipos, para el buen funcionamiento del Patio- Taller y lograr cumplir con las obligaciones y compromisos contractuales para la Operación normal del Sistema de Transporte TRANSCARIBE, esto sin limitar los que además considere necesarios el Concesionario de Transporte de acuerdo con su experiencia.

A partir de una lectura conjunta de las anteriores cláusulas contractuales, el Tribunal concluye que, respecto del Portal El Gallo, el Patio-Taller del Sistema Transcaribe y el tramo del corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada al Portal, las obligaciones de la sociedad Calicanto SAS se limitarían a

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

financiar, diseñar y construir, sin que para esos aspectos del objeto contractual tuviera la obligación de operación y explotación, lo cual podría llevar a pensar que, respecto de este aspecto del alcance del objeto contractual, se trata de un contrato de obra pública.

En cambio, respecto del desarrollo inmobiliario, la conclusión resulta diametralmente contraria, pues lo cierto es que, según lo estipulado, para esta actividad contractual, la sociedad **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, además de la financiación, diseño y construcción, debía llevar a cabo la operación, mantenimiento y explotación económica de la infraestructura desarrollada. Lo anterior significa, de acuerdo con el marco conceptual fijado atrás, que aquí sí habría un auténtico contrato de concesión de obra pública, pues respecto de dicha actividad, sí se encuentran presentes la totalidad de (os elementos típicos de la citada tipología contractual.

Frente a la anterior contradicción aparente, para el Tribunal es claro que el Contrato No. TC-LP N-004 de 2010 es, en realidad, un contrato de concesión -por corresponder su objeto a la definición legal de este tipo de contrato- pero con un régimen obligacional mixto, en tanto que su objeto y los alcances del mismo participan a la vez, de la noción de contrato de obra pública y de contrato de concesión de obra pública, como se pasa a explicar:

- a. En efecto, el contrato de concesión contiene un régimen obligacional de un contrato de obra pública respecto de las obras de construcción del Portal El Gallo, el Patio-Taller del Sistema Transcribe y el tramo del corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada al Portal, pues lo cierto es que, respecto de tales alcances del objeto contractual, las obligaciones se limitan a la financiación, el diseño y la construcción, aspectos estos que se enmarcan típicamente dentro de un contrato de obra pública.

En ese sentido, debe recordarse que, como recientemente lo ha expresado el Consejo de Estado, el contrato de obra pública "tiene por objeto cualquier realización o intervención (obligación de hacer) material sobre bienes inmuebles, tales como construcción, mantenimiento, instalación sobre los mismos, cualquiera sea la modalidad de ejecución y pago"⁶⁴⁶, de tal manera que la construcción del portal el patio-taller y el tramo del corredor son actividades materiales sobre bienes inmuebles que se ajustan dentro de la definición del contrato de obra pública.

6662

A su vez, respecto de la obligación de financiación, en la misma providencia citada, el Consejo de Estado aclara que "las prestaciones propias del objeto del contrato de obra, no corresponden a un desarrollo taxativo y cerrado del legislador, se trata a no dudarlo de un simple listado apenas enunciativo, pues la administración tiene la potestad de adicionar otras , /as que requiera de acuerdo a sus necesidades que impliquen siempre intervención sobre bienes inmuebles"³⁸, por lo cual, dentro de la libertad en la determinación del contenido del contrato a la que se refiere el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible imponer al contratista la obligación de financiar la ejecución de la obra, sin que ello desnaturalice el carácter de contrato de obra pública.

En ese orden de ideas, las pretensiones relacionadas con la construcción del Portal El Gallo, el Patio- Taller del Sistema Transcribe y el tramo del corredor comprendido entre la terminación del tramo IV y la entrada al Portal deben ser resueltas bajo esta óptica, sin perder de vista los riesgos voluntaria y especialmente asumidos por las partes, así como los derivados de la concesión misma, como bien ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa, en los siguientes términos: "el contratista asumió riesgos adiciona/es a los que normalmente asume quien celebra el contrato de obra pública, lo cual significa que debe soportar los efectos nocivos derivados de hechos relacionados con los mismos, que hayan ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y no estén cobijados por la teoría de la imprevisión (. .) las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar"³⁹

B. En cambio, respecto del llamado desarrollo inmobiliario, a pesar de que el mismo no tiene una definición precisa dentro de las reglas contractuales, lo cierto es que, con las pocas reglas pactadas, puede observarse el cumplimiento de todas las actividades que legalmente forman parte del objeto propio de un contrato

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2015, expediente 39.122

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente 14.043

de concesión de obra pública, lo cual no opone ninguna resistencia conceptual en el análisis que adelanta el Tribunal.

En ese sentido, a juicio del Tribunal, dado que este alcance del objeto contractual pactado efectivamente involucra, de una parte, la obligación de financiación de todas las obras construidas -lo cual responde a la función económica propia de los contratos de concesión- y, de otra, actividades de operación y explotación de las obras construidas hasta su reversión, amén de que dicha operación y explotación será una de las más importantes fuentes de recuperación de inversión privada, debe concluirse que se trata efectivamente de un contrato de concesión de obra pública.

H. CONCLUSION DE ESTE TRIBUNAL EN CUANTO A LA NATURALEZA DEL CONTRATO NO. TC-LP N-004 DE 2010

Visto el estado de las cosas, con apoyo en el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, Doctrina, Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado y el clausulado del contrato en estudio, este Tribunal concluye que desde los pliegos de condiciones y luego en la literalidad del **contrato No. TC-LPN-004- 2010** se incluyeron elementos estructurales del contrato de concesión y lo establecido en el Otrosí No. 5 suscrito el 20 de agosto de 2015 donde se tuvo en cuenta el COMPES 3823, si bien tuvo una gran incidencia en el contrato al modificar parte de la forma de pago del contrato, la correspondiente a la fracción de la tarifa adjudicada a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** que se liberó para ser entregada a los concesionarios de la operación del sistema y se sustituyó por una remuneración de financiación del gobierno nacional, modificándose la cláusula 38 del contrato, no obstante se mantuvo a favor de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** el pago de la contraprestación establecida por la explotación comercial y/o inmobiliaria del área destinada para construcción del centro comercial por cincuenta (50) años, al final de los cuales debe revertir esas construcciones a **TRANSCARIBE**, lo que no cambió la naturaleza y régimen aplicable **CONTRATO TC-LPN-004 de 2010** que se concibió como CONTRATO DE CONCESION, se celebró y construyeron las obras prevista y se mantiene lo que corresponde explotación comercial y/o inmobiliaria cedida al contratista, como contrato de esa naturaleza, pues se repite la forma de pago no es el único elemento que identifica en contrato de concesión, tal como lo indicamos antes, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 4º en el contrato de concesión la remuneración del contratista "puede consistir en derechos, tarifas,

6664

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**” por lo que entonces por el aspecto analizado en el presente caso estamos frente a un contrato de concesión de obra pública.

CAPÍTULO TERCERO:

LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES SEGÚN EL MERITO DE LAS PRUEBAS RECEPCIONADAS

El Tribunal procede a analizar las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas en la contestación de la misma, a la luz de las pruebas y consideraciones jurídicas, como se procede en este apartado del laudo, para determinar la viabilidad o improcedibilidad de aquellas, en todo o en parte.

Para el estudio propuesto en este capítulo del Laudo Arbitral, el Panel Arbitral abordará el análisis de las pretensiones planteadas en la demanda en el orden indicado como primer, segundo y tercer grupo de pretensiones, así como el grupo de pretensiones subsidiarias a los tres grupos anteriores, y las comunes a todos los grupos de pretensiones.

ESTUDIO DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

En el denominado primer grupo de pretensiones el actor presenta unas principales y otras subsidiarias a las primeras, y en ambos casos plantea pretensiones declarativas y de condena.

RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES ANTE LAS PRIMERAS PRETENSIONES

El primer grupo de pretensiones principales y subsidiarias, declarativas y de condena, como se ha dicho, las plantea **PORTAL CALICANTO S.A.S.** al estimar que hubo retardo de los pagos previstos en el Otrosí No. 8 al contrato de concesión, lo cual le causó perjuicios económicos. Considera que **TRANSCRIBE S.A.** no le pagó la suma de COP\$67.211.200.000,00 en el plazo establecido, de

manera implícita, en el Otrosí No 8, que según la demandante era a más tardar el 30 de septiembre de 2016; al no hacerlo así, incumplió con su obligación de pagar para dicha época, por lo que en consecuencia, le causó perjuicios materiales, de un lado, los intereses de mora, entre el 30 de septiembre de 2016 hasta el 23 de febrero de 2017, lo cual corresponde a COP\$6.944.000.000 que indexada hasta el 31 de agosto de 2018 corresponde a COP\$7.366.300.000, por lo que pide se condene a **TRANSCARIBE S.A.** a pagarle tal perjuicio en dinero indexados hasta la fecha efectiva de pago; igualmente se le pague el daño emergente por los intereses pagados a sus financiadores, entre el 30 de septiembre de 2016 hasta el 23 de febrero de 2017 por un valor de COP\$4.730.000.000, que debe indexarse hasta la fecha efectiva de pago que a 31 de agosto de 2018 corresponde a COP\$5.006.000.000.

PORTAL CALICANTO S.A.S. sustenta el primer grupo de pretensiones de su demanda refiriéndole a lo que entiende por incumplimiento del pago de su remuneración pactada en el artículo 38 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, que fue la de recibir una suma fija de dinero por pasajes que pagaren los usuarios del servicio de transporte, conforme fue modificada esa modalidad de pago y valor en los Otrosí No. 5, 7 y 8, exponiendo sus reflexiones de tales modificaciones. Veamos:

FORMA DE PAGO ACORDADA EN EL OTROSI No. 5

PORTAL CALICANTO S.A.S. explica su posición frente a la suscripción del Otrosí No. 5, que en última constituye la génesis sobre todo en lo que afirma en los hechos de su demanda 26 al 28, 47 al 51, 54 al 56, 61, 62, 63, 66, 67, 68, 69 y 75.

La visión expresada por la Convocante, parte del documento CONPES 3823 de diciembre de 2014 expedido por el gobierno nacional para optimizar la operación del SITM que implicaba una modificación a la fuente de pago pactado en la cláusula 38 del contrato. Aquella pasaría de ser una parte de la tarifa por pasajero, para destinarla solo a los costos de operación y mantenimiento del servicio; ello implicaba cambio en las condiciones de remuneración del concesionario en el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004., por establecerle otra fuente de pago. Afirma que **TRANSCARIBE S.A.**, con apoyo en el documento CONPES 3823, impuso la modificación de la forma de pago del Contrato, asumiendo una posición completamente dominante, en lo que sería más una imposición de una política del

Estado al Contrato, que una negociación libre y espontánea del mismo por parte de sus contratantes y en todo caso el cambio de la remuneración se hacía bajo el entendido de que la cifra acordada sería pagada de contado a valor presente a 31 de diciembre 2015, fecha de pago por ser ese el resultado del ejercicio financiero de conversión de la forma de pago.

Explica en su demanda las razones que a su juicio lo obligaron a aceptar el cambio de la forma de pago del contrato:

- Su condición y posición contractual ante la incertidumbre de cuando recibiría los ingresos ya que la operación no se había adjudicado en su totalidad y la forma de pago pactada en su Contrato haría posteriormente inviable la operación
- Posición de sus financiadores quienes se negaban a seguir desembolsando los recursos ante el alto riesgo que existía de que nunca recibiera el pago esperado y no pudiera pagar sus créditos ante la fijación por el CONPES de la política de comprometer todo el recaudo de la tarifa para los operadores, situación que preocupaba especialmente a los entes financiadores del proyecto, quienes veían con escepticismo que efectivamente **PORTAL CALICANTO S.A.S.** fuera a recibir la remuneración pactada en el Contrato y, de rebote, su propia remuneración.
- **PORTAL CALICANTO S.A.S.** explicó que, durante toda la negociación del Otrosí No. 5 para fijar un precio único y determinado se habló que el valor presente a diciembre de 2015, era la fecha máxima en la que se esperaba recibir el pago, única forma de entender el momento del pago, ya que si se aplica una tasa de descuento a una suma de valor futura traída a una fecha presente, ello supone que el pago se dará en dicha fecha. De lo contrario, la aplicación de la tasa de descuento debe ser a la fecha del pago o de forma escalonada o sometidos a condición, de eso nunca se habló. Así se puede ver en correo del representante legal de Portal Calicanto a Transcribe, del 4 de julio de ese año:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

6667

----- Mensaje reenviado -----

De: Arturo Cepeda <arturo.cepeda@barajas.com.co>

Fecha: 4 de junio de 2015, 19:50

Asunto: Fwd: REMISION DE DOCUMENTOS

Para: ercilia barrios <ebarrios@transcaribe.gov.co>, jlopez@transcaribe.gov.co, "gerenciasitm@transcaribe.gov.co" <gerenciasitm@transcaribe.gov.co>

Estimado DR Lopez:

Sirva la presente para ratificarle la propuesta de Portal Calicanto S.A.S.A. en el sentido que mediante un pago total del Conpes que nos concierne ANTES de Diciembre 31 del 15 de \$151.500.00 millones Portal Calicanto dará por compensadas todas sus aspiraciones y compensaciones hoy existentes y por concretarse a la fecha por un MAXIMO valor de la cifra antes mencionada.

Ratificamos que de obtener un pago en VP anterior al 31 de Diciembre del año en curso(2015) de \$151.500 millones, daremos por extintas la totalidad de nuestras reclamaciones a la fecha superiores a \$34 mil millones que la entidad concedente ampliamente conoce.

Quedamos pendientes de sus opiniones al presente comunicado.

ACF.

- **TRANSCARIBE S.A.** le presentó a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** el 20 de agosto de 2015, un valor disminuido al negociado, en unas condiciones desfavorables para el Concesionario, incluyendo el pago por instalamentos, burlando así el ejercicio de descuento previamente realizado y acordado, pero entendió que era más perjudicial no aceptar dichas imposiciones de última hora y que se postergara más la suscripción de la modificación. Se indicó dentro de los considerandos del Otrosí 5:

12. Que la viabilidad jurídica de la sustitución de la fuente de pago, con ocasión de la política pública adoptada con el Documento CONPES 3823 de 2014, encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

"3. Modificación de la forma de pago en el contrato de concesión No. TC-LPN-004-2010

Como se dijo anteriormente, el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004-2010 estipuló la remuneración del contratista bajo la modalidad de tarifa con base en los pasajes pagados por los usuarios.

Ahora bien, según el documento Conpes 3823 de 2014, se modificó la política del gobierno en relación con el transporte público masivo. En efecto el documento explica que:

"Para optimizar la operación del SITM Transcaribe, se requiere redireccionar los recursos de la tarifa que se prevé desembolsar al concesionario a cargo de la construcción de la infraestructura, destinándolos al financiamiento de actividades propias de operación, lo que redundará en mayores recursos invertidos en alcanzar y mantener adecuados niveles de servicio del sistema. Por estas razones, en el presente documento CONPES se plantea un ajuste en la forma y/o fuente de pago al Concesionario Sociedad Portal Calicanto S.A.S., con nuevos aportes que se adicionarán con el presente documento y acciones complementarias de la administración Distrital de Cartagena requeridas para atender este objetivo" (Resaltado fuera del texto)

En esta medida, se está bajo un hecho nuevo imprevisible y extraordinario al momento de la estructuración del contrato de concesión (2010), como fundamento para redireccionar los recursos de la tarifa con el fin de destinar la porción que se libera, como consecuencia de la política pública, a generar una mejor condición a la financiación de las actividades propias de la operación.

18. Teniendo en cuenta todo lo anterior, con el fin de materializar la política pública contenida en el Documento CONPES 3823 de 2014, así como los acuerdos de cofinanciación contenidos en el convenio suscrito entre la Nación, el Distrito de Cartagena y TRANSCARIBE, las Partes han acordado modificar el Contrato de Concesión en los aspectos que tienen relación con la remuneración del CONCESIONARIO, con el fin de que ésta se adapte a las condiciones fijadas en los mencionados documentos.

- Fue así como en la cláusula tercera del Otrosí No. 5 al Contrato **TRANSCARIBE S.A.** se obligó a pagarle COP\$60.712.500.000 a más tardar el 31 de diciembre de 2015 y COP\$60.712.500.000 contra la entrega definitiva de las obras, esperada para 28 de febrero de 2016. Ambas fechas, como puede

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

- (i) Los primeros \$10.000.000.000.00, como abono parcial pactado en el Otrosí No. 7 (ya pagado para el momento de la firma del Otrosí No. 8).
- (ii) Otro abono parcial de \$10.000.000.000.00, pagadero con recursos de TRANSCARIBE S.A. provenientes de los aportes del Distrito de Cartagena al Convenio de Cofinanciación (Otrosí No. 5), de la vigencia de 2016 con fecha probable para el 30 de septiembre. Al respecto, se reconoce que en el evento de no realizarse el pago en la fecha antes indicada, no procede el reconocimiento de intereses moratorios, comoquiera que depende de la gestión administrativa que desarrolle el Distrito de Cartagena.
- (iii) El saldo de la primera parte, correspondiente a \$67.211.200.000.00, se haría un "pago contra crédito sindicado", para lo cual **PORTAL CALICANTO S.A.S.** daba una *instrucción irrevocable de pago a favor de terceros, mediante el cual autoriza a TRANSCARIBE a efectuar pagos del monto de crédito sindicado otorgado por los BANCO COLPATRIA S.A. y BANCO GNB SUDAMERIS con destino a cubrir la totalidad de las obligaciones financieras del CONCESIONARIO con estos mismos bancos. Por lo tanto, TRANSCARIBE se obliga a remitir la instrucción de giro respectiva, una vez sea suscrito el contrato de crédito y se cumplan las condiciones de uso de los recursos involucrados en la operación de crédito aprobada por dichos bancos a TRANSCARIBE*".

El segundo pago pactado, o suma restante del valor reconocido en el Otrosí No. 8, o la suma de \$42.734.272.500.00, se causaría en la misma fecha de vencimiento de la etapa de reversión, y previa certificación de recibo de todas las obras objeto del contrato de concesión.

No obstante, se podían efectuar pagos parciales antes de la culminación de la etapa de reversión hasta un porcentaje del 90% del valor total reconocido, de acuerdo con el avance certificado de la ejecución de las obras y de la disponibilidad de los recursos por parte de la entidad, provenientes del crédito sindicado, al cual siempre ha estado sometido el pago.

De los hechos de la demanda relativas al Otrosí No. 8, el Panel Arbitral también resalta estas afirmaciones de **PORTAL CALICANTO S.A.S.:**

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

- El Otrosí No. 8 se suscribió sobre la premisa de que **TRANSCARIBE S.A.S.** ya tenía aprobado el crédito sindicado por COP\$88.000.000.000, por parte de los bancos y el pago los valores adeudados para la vigencia de 2016 se haría en cuestión de días, y el valor pactado de COP\$87.211.200.000, que debía pagarse antes de verificarse la reversión, se determinó a valor presente de septiembre de 2016. Es decir, se actualizó el valor pactado que debía pagarse inicialmente en diciembre de 2015, ahora a septiembre de 2016.
- En dicha cláusula del Otrosí No. 8 existe un verdadero plazo implícito, pues las partes determinaron el valor calculando la suma proyectada a valor presente de septiembre de 2016, como antes lo habían hecho para diciembre de 2015. Por lo tanto, a todas luces debe interpretarse que el plazo para el pago del total de COP\$87.211.200.000 era el 30 de septiembre de 2016, según **TRANSCARIBE S.A.** convenció a **PORTAL CALICANTO S.A.** de ello y era, por consiguiente, la real intención de las Partes en relación con dicho pago. Señala, que esa es la interpretación ya que esa cláusula, por su configuración ambigua, oscura e indeterminada debe ser interpretada en favor de **PORTAL CALICANTO S.A.S** y en contra de **TRANSCARIBE S.A.** por su posición dominante. No puede interpretarse que la fecha para el pago era totalmente indeterminada o que comportaba una condición y no un plazo, pues ello desconocería el carácter conmutativo del Contrato.
- Las partes no sometieron los pagos a condición alguna, pues esto habría comprometido la viabilidad económica y jurídica del proyecto, por cuanto de no cumplirse el supuesto de hecho de una condición suspensiva, sencillamente la obligación de pago nunca surgiría y es inconcebible que un contratista deba asumir el riesgo de que nunca se genere siquiera para la entidad la obligación de pagar la remuneración que le corresponde por la ejecución del Contrato. Esto convertiría el contrato en aleatorio, cuando es imperativo que se trata de un contrato conmutativo y sinalagmático, como todo contrato estatal.
- Para la fecha de suscripción del Otrosí No. 8, el porcentaje de ejecución de obra era de 91.42%, como consta en informe de obra de julio de 2016.
- Para el momento de la suscripción del Otrosí No. 8, **TRANSCARIBE S.A.** sabía que era **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, quien estaba viéndose obligada a asumir los costos financieros de la ejecución, de forma injustificada por el incumplimiento de aquella en hacer los pagos que le correspondían dentro de

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

la vigencia de 2016. **TRANSCARIBE S.A.** sabía que con cada día que pasaba **PORTAL CALICANTO S.A.** estaba asumiendo intereses con sus financiadores, del orden del 18%, respecto de las sumas que aquella le adeudaba a esta.

- El retardo en el desembolso de los créditos se debió a la falta de diligencia, a la culpa de **TRANSCARIBE S.A.** en su gestión. Ésta estaba obligada a obtener dichos créditos y debía actuar de buena fe y de forma diligente para que los mismos se materializaran para septiembre de 2016, fecha para la cual las Partes determinaron el valor incorporado en el Otrosí No. 8.
- El desembolso de los créditos por parte de los bancos se realizó finalmente en febrero de 2017, seis meses después de la fecha de suscripción del Otrosí No. 8, y cinco meses a la fecha para la cual las Partes habían determinado el valor a pagar –30 de septiembre de 2016–

ALEGATOS DE CONCLUSION DE PORTAL CALICANTO S.A.S.

PORTAL CALICANTO S.A.S., en su alegato final, precisa que en este pleito no pretende indemnización en relación con los incumplimientos anteriores a la suscripción del Otrosí No 8, pues aquellos los renunció en ese mismo documento; pero dice referirse al pasado contractual para demostrar:

“... la clara tendencia al incumplimiento y al abuso de la Convocada, así como la posición dominante de la entidad pública en la negociación y celebración de los otrosíes y el control de las condiciones de la ejecución contractual. La transacción o renuncia incluida en el Otrosí No. 8 incluía (sic) todos los posibles incumplimientos ocurridos con anterioridad a dicha fecha, mientras que los incumplimientos reclamados en este proceso están todos relacionados con incumplimientos del Otrosí No. 8 y siguientes, por lo que no ha habido renuncia alguna a presentar estas reclamaciones por parte de Portal Calicanto...” (subrayas de la Sala de Decisión del Tribunal Arbitral).

De manera general **PORTAL CALICANTO S.A.S.** hace referencia y reconoce los pagos recibidos y cuando se hicieron, e incluye, en su visión, el momento en el que los mismos debieron efectuarse conforme al Otrosí No.8, donde registra como

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

suma adeudada de capital \$129.945.472.500, y solo se le pagó \$119.484.861.966,00, lo que presenta en un cuadro, así:

Cuota Otrosí No. 8	Valor facturado	Valor efectivamente recibido luego de retenciones	Fecha efectiva del pago	Fecha pactada para el pago
1	\$10.000.000.000	\$9.975.000.000	11-05-2016	Se pagó antes de la suscripción del Otrosí No. 8
2	\$10.000.000.000	\$9.975.000.000	22-09-2016	El 30 de septiembre de 2016 (Otrosí No. 8)
3	67.211.200.000	\$79.563.888.000	03-02-2017	El 30 de septiembre de 2016 (Otrosí No. 8)
4	20.788.800.000			31 de octubre de 2017 (Otrosí No. 14)
	\$5.000.000.000	\$4.937.500.000	29-08-2017	31 de octubre de 2017 (Otrosí No. 14)
	\$3.950.925.250	\$3.084.987.766,88	29-12-2017	
	\$12.994.547.250	\$11.948.486200	06-06-2018	
TOTAL		TOTAL		
\$129.945.472.500		\$119.484.861.966		

En general, reitera lo que expresó en su demanda que el Otrosí No. 8 se pactó sobre la premisa (i) de que **TRANSCARIBE S.A.** tenía prácticamente aprobado el crédito sindicado por COP \$88.000.000.000,00; sólo restaban ciertas gestiones administrativas finales ante los bancos y; (ii) que la terminación de las obras y su reversión debían completarse antes de la conclusión de 2016 por lo cual, de donde infiere que la totalidad de los pagos debía verificarse antes de que concluyera la referida anualidad, pero en todo caso el plazo para la terminación de las obras pactado en el Otrosí No. 8 se prorrogó varias veces hasta la suscripción del ultimo otrosí que fue el No. 14, aplazamientos estos que afirmas fueron imputables a **TRANSCARIBE S.A.**, incumplimientos que llevaron a asumir el costo financiero por sumas que la demandada debió pagar desde el año 2015.

Reitera que se le causaron daños por (i) retardo de **TRANSCARIBE S.A.** en el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Otrosí No. 8; (ii) pago incompleto de las obligaciones incluidas en el referido Otrosí y finalmente, (iii) costos por mayor permanencia en la obra.

Afirma que la suma de COP\$ 67.211.200.000 debía pagársele a más tardar, el 30 de septiembre de 2016 conforme al análisis de cualquiera de estos argumentos:

6673

(1ª) la cláusula primera del Otrosí No. 8 contiene como plazo implícito para el pago el 30 de septiembre de 2016; (¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.) la citada cláusula es ambigua y debe interpretarse en contra de **TRANSCARIBE S.A.**; (¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.) La convocada ostentaba una posición dominante que ejerció de manera abusiva; (¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.ª) **TRANSCARIBE S.A.** actuó culposamente al retardar las gestiones necesarias para el desembolso del crédito sindicado o; (5ª) porque se alteró el equilibrio del Contrato, aspectos estos que presenta en la demanda en pretensión principal y subsidiarias.

Su apreciación de que cláusula primera del Otrosí No. 8, donde se establece el pago, contiene un plazo implícito y ello lo apoya en el Dictamen Pericial de Invercor y declaración del testigo Carlos Vergara, pero también entiende que las partes llegaron a esa fecha para el pago de los COP\$67.211.200.000 por la proyección a valor presente que hizo a septiembre de 2016, siendo el valor presente a esa fecha un criterio determinante para establecer la real voluntad de las partes que está implícita en ese Otrosí.

PORTAL CALICANTO S.A.S. concluye, en su alegato final, que estaba obligado ante los poderes exorbitantes de **TRANSCARIBE S.A.**, y por las circunstancias económicas presentes al momento de la suscripción del Otrosí No. 8 que le estaban generando graves perjuicios, no contaba con ninguna capacidad real de negociación sobre los términos y condiciones a incluirse en dicho Otrosí pues los repetidos incumplimientos de **TRANSCARIBE S.A.**, llevaron la situación a un punto en el cual **PORTAL CALICANTO S.A.S.** requería urgente e inaplazablemente la inyección de liquidez que le permitiera atender el pago de sus obligaciones con distintos terceros, y sobrellevar el incremento de los costos financieros sufridos por todos los sobresaltos de la ejecución contractual.

Cierra este apartado del alegato arguyendo que **TRANSCARIBE S.A.**, actuando en contra de la buena fe, conocía, pero evadía la realidad y tardó cinco meses a la suscripción del Otrosí No. 8 en lograr que se materializara el desembolso el crédito sindicado, tiempo durante el cual **PORTAL CALICANTO S.A.S.** asumió costos financieros que **TRANSCARIBE S.A.** le generó con ese proceder abusivo.

OPOSICION A LAS EXCEPCIONES AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

6674

De las excepciones al primer grupo de pretensiones propuestas por **TRANSCARIBE S.A.** que fueron: (i) contrato cumplido y (ii) cobro de lo no debido, en su alegato de conclusión **PORTAL CALICANTO S.A.S.** dice que deben ser rechazadas, “por carecer de la requerida sustentación fáctica y normativa, y resultar contrarias a las pruebas debidamente recaudadas a lo largo del proceso”.

Manifiesta que **TRANSCARIBE S.A.** funda su excepción de cumplimiento del contrato en que las obligaciones del Otrosí No. 8, así como las demás modificaciones al Contrato, fueron acordadas por las partes de manera voluntaria y libre y por lo tanto las actuaciones de aquella simplemente constituyen un cumplimiento de los acuerdos convencionales entre ellas, pero **PORTAL CALICANTO S.A.S.** razona en contrario, y entiende que quedó demostrado que la modificación del Contrato en el Otrosí No. 8 está lejos de haber sido una manifestación del principio de autonomía de la voluntad privada y por el contrario es un claro reflejo de una imposición de la entidad pública por medio del abuso de su posición de dominio. Puesto que **TRANSCARIBE S.A.** (i) presionó injustificadamente a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, abusando de su superioridad económica y del control de la ejecución contractual, para que procediera con la suscripción del Otrosí, so pena de mantener la incertidumbre en relación con el pago del valor del Contrato y los graves incumplimientos ocurridos hasta el momento; y (ii) indujo a error a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** sobre los verdaderos efectos y consecuencias económicas de dicha modificación.

DEFENSA DE TRANSCARIBE DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

TRANSCARIBE S.A. responde a lo expuesto en la demanda, como retardo en el pago de las obligaciones pactadas en el Otrosí No. 8, manifestando de los hechos 20 a 91 que ello fue objeto de acuerdo por arreglo directo entre las partes, como se aprecia “en el contenido del *Acta de Reunión* del 26 de agosto de 2016” donde **PORTAL CALICANTO S.A.S.** renuncia a cualquier reclamación por hechos iguales o similares a los que dieron origen al arreglo directo y a iniciar cualquier acción prejudicial o judicial que guarde relación directa o indirecta con las pretensiones incluidas en dicha solicitud (relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, intereses, mayor permanencia en obra, gastos administrativos, etc.).

En lo que dice el actor en el hecho 22 de la demanda “*que el riesgo de financiabilidad del proyecto se haya establecido como riesgo a asumir por*

PORTAL CALICANTO, correspondía única y exclusivamente a la forma de pactada en el Contrato” a lo que responde **TRANSCARIBE S.A.** que no es cierto que el riesgo de financiabilidad correspondiera única y exclusivamente a la forma pactada inicialmente, ni el Otrosí N° 5 como tampoco en el Otrosí N° 8, el cual actualizó los valores acordados en Otrosí N° 5, fue formulada salvedad alguna con relación a la matriz de riesgos inicialmente pactada; “dentro de la matriz de riesgos (incluida como parte integral e integrante del Contrato de Concesión N° TC-LPN-004 de 2010), se estableció que el “riesgo de financiabilidad” estará a cargo del concesionario. Éste fue definido como “la contingencia que consiste en que los organismos, instituciones financieras o proveedores le concedan o no, total o parcialmente, al CONCESIONARIO la financiación necesaria o adecuada para cumplir con las obligaciones de inversión que le impone el presente Contrato de Concesión”.

La suscripción del Otrosí No. 5 fue el producto de diferentes negociaciones en virtud de la solicitud de arreglo directo que en su momento presentara la sociedad **PORTAL CALICANTO S.A.S.** (Radicado interno 001710 del 18 de diciembre de 2014), lo que constituye prueba de la bilateralidad de los acuerdos plasmados en el enunciado Otrosí y la demandante en ese Otrosí No. 5 renunció “a reclamaciones que guarden relación con la sustitución de la fuente de pago y de hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del presente Otrosí” de donde entiende que ello no afectó sus intereses.

Puntualiza que la cláusula primera del Otrosí No. 8 no se puede entender o interpretar de otra manera a la de que “... la fecha de 30 de septiembre de 2016 se estableció expresamente como una “fecha probable de pago”, tampoco cabe otra interpretación al inciso final del párrafo segundo de esa cláusula, cuando habla de que “en caso de no realizarse el pago en la fecha indicada no procederá el reconocimiento de intereses moratorios comoquiera que depende de la gestión administrativa que desarrolle el Distrito de Cartagena”; sumándose además el hecho de que la tercera cuota quedó expresamente condicionada a ser pagada “contra el crédito sindicado”, por lo que no es aceptable alegar lo que dice **PORTAL CALICANTO S.A.S.** “que se trató de una “configuración ambigua, oscura e indeterminada”.

Concluye que los pagos a abonos parciales, o los que debían hacerse antes de la reversión y equivalentes a \$87.211.200 mil millones se hicieron de acuerdo con las condiciones pactadas y otros abonos próximos de \$ 20.000 y \$5.000 mil

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

6676

millones previos a la etapa de reversión, quedando un monto insoluto para esta etapa de \$16.645 millones, lo que se le informó a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, a través del oficio TC-DJ-07.01-0360-2017 fechado 05 de abril de 2017, por el cual se da respuesta a la comunicación del hoy convocante PCC-TC-016-2017:

Por último, en relación con el presunto incumplimiento de Transcaribe por el no pago de la remuneración del Concesionario se reitera que la Entidad no se encuentra incumplida en tanto que la obligación no es exigible por estar pendiente la condición.

Toda vez que los argumentos del Concesionario se fundamentan en el presunto incumplimiento del pago de la remuneración pactada en el Otrosí No. 8 se comprobó que esta obligación no es exigible en tanto sigue pendiente la condición a la cual está sujeta. Por consiguiente, mientras estén pendientes las condiciones no se podrá reputar exigible la obligación de pagar el valor por concepto de la remuneración al Contratista y, de esta manera, no se puede imputar el pago de los costos solicitados por la sociedad Portal Calicanto S.A.S. a Transcaribe S.A.

Resume el historial de pagos realizados que le hizo a **PORTAL CALICANTO** según las facturas presentadas y los comprobantes de pago respectivos en un cuadro as:

Factura N°	Fecha de factura	Valor factura	Número de Egreso	Fecha de Egreso
Factura N° 3	4 de mayo de 2016.	\$10.000.000.000	Egreso N° 365	11 de mayo de 2016.
Factura N° 5	6 de septiembre de 2016.	\$10.000.000.000	Egreso N° 941	22 de septiembre de 2016.
Factura N° 7	2 de febrero de 2017.	\$20.788.800.000	Egreso N° 94	3 febrero de 2017.
Factura N° 6	2 de febrero de 2017.	\$67.211.200.000	Egreso N° 95	3 de febrero de 2017.
Factura N° TC-008	2 de agosto de 2017.	\$5.000.000.000	Egreso N° 835	29 de agosto de 2017.
Factura N° 10	22 de diciembre de 2017.	\$8.850.925.250	Egreso N° 1268	27 de diciembre de 2017.
			Egreso N° 1269	27 de diciembre 2017.
Factura N° 13	2 de mayo de 2019.	\$12.994.547.250	Egreso N° 798	30 de mayo de 2018.
			Egreso N° 799	30 de mayo de 2018.
TOTAL		\$129.945.472.500		

EXCEPCIONES DE TRANSCARIBE AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

La demandada propone estas excepciones para enervar el primer grupo de pretensiones, principales y subsidiarias relacionadas con el retardo de los pagos del Otrosí No. 8 al contrato:

1. Excepción de Contrato Cumplido.

Lo medular de la defensa de **TRANCARIBE S.A.** lo encierra es el acuerdo de la modificación de la forma de pago del precio modificada en los Otrosí 5, 7 y 8, tal

como en respuestas a los hechos 92 a 123, y 184, *in extenso*, fija su punto de vista cuando afirma que no incumplió con sus obligaciones de pago, lo cual hizo en el marco del Otrosí No. 8, su suscripción atendió a la voluntad de ambas partes lo cual queda sustentado no sólo con la suscripción bilateral de dicho Otrosí, del cual se recuerda consistió en una actualización de lo pactado en el antecedente Otrosí N° 5, decisión que respondió al mecanismo de solución alternativo de conflictos de arreglo directo al que se dio inicio mediante solicitud presentada por el aquí convocante, con radicado interno 001342 del 11 de julio de 2016, y cuya finalización se dio mediante Acta de Reunión del 26 de agosto de 2016, en la cual se plasmaron los acuerdos que posteriormente se establecerían en el Otrosí N° 8. Excepción que complementa con decisiones del Consejo de Estado Sala de Consulta en las cuales recuerda que “todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes” y conforme a la Ley 80 de 1993 “la autonomía de la voluntad se constituyó en la fuente principal de los efectos que rigen la ejecución del contrato estatal” lo que encuentra especial sustento en lo preceptuado en el artículo 40 de la citada ley donde en la estipulación de las reglas del contrato se privilegia la autonomía de la voluntad siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración, o también lo dicho en el mismo sentido en su Sección Tercera,

*“(...) el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual **los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales**. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial (...).”*

De lo indicado en la primera parte de la primera excepción concluye que “en ningún momento hubo posición dominante, abuso de ésta o imposición por **TRANSCARIBE S.A**”, los acuerdos pactados atendieron a la voluntad consciente y bilateral de las partes.

En esa primera excepción también se refiere a que tampoco existía un plazo implícito para el pago de la primera cuota, tampoco disposición ambigua u oscura, por el contrario, “la cláusula que se estudia es clara cuando establece que las

obligaciones se encuentran supeditadas a condiciones suspensivas, esto es: El segundo abono del primer pago, a la suscripción del Convenio de Cofinanciación con el Distrito de Cartagena; el tercer abono del primer pago, a la obtención y desembolso de un crédito sindicado; y el segundo pago, a la entrega definitiva de las obras; quedó expresamente pactado que la fecha de 30 de septiembre de 2016 constituía una "*fecha probable*", así quedó plasmado en Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016, y posteriormente en Otrosí N° 8, todo lo cual se hizo con la anuencia y aprobación de **TRANSCARIBE**.

Con relación a la validez de las condiciones suspensivas en Contratos Estatales, también cita al Consejo de Estado cuando dice que el derecho civil a reconocido condiciones "*(1) positivas que radican en el acontecimiento de una cosa, debiendo ser física y moralmente posibles [bien porque no son contrarias a las leyes de la naturaleza, o porque no comprenden un hecho prohibido, o que es opuesto a las buenas costumbres o al orden público, o cuyos términos son ininteligibles –artículo 1532 del Código Civil-]; (2) negativas que radican en que no se realice una cosa. Cuando tratándose de una condición negativa la cosa es material y físicamente imposible, la obligación pasa a ser pura y simple, pero si comprende la abstención del acreedor frente a un hecho inmoral o prohibido, se produce un vicio de la disposición [artículo 1533 del Código Civil]; (3) potestativas, en aquellos eventos en las que depende de la voluntad bien sea del acreedor, o del deudor; (4) casuales cuando dependen de la voluntad de terceros o de un acaso; (5) mixta cuando dependen en parte del acreedor o del deudor, y parte de un tercero; (6) suspensivas cuando suspende la exigibilidad del derecho, o impide su nacimiento en tanto se cumpla; y, (7) resolutivas, cuando extinguen el derecho al cumplirse [artículo 1536 del Código Civil]...*".

Así que **TRANSCARIBE S.A.** entiende que las condiciones contenidas en la cláusula primera del otrosí N° 8, NO son abusivas y mucho menos inválidas, por el contrario, contiene un verdadero plazo para el cumplimiento de las obligaciones allí pactadas, el cual **TRANSCARIBE S.A.** cumplió a cabalidad.

De otro lado explica que la obtención del crédito a cuyo desembolso quedó sujeto el pago, **TRANSCARIBE S.A.** en múltiples ocasiones informó a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** de las acciones adelantadas para la obtención de tales recursos, cita el Oficio TC-DT-07.01-06/8-2016 fechado 22 de abril de 2016, dirigido al Representante Legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, donde, entre otras cosas, que está adelantando las gestiones ante la banca para lograr el

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

crédito desde cuando se firmó el Otrosí al convenio de cofinanciación, sin que a esa fecha (abril 2016) hayan cerrado el tema con los bancos interesados, el proceso para obtener recursos está en trámite.

Dice que así prueba que desde la suscripción del Otrosí No. 8 se preocupó por la realización de las gestiones necesarias para el desembolso del enunciado crédito, y una vez recibidos los recursos del crédito en mención, en el mes de febrero del año 2017, inmediatamente **TRANSCARIBE S.A.** instruyó y ordenó a la Fiduciaria BBVA S.A. el pago parcial con los recursos obtenidos, de donde concluye que sí cumplió con las obligaciones enunciadas por lo que las pretensiones bajo estudio deben ser denegadas.

En resumen, dice que no es cierto que existiera incumplimiento o retardo injustificado alguno en los pagos efectuados, pues se realizaron con la mayor inmediatez una vez realizados los desembolsos por los entes públicos, lo cual se observa de los egresos efectuados por **TRANSCARIBE S.A.**; inclusive, no se produjo mora alguna respecto de las facturas presentadas por el contratista, toda vez que ellas fueron pagadas dentro del término legalmente establecido, por lo que *“las señaladas pretensiones no tienen asidero alguno y deberán ser denegadas y declaradas probadas estas excepciones”*.

2. Excepción de Cobro de lo no debido.

Igualmente, la centra en la autonomía de la voluntad de las partes para modificar el pago. Esta excepción la comienza afirmando que en el inciso final del párrafo segundo de la cláusula primera del Otrosí No. 8, las partes de común acuerdo pactaron que *“en el evento de no realizarse el pago en la fecha antes indicada (30 de septiembre de 2016), no procede el reconocimiento de intereses moratorios, comoquiera que depende de la gestión administrativa que desarrolle el Distrito de Cartagena”*, por lo que fue la voluntad de las partes, en virtud de la condición misma a la cual se encontraba supeditado el pago, que los retardos en este, no ocasionarían el cobro de intereses moratorios de ninguna clase, por lo que no es procedente cobro alguno por concepto de intereses moratorios como erróneamente pretende el actor, dado que ello configuraría a todas luces un cobro de lo no debido.

3. Excepciones al “Grupo de Pretensiones Comunes”.

6680

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Dado que las enunciadas pretensiones se presentan como comunes a las pretensiones antes estudiadas, y en virtud de que se dejó demostrada la improcedencia de todas y cada una de ellas por ausencia de fundamentos jurídicos y legales, por lo que solicita se declaren procedentes las excepciones previamente señaladas, e igualmente se nieguen las pretensiones comunes a que se hace referencia en el presente acápite.

4. Excepciones a todas las pretensiones: La genérica que resulte probada

Solicita, igualmente, se declare cualquiera otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo y artículo 282 del Código General del Proceso, en especial las de prescripción, caducidad, compensación y nulidad relativa.

ALEGATO DE CONCLUSION DE TRANSCARIBE AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

En su alegato final, **TRANSCARIBE S.A.** en primer lugar solicita al Panel Arbitral que no tenga en cuenta el Dictamen Pericial de Perjuicios suscrito por los señores **EDUARDO SOTO FERRERO** y **NATALIA RUÍZ ORTEGA**, allegado al expediente como anexo a la reforma de la demanda y "*aceptado por los Peritos en audiencia celebrada el 28 de febrero de 2019*", por considerar que en su elaboración no se tuvo en cuenta información relevante, como es la oferta económica presentada por **PORTAL CALICANTO S.A.** a **TRANSCARIBE S.A.**, como tampoco el contenido de los Otrosí al Contrato de Concesión N° TC-LPN-004 de 2010 y solo tuvo en cuenta el dicho del demandante, siendo entonces un dictamen con bases subjetivas que hace que sus conclusiones sean erradas pues desconoce el acuerdo de voluntades de las partes en las estipulaciones contractuales.

También pide que no se tengan en cuenta los testimonios rendidos por los señores **CARLOS EDUARDO VERGARA EMILIANI** y **VERENA DEL CARMEN CAMACHO DÍAZ**, pues aquellos declararon no ser testigos presenciales de las negociaciones que llevaron a la suscripción de los otrosí N° 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, como tampoco de la ejecución del contrato, o sea, en ese orden se trata de testigos de oídas y no se deben tener en cuenta por contradecir lo estipulado

por los mencionados Otrosí, o contradecir lo manifestado por otros testigos directos de las situaciones indicadas.

Para todas las pretensiones del primer grupo de pretensiones explica que el Otrosí N° 8 fue fruto de un proceso de diálogo voluntario, consciente y bilateral de las partes al que llegaron por un arreglo directo entre aquellas, que se evidencia en el texto del Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016 y en el otrosí N° 8, como lo dijo el Representante Legal de **TRANSCARIBE S.A.S.** en el Oficio TC-DJ – 07.01-0248-2019 de 14 de febrero de 2019 que en parte transcribe; dice que ello es ratificado en las declaraciones rendidas en audiencia celebrada el 21 y 28 de febrero de 2019, por quienes intervinieron en las negociaciones del Otrosí No. 8, los señores **ERCILIA DEL CARMEN BARRIOS FLÓREZ** Jefe Oficina Asesora Jurídica de **TRANSCARIBE S.A.**, a quien se le preguntó si recordaba cómo se había llegado al otrosí No 8, quien lo redactó, contestó: *“Eso fue, como todos los otrosí que hubo con Portal Calicanto, la oferta inicial la presentamos nosotros, con base en el esquema que usa la oficina asesora jurídica y hubo correos electrónicos, correos electrónicos van correos electrónicos vienen, una figura discutida por las partes, y que al final el resultado fue lo convenido por ambas partes.”*; también por el señor **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE**, Representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, quien dijo que el *“primer pago de \$10 mil millones que fueron los que consiguieron, y nosotros dijimos a Transcaribe en su momento aquí hay un desequilibrio total porque nosotros estamos pagando unos intereses sobre una negociación que se iba a hacer de contado y estamos prácticamente ya muy avanzados con la obra, debo reconocer que fueron muy receptivos en la Alcaldía y la administración de Transcaribe, que ya era en este caso el doctor Ripoll y después de unas negociaciones con la misma banca de inversión llegamos al otrosí 8.”* y cierra el tema diciendo que del acervo probatorio no se puede concluir *“que existió una actitud impositiva, abuso de la posición dominante, y/o inducción al error por parte de mí representada”*, y pide se desestimen las pretensiones al respecto.

Insiste en que del Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016 aportada con Informe rendido por el Representante Legal de **TRANSCARIBE S.A.**, que es parte del Otrosí N° 8, fue un acuerdo, y si bien el Representante Legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en principio solicitó la determinación de un fecha específica para la realización de los pagos, luego renunció a dicha pretensión, y convino establecer el 30 de septiembre de 2016 como fecha probable para el pago de la segunda cuota del primer pago, así como la condición de que una vez obtenido el

6682

crédito sindicado se pudieran realizar pagos hasta por un porcentaje equivalente al 90% del valor total pactado y concluye que quedó probada la bilateralidad en la elaboración de la cláusula primera del Otrosí No. 8, la cual es clara y no da lugar a equívocos e incluso tiene apoyo probatorio en la declaración de la señora **ERCILIA DEL CARMEN BARRIOS FLÓREZ**, a quien en su declaración rendida el 21 de febrero de 2019 se le indagó acerca de si **TRANSCARIBE S.A.** incumplió con el pago de las obligaciones que adquirió con el Otrosí número 5, respondió que *“Nosotros pagamos, dentro de los plazos pactados en el otrosí N° 8.” “En el otrosí N° 5 nosotros pactamos que se iba a sustituir lo que ellos iban a recibir por concepto de tarifa. En el otrosí número 8 actualizamos la cifra, y pactamos unas fechas para que se diera su remuneración, no la suma completa sino de manera fraccionada, en atención a que había unos recursos dentro de la entidad que podían ponerse a disposición del pago de esa ejecución. Ahora, el porcentaje que ellos estaban de avance en la obra permitía que el pago se diera. Entonces, nosotros lo pagamos dentro de los plazos que se pactaron”*.

También se aduce en el alegato de **TRANSCARIBE S.A.** que es falso que **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, cuando firma el Otrosí No. 8 desconocía que los pagos de \$67.211.200.000 la tercera cuota del primer pago, y \$87.211.200.000 o la totalidad del segundo pago, se llevarían a cabo una vez que obtuviera el desembolso del crédito sindicado, incluso desde el momento en que se pactó el cambio de la modalidad de pago (Otrosí No. 5), condicionarlo al desembolso del crédito sindicado, lo que se desprende además del Acta de la Reunión de 23 de junio de 2015, previa a la suscripción del Otrosí No. 5, donde se plasmó, que después de las discusiones se establecieron condiciones del acuerdo así:

“Pago contra crédito sindicado la suma de \$121.452 millones de pesos 50% en octubre de 2015, cuando se dé el primer desembolso del crédito;

50% en febrero de 2016, cuando se dé la reversión (...)”

Niega que la estipulación de la fecha de 30 de septiembre de 2016, como fecha probable para el pago de la segunda cuota del primer pago equivalente a \$10.000.000.000, se tratase de un *“plazo implícito para el pago de la primera cuota”*, o de una *“configuración ambigua, oscura e indeterminada”*. Por el contrario, el contratista de manera consciente y exenta de vicios convino la sujeción de los pagos a las condiciones señaladas, tal y como se explicó en la contestación de la reforma de la demanda están dotadas de plena validez y licitud.

6683

Si se aceptase que la fecha de 30 de septiembre de 2016 consistió en un plazo implícito, de la lectura de la cláusula transcrita es claro que dicha fecha se estableció únicamente en relación con el pago de la segunda cuota del primer pago equivalente a \$10.000.000.000.00, el cual se realizó el 22 de septiembre de 2016, es decir, dentro del plazo establecido.

A juicio de **TRANSCARIBE S.A.**, sí cumplió con su obligación de realizar los pagos de acuerdo a las condiciones pactadas en el Otrosí No. 8., y que ello lo prueba con: 1) Certificación expedida por Alianza Fiduciaria S.A.⁴⁰. 2) Comprobantes de egresos con sus respectivos anexos; 3) Relación de egresos suscrita por el señor Jaime Jiménez González – P.E. Tesorero de Transcaribe; y 4) Comunicado Interno TC-DAF 07.02-024-2017 de 2 de marzo de 2017 suscrito por la Dirección Administrativa y Financiera de Transcaribe. Estos últimos aportados con la contestación de la reforma de la demanda. Igualmente, fue reconocido en el Oficio TC-DJ-07.01-0248-2019 de 14 de febrero de 2019 del señor Humberto Ripoll – Representante Legal de Transcaribe:

“(...) El 31 de enero de 2017, se recibieron tres desembolsos del crédito a la cuenta de la fiduciaria BBVA (cuenta de ahorros N° 756-001806-CREDITO SINDICADO Banco BBVA), encargada de administrar los recursos provenientes del Otrosí N° 5 al Convenio de Cofinanciación, por un valor total de \$88.000.000.000 (Anexo 7).

Así mismo fueron presentadas el día 2 de febrero de 2017, la cuentas para pago al concesionario Portal Calicanto, facturas N° 6 y 7 por valor de \$20.788.800.000 y \$67.211.200.000, pagadas mediante egresos N°94 y N°95 respectivamente, de 3 de febrero de 2017.

El 2 de agosto de 2017, fue presentada por parte del concesionario Factura N° TC-008, pagada mediante egreso N° 835 de 29 de agosto de 2017.

El 22 de diciembre de 2017, fue presentada Factura N° 10, pagada mediante egresos N°1268 y N°1269 de 27 de diciembre de 2017, quedando un monto insoluto equivalente a \$12.994.547.250, toda vez que acorde con el párrafo segundo de la cláusula primera del Otrosí No. 8, sólo podían realizarse pagos

⁴⁰ Oficio de 4 de abril de 2019, suscrito por la Representante Legal de BBVA ASSET MANAGEMET S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA – María Elena Torres Colmenares

parciales antes de la culminación de la etapa de reversión hasta un porcentaje de 90% del valor total reconocido, cobro que fue presentado por el concesionario el 2 de mayo de 2018 mediante factura N° 13, y pagado por medio de egresos N° 798 y 799 de 30 de mayo de 2018.

Insiste en que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no formuló salvedades frente al supuesto impacto financiero que pudiera generar la demora en la suscripción del convenio de cofinanciación, el desembolso de los dineros por parte del Distrito de Cartagena y la Nación, la demora en la obtención del crédito sindicado, así como el supuesto lucro cesante correspondiente al costo de oportunidad que reclama la parte convocante, para lo cual cita una providencia del Consejo de Estado de 2018:

(...) En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual. Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado (...)”⁴¹. Luego, en ese mismo sentido cita otra providencia de aquella Corporación, de 2011.

Concluye en ese tópico que conforme al Consejo de Estado para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: “... 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE. 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico. 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales. 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 29 de enero de 2018, Expediente: 680012333000201300118 01 (52.666)

6685

o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta."⁴².

Dice que **TRANSCARIBE S.A.** fue diligente en la obtención del crédito sindicado, condición sine qua non para la realización de los pagos a que se obligó de conformidad con el otrosí N° 8, lo que se demostró con el Oficio TC-DT-07.01-06/08-2016 de 22 de abril de 2016, aportado con la contestación de la demanda, donde el gerente de la demandada pone en conocimiento del señor **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE** representante de la demandante, de las gestiones que **TRANSCARIBE S.A.** venía desempeñando en atención a la obtención de dicho crédito, también de las afirmaciones manifestadas en versión rendida por estos testigos:

NAPOLEÓN DE LA ROSA PEINADO declaró el 20 de febrero de 2019 parte de la cual transcribe: *"PREGUNADO: Tú me hablas de un crédito sindicado verdad. CONTESTADO: Sí. PREGUNTADO: Transcaribe hace un crédito, háganos de este crédito, ¿Ese crédito a quien no le salía? Explica cuáles son los antecedentes. CONTESTADO: A Transcaribe. Cuando ustedes miran el CONPES, el CONPES dice -la Nación pone una parte el Distrito otro PREGUNTADO: ¿Cifra que se le entrega a Transcaribe? CONTESTADO: Sí, se le entrega a Transcaribe con unos periodos estipulados, la Nación entrega a cargo, el Distrito entrega a cargo en determinados periodos. Esa fuente de pago era la garantía para que la banca preste la plata a Transcaribe y Transcaribe pudiera dar estos recursos al concesionario para que ejecutara. A eso me refiero, Transcaribe hizo todos los trámites en el año 2015, para poder pagar al concesionario pero la banca se demoró mucho en aportar esos recursos (...)*

ERCILIA BARRIOS FLÓREZ quien declara el 21 de febrero de 2019 y da esta versión:

"PREGUNTADO: Explíqueme al tribunal en qué consiste el crédito sindicado, quién hacia el crédito sindicado, quiénes eran los responsables, por qué había que esperar ese crédito sindicado. CONTESTADO: En el otrosí N° 5 Convenio de

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de enero de 2018, Radicación número: 680012333000201300118 01 (52.666).

6686

Cofinanciación se pactaron unas fechas de desembolso de los recursos por parte del Distrito y la Nación, esas fechas que se pactaron, aún no han finalizado, las fechas de aportes de la Nación son dos mil... Llegan al 2021, el aporte de la Nación. En ese sentido, para poder hacer estos pagos de manera anterior al desembolso de la Nación y del Distrito de Cartagena nosotros debíamos acudir a un préstamo a la banca nacional, se inicia el trámite del crédito sindicado. Eso se denomina crédito sindicado, está sindicado a los recursos que provienen de la Nación.

*Cuando nosotros ya firmamos el acuerdo iniciamos el trámite del crédito a través de una banca de inversión, se llama SGS, ellos iniciaron el trámite del crédito sindicado, se presentaron algunas dificultades durante el trámite, pero se logró la obtención del crédito porque los recursos más seguros son los recursos que vienen de la Nación y del Distrito de Cartagena y de la acreditación que nosotros teníamos a nivel tributario, **TRANSCARIBE S.A.** y el Distrito. Básicamente lo que dice el Otrosí es que nosotros pagamos cuando tuviéramos el crédito.*

Cuando hacemos la negociación del otrosí en 8 decimos, "te vamos a pagar 10 mil millones de pesos en una fecha, 10 mil millones de pesos en otra fecha y los 88 con el crédito sindicado", y las dos primeras se pagan en las fechas, y la tercera se paga apenas se recibe el crédito sindicado...."

*Cita a **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE**, destacando que en su declaración rendida en 28 de febrero de 2019 dice que "Después de unas negociaciones con la misma banca de inversión llegamos al otrosí N° 8, pero hay unos paréntesis y yo sabía, y de eso puedo dar completa fe, que el banco COLPATRIA y el banco SUDAMERIS, le habían aprobado a Transcaribe desde antes de irnos nosotros a firmar ese nuevo otrosí en el que se nos hizo un reconocimiento y un ajuste, porque el contrato pasó de \$121.400.000.000 a \$129.800.000.000, yo sabía que nos iban a dar el reajuste y que ellos si se podían comprometer con nosotros. A los bancos que nosotros les debíamos, le habían dado a Transcaribe, le habían ofertado créditos, créditos en firme por \$68.0000.000.000, y adicional la banca de inversión había conseguido \$20.000.000.000 con INFIVALLE en los mismos término que habían negociado el banco COLPATRIA y el banco SUDAMERIS. Cuando se firma el otrosí famoso el otrosí 8, ¿qué pasaba? nosotros estábamos ya con el 85%, y parece que no estuviera certificada la obra pero estábamos con mucha parte de la obra lista, o sea que teníamos la inversión nuestra prácticamente toda en la obra, entonces Transcaribe nos había hecho un segundo*

6687

pago, nos hizo un segundo pago de diez mil millones, no recuerdo si fue exactamente, creo que fue paralelo con la firma del otrosí, y nos reconocieron que nos iban a aumentar a \$129 mil millones, que con el 90% de la obra, lo cual ya estaba dado a la firma del otrosí porque se sabía que estaban las financiaciones ¿De dónde sale la cifra de ochenta y siete mil algo, era de que banco COLPATRIA ya había aprobado, de los ochenta y ocho mil, veinte mil los daba INFIVALLE, y los sesenta y ocho mil, 1/3 SUDAMERIS y 2/3 COLPATRIA. Cuando se hizo la firma se sabía ya de esa fuente, se conocía de voz, pero estaban listas esas aprobaciones(...) Nosotros sabíamos de esas financiaciones, y nosotros estábamos soportando el costo de esas financiaciones, aquí si tengo que decirlo, por ineficiencia total de la banca de inversión, y se los digo, que en mí parecer fue eso, eso era papel que pedían papel que llegaba, tal está que lo que nos iban a pagar a la firma del otrosí se terminó pagando siete u ocho meses después.”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO AL CASO

El abogado **LUIS GUILLERMO GONZALEZ ZABALETA**, Procurador 130 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, designado a este proceso, considera que el Tribunal de Arbitramento lo que debe resolver para acceder o no a las pretensiones planteadas por la parte convocante en torno al contrato de concesión TC-LPN.-004 DE 2010, son asuntos atinentes a un desequilibrio económico contractual y mayor permanencia en obra.

Siguiendo directrices del Consejo de Estado es del criterio que para la prosperidad del restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato sea de carácter grave. 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico. 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales. 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Considera que deben ser denegadas las pretensiones de la demanda arbitral por no encontrar que se haya demostrado en forma suficiente el cumplimiento de las exigencias mencionadas, en el entendido que la forma de remuneración al contratista fue modificada en el Otrosí No. 8 (f. 2417 contestación demanda) producto de un arreglo directo entre las partes; y en su cláusula primera se dispuso que la suma de COP\$67.211.200.000 se pagaría con cargo a un crédito, luego siendo ello producto de un acuerdo entre las partes, no resulta exigible lo que ahora pretende la parte convocante dada la tardanza en la consecución y/o desembolso de dicho crédito.

PROBLEMAS REFERENTES AL RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL OTROSÍ No. 8

En los hechos de la demanda y pretensiones planteadas como primer grupo, el actor hace relación al retardo en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Otrosí No. 8, de donde el Panel de Arbitral encuentra estos problemas jurídicos básicos que debe estudiar y resolver conforme a los planteamientos de las partes, pruebas y excepciones.

1. ¿En el Otrosí No. 8, modificadorio del artículo 38 del contrato de concesión, las partes acordaron que el pago de la suma de COP\$67.211.200.000 se haría en un plazo cierto determinado a más tardar el 30 de septiembre de 2016, o lo pactado correspondió a una condición consistente en la obtención de un crédito sindicado por parte de **TRANSCARIBE S.A.**?
2. ¿Por no pagar **TRANSCARIBE S.A.** la suma de COP\$67.211.200.000 el 30 de septiembre de 2016, sino el 3 de febrero de 2017, se causaron intereses de mora una y media veces el interés bancario corriente en ese lapso, y daño emergente a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** por los intereses que este tuvo que pagar a sus financiadores durante el período de mora?
3. La cláusula primera del Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 es ambigua en cuanto al plazo para el pago de COP\$67.211.200.000 y no contenía una explicación dada por **TRANSCARIBE S.A.** y extendida o dictada por esta; o son cláusulas claras y consensuadas, con autonomía de la voluntad de las partes contratantes?

6689

4. ¿**TRANSCARIBE S.A.** ostentó una posición dominante y abusó de ella en la negociación, celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 y sus modificaciones?
5. ¿**TRANSCARIBE S.A.** debía pagar a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a más tardar el 31 de octubre de 2017, un saldo pendiente del valor del contrato de COP\$16.945.000.000, y por no hacerlo debe intereses moratorios a una tasa de una y media veces el interés bancario corriente sobre dicha suma desde el 1 de noviembre de 2017 hasta la fecha efectiva en la que fueron pagados?; ¿o sólo se causaron intereses sobre el saldo pendiente de pago correspondiente a COP\$12.995.000 desde el 26 de febrero de 2018 hasta el 6 de junio de 2018?

MARCO TEORICO Y NORMATIVO APLICABLE ALPRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

Para entrar a resolver las pretensiones y excepciones de la demanda respecto al primer grupo de pretensiones planteadas por la convocante como incumplimiento de las obligaciones de **TRANSCARIBE S.A.** establecidas en el Otrosí No. 8, el Tribunal se debe referir a estos tópicos teóricos: (i) los riesgos establecidos en el contrato, (ii) plazo o condición para el cumplimiento de las obligaciones, (iii) clausulas ambiguas y su interpretación, (iv) posición dominante de una de las partes contratantes y abuso de ella

1. RIESGOS ESTABLECIDOS EN EL CONTRATO NO. TC-LPN-004 DE 2010.

Para el estudio de este apartado de la decisión, los Árbitros, en aplicación a principios procesales como el de congruencia de las sentencias, aprovecharán apartes de un proceso de arbitraje analógico tramitado ante este mismo centro de Arbitraje y Conciliación, entre las mismas partes **PORTAL CALICANTO S.A.S** convocante y **TRANSCARIBE S.A.** como convocada, cuyo laudo arbitral fue proferido el 2 de mayo de 2016 en el cual actuaron como árbitros RAFAEL LAFONT PIANETA, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y PATRICIA MIER BARROS, laudo en el cual los árbitros analizaron el concepto de riesgo contractual, igual a como debe hacerse en el sub – lite, el cual ya fue valorado en el anterior capítulo del presente laudo.

Se dice en el Laudo Arbitral antecedente entre las mismas partes en lo relativo a al reparto de riesgos en el contrato No. TC-LPN-004 DE 2010:

"a.- En primer lugar, no puede perderse de vista que el riesgo, dogmáticamente se integra por componentes más sociológicos y económicos que jurídicos. En efecto, según la Norma Técnica Colombiana NTC 137, con la cual se adopta en Colombia la Norma Técnica ISO 31000 sobre la materia, el riesgo consiste en el efecto que tiene la falta de certeza en la consecución de los objetivos de una organización lo cual se complementa con la definición desde el punto económico del concepto, como las situaciones en las que se pueden enumerar todos los resultados posibles y se conoce la probabilidad de que éstos se produzcan⁴³.

"Incluso, el propio documento Conpes 3107 de 2001 sobre política de riesgo contractual del Estado para participación privada en proyectos de infraestructura el cual fue supuestamente tomado en consideración para hacer la distribución de riesgos según la cláusula 59 del Contrato objeto de análisis por parte del Tribunal, define el riesgo como "los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados", de modo que "para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan esos flujos", a lo que se suma el concepto de riesgo en proyectos de infraestructura, definido en el mismo texto y a continuación de lo anterior como "la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos".

"Además, como consecuencia de la adopción de políticas públicas de riesgo anteriormente referida en nuestro país, debe adicionarse que el documento Conpes 3714 de 2011, sobre riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública -que aunque no se había adoptado al momento de la celebración del Contrato, constituye un criterio hermenéutico que juzga útil el Tribunal-, define los riesgos previsibles como "todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean

⁴³ Cfr. ROBERT S. PINDYCK Y DANIEL L. RUBINFELD. Microeconomía, 5a Ed. Madrid, Pearson Educación, 2005, p. 105.

identificables y cuantificables en condiciones normales", y riesgo contractual como "como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo".

(...)

"c.- En el ejercicio de distribución de riesgos comienza por su adecuada tipificación la cual no puede hacerse sobre categorías generales vacías de contenido (riesgo financiero, riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de implantación, etc.), sino que tiene que partir de la base de un ejercicio específico donde se determinan las situaciones concretas que pueden dar lugar a su ocurrencia o configuración.

"En efecto, como lo señala el documento Conpes 3714 de 2011 ya referido nuevamente en aplicación de la norma técnica sobre riesgos, describe claramente que "la tipificación es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares", y que "la tipificación de los riesgos previsibles podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato y su incorporación en una clase si ella existe". Se insiste en que, si bien este documento de consulta fue expedido con posterioridad a la celebración del contrato aquí analizado el argumento es común a cualquier norma técnica sobre riesgos existentes para la época y que hubiera podido utilizarse para el análisis de este proyecto.

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

“En otras palabras, la cuantificación del riesgo tiene su razón de ser en que es necesario establecer cuánto podría llegar a costar el hecho de que se desarrolle un determinado resultado de un evento concreto en términos relativos al objetivo que se busca lograr, para con base en ello establecer el costo de las medidas de gestión y tratamiento del riesgo disponibles y asequibles a cada una de las partes del contrato (entendidas estas como medidas tanto monetarias como materiales, y todas al final económicas), y finalmente cruzar estos dos aspectos para poder establecer qué riesgo concreto debió ser asumido para cada parte del contrato en atención a quien menos esfuerzo le tome administrarlo...”

“Dentro de ese marco, el Tribunal destaca que en el Anexo 4 del Pliego de Condiciones, las partes identificaron factores de riesgo, la descripción de cada uno de ellos, las posibles consecuencias la ponderación y el responsable con lo cual se pretendió hacer el ejercicio técnico de distribución de riesgos. Ahora bien, al analizar en detalle lo expresado en dicho Anexo 4 el Tribunal encuentra que en la descripción del factor de riesgo se hace alguna mención a eventos específicos que dan lugar a su configuración y, a continuación, se hace una precisión de las consecuencias esperadas, pero realmente se trata de descripciones en exceso genéricas que no se acompañan con la técnica de distribución de riesgos que se desprende del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 y de los documentos técnicos antes mencionados. De la misma manera, en relación con la técnica de distribución de riesgos, echa de menos el Tribunal la determinación del costo del impacto o consecuencia económica que se calcula que cada uno de los eventos específicos podrían tener. Sin embargo, el Tribunal advierte que en la definición de las controversias que han sido sometidas a su juicio, respetará el clausulado contractual, la intención verdadera de las partes y la ejecución que han realizado en la interpretación pacífica de las estipulaciones del contrato.

“En ese sentido, para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el Tribunal entenderá como parte de tales, el hecho de que el contrato haya sido pactado "por cuenta y riesgo" del contratista y los "riesgos" asumidos por cada una de ellas en virtud de la cláusula de "distribución de riesgos”.

"Es así como, según el objeto contractual acordado entre Calicanto SAS y Transcribe S.A. el contratista ejecutaría los trabajos "por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de Transcribe S.A.". Así mismo, en la cláusula 59 se pactó la distribución de riesgos del contrato en el sentido de que "el CONCESIONARIO, con las condiciones de experiencia y capacidad acreditadas en su propuesta, cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos del negocio y por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, EL CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos descritos en el presente capítulo, además de aquellos que se desprenden de las cláusulas o estipulaciones de éste Contrato de Concesión y/o que se derivan de la naturaleza del Contrato de Concesión".

"En la misma cláusula se estipuló que "se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO todos aquellos que no estén expresamente asignados a TRANSCARIBE S.A.". Como complemento de lo anterior, en las cláusulas 60 y 61 se hizo una distribución entre las partes de los riesgos tipificados en el mismo Contrato.

"En virtud de lo pactado en la cláusula 60 del Contrato, Calicanto SAS: (i) aceptó que "existe un álea ordinario, inherente a las actividades propias del desarrollo del objeto del contrato, el cual ha sido considerado, estimado, previsto y, por tanto, asumido por él"; (ii) declaró que "cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos inherentes al negocio objeto del presente Contrato" y, con base en ello, aceptó que "asume /os efectos derivados de los riesgos que se describen a continuación, además de aquellos que se deriven de otras cláusulas o estipulaciones de este contrato o de la naturaleza del mismo": (iii) aceptó que "asume expresamente los riesgos propios de la actividad que se propone adelantar y de los medios que utilice para el cumplimiento del objeto del presente contrato", y (iv) finalmente, declaró que "asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, especialmente pero sin limitarse a los contenidos en el Anexo No. 4 del Pliego de Condiciones".

(...)

"En concordancia exacta con el Anexo 4 del Pliego de Condiciones, en las definiciones del Contrato, se reiteran las descripciones únicamente de los

siguientes riesgos: riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de financiabilidad, riesgo financiero, riesgo de implantación del Sistema, riesgo político, riesgo regulatorio, riesgo por obligaciones ambientales, riesgo de retorno de la inversión, riesgo tributario y riesgo de variación de tarifa por orden de la autoridad municipal competente.

Adicionalmente, en la cláusula 62 se pactó que Calicanto SAS asumiría "el riesgo de fuerza mayor, especialmente en los casos que a continuación se señalan a título enunciativo: i. Desastres naturales como terremotos, inundaciones, incendios, entre otros. ii. Actos de vandalismo, sabotaje, rebelión y asonada", para lo cual se obligó a "contratar las pólizas de seguro que cubran adecuadamente los riesgos anteriormente descritos". No obstante, en la misma cláusula 62 se dejó claro que "la ocurrencia de circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito que únicamente afecten a cualquiera de las partes serán asumidas por cada una de ellas" y que Calicanto SAS quedaría exonerado de cumplir el Contrato respecto de situaciones de fuerza mayor que tengan un carácter "insuperable e irresistible".

Finalmente en la cláusula 63, sobre equilibrio económico, se pactó que Transcaribe S.A. y Calicanto SAS "aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas se pacta en el presente contrato", de tal manera que "cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la contraprestación que TRANSCARIBE S.A. ha concedido al Concesionario". Como efecto de lo anterior, en la misma cláusula 63 se pactó que Calicanto SAS "no podrá solicitar algún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo ejecución o interpretación del presente contrato o de la asignación de riesgos que la corresponda" pero que, sin embargo, Calicanto SAS sí "podrá formular reclamaciones de restablecimiento económico derivadas de los eventos que constituyan un álea o contingencia extraordinaria"

Por su parte, respecto de los riesgos asumidos por Transcaribe S.A., en la cláusula 61 se pactó que dicha sociedad "asume exclusivamente los efectos derivados de los riesgos que se enlistan a continuación":

(i) hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos; huelgas internas, nacionales o regionales, en las cuales no participe o promueva Calicanto SAS;

(...)

actuaciones o decisiones que puedan considerarse como parte de la teoría del "Hecho del Príncipe", en los términos definidos en la misma cláusula, que tengan origen en Transcaribe S.A. o entidades nacionales o municipales, y (iv) la implantación del Sistema Transcaribe.

De acuerdo con lo anterior, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pactaron lo siguiente respecto de las obligaciones asumidas la denominación de repartición de riesgos:

"El Contrato se ejecuta por cuenta y riesgo de Calicanto SAS, lo cual no necesariamente implica la asunción económica de cualquier circunstancia que pueda variar las condiciones de ejecución inicialmente prevista ni tampoco la asunción de cualquier costo adicional, sino únicamente los derivados de los riesgos ordinarios del negocio de las actividades de financiación, diseño, construcción y comercialización pactadas así como los derivados de las obligaciones asumidas. Es decir, que entiende el Tribunal que la expresión por cuenta y riesgo no implica una asunción ilimitada de riesgos por parte de Calicanto SAS, lo cual además se acompasa con lo pactado en la cláusula 63 en relación con las circunstancias extraordinarias"⁴⁴

Calicanto SAS es un profesional en la financiación, diseño, construcción y comercialización pactadas, por lo cual asume las consecuencias tanto

⁴⁴ Cfr. Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot SA contra Instituto Nacional de Concesiones (hoy ANI), Laudo de 13 de enero de 2016: "Tratándose específicamente del contrato de concesión, el legislador Colombiano se encargó de establecer una premisa general en materia de asignación de riesgos, disponiendo de manera expresa que la ejecución de este tipo contractual sería por cuenta y riesgo del concesionario (art. 32, Ley 80 de 1993), debido a sus conocimientos especializados al respecto, a su experiencia en el medio y, además, por la capacidad que le asiste para valorar previamente las condiciones de la concesión que habrá de ejecutar entre ellas las eventuales contingencias que llegaren a ocurrir durante el andar del contrato_ // Pero esta regla merece una precisión en el sentido de considerar que, si bien el concesionario ejecuta el respectivo contrato por su cuenta y riesgo, esto no supone que los riesgos que a él correspondan sean asumidos de manera ilimitada y menos aún que este contrato conmutativo varíe su naturaleza a la de un negocio absolutamente aleatorio (...) Los riesgos que corresponden al concesionario se asumen entonces en condiciones de regularidad, de ahí que se denominen como riesgos corrientes, razonables, proporcionados o equilibrados, de manera que su alcance o aplicación no puede extenderse en forma abstracta, general e ilimitada"

6696

favorables como desfavorables propias de dichas actividades, lo que incluye los riesgos ordinarios y comunes de esas actividades, los cuales deben ser evaluados de manera más rigurosa o severa por tratarse de un profesional y por ser ejecutado el Contrato por su propia cuenta y riesgo. En igual sentido y en armonía con lo pactado en la cláusula 63. Calicanto SAS no asume los - mayores costos que podrían desprenderse de situaciones extraordinarias. Calicanto SAS, además de los riesgos ordinarios y propios del negocio, y aquellos que se desprenden de su calidad de profesional, asume los efectos favorables y desfavorables de las situaciones específicas descritas en el Anexo 4 del Pliego de Condiciones bajo las "factores de riesgo" denominados: riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de financiabilidad, riesgo financiero, riesgo político, riesgo regulatorio, riesgo por obligaciones ambientales, riesgo de retorno de la inversión y riesgo tributario. No obstante, entiende el Tribunal que la asunción de esos "factores de riesgo" solo opera respecto de las situaciones ordinarias y previsibles mencionadas en las descripciones y posibles consecuencias que trae el Anexo 4, pero no se extienden a circunstancias que configuren un álea o contingencia extraordinaria, como se dejó dicho expresamente en la cláusula 63.

"Además de los citados riesgos ordinarios, los que se desprenden de su carácter profesional y los "factores de riesgo" citados, Calicanto SAS asumió las situaciones de fuerza mayor mencionadas en la cláusula 62 que afecten solo de manera temporal el contrato, lo cual excluye aquellas que tengan el carácter de "insuperable e irresistible".

"Calicanto SAS tiene la obligación de adoptar las medidas que considere pertinentes para mitigar los riesgos favorables y desfavorables, de tal manera que, si el mayor costo se deriva de la falta de adopción de esas medidas, aunque se llegare a tratar de una situación extraordinaria, el mismo deberá ser asumido por Calicanto SAS.

"Por su parte, Transcaribe S.A. asumió los mayores costos que se derivaran, además del incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, de las deficiencias en la implantación y puesta en marcha del Sistema Transcaribe: de las decisiones generales que tengan origen en Transcaribe S.A. o en entidades nacionales o municipales ampliando con ello el concepto jurisprudencial y doctrinal de la teoría del hecho del príncipe; de las huelgas

internas, nacionales o regionales, y de los hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos.

“Como conclusión general del punto, el Tribunal considera que, de acuerdo con el análisis de lo pactado, el proceso de construcción de las obras se encuentra en cabeza de Calicanto SAS, sociedad a quien le correspondía, con cargo a la suma acordada, asumir todos los aleas normales de ejecución del Contrato, pero los áreas anormales o extraordinarios que se presentaran en la ejecución del mismo, así como las decisiones de autoridad de Transcribe S.A. o de entidades del orden nacional o territorial, se encuentran efectivamente sujetos al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato...”.

Al descender al caso, encontramos en la cláusula 61 los riesgos atribuidos a **TRANSCARIBE S.A.** y específicamente en la cláusula 61.3. que aquella asumió el riesgo que proviniera de “Los efectos desfavorables originados en actuaciones o decisiones de esta o de entidades del orden Nacional o Municipal, que puedan considerarse como "Hecho del Príncipe." o la contingencia por el detrimento que en los ingresos del CONCESIONARIO puedan causar los actos de autoridad o actos de la administración, de carácter general que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste último.

2. PLAZO O CONDICIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Se entiende por plazo para cumplir una obligación, aquel espacio de tiempo que se fija, por ley, por el juez o por las partes, en sus contratos, para el cumplimiento de los hechos o actos jurídicos determinados, o sea, el lapso entre el momento inicial del nacimiento de una obligación y el final del mismo, que es cuando la prestación se hace exigible y el acreedor puede pedir su cumplimiento, el cual puede tener distintas clasificaciones, entre otras: (i) voluntario: aquellas en los que se fija de manera concreta en el contrato y deben cumplirse al vencimiento del tiempo convenido; (ii) tácito o legal: aquel cuando las partes no convienen el lapso, se atiene a lo que indica la ley, evento donde se presume que debe transcurrir un determinado periodo de espera, para que el pago de la obligación se efectúe. (iii) determinado: cuando las partes definen un momento específico una fecha exacta, y tiene como parámetros, el día, mes y el año para cumplir la obligación. (iv)

indeterminado: aquellos ciertos pero contienen incertidumbre respecto al momento de hacerse exigibles, pero no se sabe cuándo llegara el día (caso de la muerte), concepto que emana del artículo 1551 de nuestro código civil que lo define como:

“... la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes...”.

CLASES DE OBLIGACIONES SIMPLES Y CONDICIONALES

De acuerdo con *Corpus Iuris Civile* la obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona es constreñida frente a otra a realizar una determinada prestación que adquirió ante aquella, siendo pura y simple la contraída sin circunstancia alguna que modifique sus efectos, o cuya eficacia no está afectada por condición ni término, es exigible en el momento mismo en que se perfecciona, o sea, cuando no está sometida a ninguna modalidad, ya sea condición, plazo o modo, modalidades estas que quitan certeza a la obligación principal, o la difieren en el tiempo, o le agregan una obligación accesoria.

En cambio, del artículo 1530 y siguientes del código civil encontramos definiciones de una serie de obligaciones, entre otras las condicionales “la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”

3. LAS CLÁUSULAS AMBIGUAS Y CÓMO SE INTERPRETAN

Pasan los árbitros al estudio de lo que debe entenderse como cláusulas ambiguas en un contrato para lo que pueda corresponder al caso debatido.

De acuerdo con el Diccionario Hispanoamericano de derecho Grupo Latino de Editores las cláusulas ambiguas en un contrato son aquellas “*que pueden ser entendidas de manera diversa, ya que no precisa elementos contundentes que permitan su interpretación exacta*”, o según enciclopedia jurídica edición 2014

en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido y afirmó “*la hermenéutica contractual fija el contenido y reconstruye el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes*”. Por eso, hizo ver que del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos y explicó que, según la doctrina, se aplican los

6699

son aquellas "que, por prestarse a diversas significaciones, ofrecen resistencia a su comprensión directa e inmediata exigiendo, por tanto, una labor interpretativa.

Ahora bien ¿Cómo se interpreta una cláusula ambigua? Según las reglas legales de hermenéutica, la cláusula ambigua se interpretan teniendo en cuenta la costumbre del país, completando así los vacíos que presente el contrato. Cuando la ambigüedad es definitiva, se habla de cláusula oscura, cuya interpretación se hará teniendo en cuenta, además, que aquella no debe favorecer al contratante responsable de dicha oscuridad.

En los contratos estatales, como el de Concesión que se estudia, por indicación del artículo 13 y 32 de la ley 80/93, al igual que en los de derecho privado las cláusulas contractuales se interpretan conforme a **las reglas de interpretación establecidas en el Libro Cuarto Título XIII artículos 1618 a 1624 las cuales nos dicen: ARTICULO 1618. PREVALECÍA DE LA INTENCIÓN. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. ARTICULO 1620. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. **ARTICULO 1621. INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO.** En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen. **ARTICULO 1624. INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR.** No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.**

La Sección Tercera del Consejo de Estado recordó que los principios y las reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido y afirmó "la *hermenéutica contractual fija el contenido y reconstruye el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes*". Por eso, hizo ver que del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos y explicó que, según la doctrina especializada, son

6700

dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones: (i) La búsqueda de la común intención de las partes (*communis intentio* o *voluntas spectanda*). (ii) La buena fe contractual.

De las reglas dice que son: (i) La especificidad. (ii) La interpretación efectiva, útil o conservatoria (iii) La interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual. (iv) La interpretación contextual, extensiva y auténtica (v) La interpretación incluyente o explicativa (vi) La interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente.

“Ahora bien, la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato”.

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

Con todo, la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio*, a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación.”⁴⁵

De acuerdo con el Consejo de Estado, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, por lo que resulta necesario en este caso acudir a los criterios

⁴⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 13001233100020030168101 (40353), Jun. 21/18. Magistrada Ponente. María Adriana Marín

6707

de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano, incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y también por remisión del Código de Comercio, en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28 de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales. (...) *En el presente caso es necesario acudir a una de las llamadas reglas subjetivas, cual es la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a la literalidad de las palabras y esta intención se puede desentrañar tanto de la solicitud de cotización realizada por la entidad como de la propuesta formulada por el actor. De conformidad con estos documentos previos a la celebración del contrato, de manera inequívoca se puede concluir que la intención de las partes fue el ejercicio de la representación de la entidad en los procesos judiciales de recuperación de dos predios de propiedad de la misma, hasta la segunda instancia. Ahora bien, como antes se mencionó, en el contrato se consignó que para los efectos del contrato (...).*

Asimismo, el Consejo de Estado en otra providencia de 2011 analiza las reglas de interpretación de los contratos, donde en lo puntual nos precisa:

"2. Las reglas de interpretación de los contratos⁴⁶

2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

⁴⁶ Cfr. M. BIANCA. Derecho civil. El contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 429 y siguientes; L. CARIOTA FERRARA. El negocio jurídico. Aguilar, Madrid 1956, p. 607 y siguientes; W. FLUME. El negocio jurídico. Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 351 y siguientes; F. DE CASTRO Y BRAVO. El Negocio jurídico. Editorial Civitas, Madrid 1997, p. 73 y siguientes; E. BETTI. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 237 y siguientes; F. MESSINEO. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1952, p. 87 y siguientes; G. STOLFI. Teoría del negocio jurídico. Editorial Revista de derecho Privado, Madrid 1959, p. 285 y siguientes; G. ALPA. L'interpretazione del contratto. Giuffrè Editore, Milano 1983; L. FERRI. Lecciones sobre el contrato. Editorial Jurídica Grijley, Lima 2004, p. 143 y siguientes; J. MELICHORSINI. Doctrina general del contrato. Editorial jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 335 y siguientes; L. DIEZ-PICAZO. Fundamentos de derecho civil patrimonial. T. I. Civitas, Madrid 1993, p. 367 y siguientes; S. CIFUENTES. Negocio jurídico. Editorial Astrea, Buenos Aires 2004, p. 333 y siguientes; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI. Derecho civil. T. I, v. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1992, p. 975 y siguientes; D. FRANCO VICTORIA. Introducción a la interpretación de los contratos. En Rivista di Diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma e América. Diritto Romano Comune, V. 21. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 124 - 156.

6702

“Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

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

“Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

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

ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).

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

“En efecto, Celso expresaba que “cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula”⁴⁷, opinión ésta que reiteraba Ulpiano al señalar que “cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante”⁴⁸.

“Téngase en cuenta que en Roma el estipulante presentaba el texto de la stipulatio y el promissor adhería a lo predispuesto, circunstancias éstas que determinaron que los jurisconsultos opinaran que las oscuridades debían interpretarse en contra de quien redactó la estipulación pues “fue libre para emplear con latitud las palabras.”⁴⁹

“Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o dispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

“Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.

“Pero por supuesto, se reitera, esta regla de interpretación que se viene comentando es de carácter subsidiario pues sólo puede acudir a ella si no es

⁴⁷ D. 34.5. 26 (27).

⁴⁸ D. 45.1.38.18.

⁴⁹ D. 45.1.99 pr.

6704

posible dilucidar en primer lugar con las otras reglas la común intención de los contratantes.”...⁵⁰

4. POSICIÓN DOMINANTE DE UNA DE LAS PARTES DEL CONTRATO

De acuerdo con la Corte Constitucional la alteración de los términos contractuales operada de manera unilateral por alguna de las partes desconoce la regla básica de los contratos “el contrato es ley para las partes” o *pacta sunt servanda* y constituye un atentado contra el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad en relación con el contrato.

En este sentido, el derecho a que los términos del contrato no sean alterados de manera unilateral por una de las partes integraría el contenido del derecho fundamental a la autonomía privada, precisamente por tratarse de una de las típicas situaciones que se encuentran dentro de su ámbito de protección.

Lo anterior implica que, por regla general, cualquier modificación del contrato debe estar sometida al concurso de voluntades o consentimiento de las partes. No obstante, la Corte reconoce que esta regla tiene excepciones, algunas derivadas de la naturaleza misma de las relaciones contractuales especialmente en lo que respecta a la función de intervención del Estado en la economía⁵¹, que en nuestro caso, como se estudió, el documento CONPES 3823 de diciembre de 2014 expedido para optimizar la operación del SITM que implicaba un ajuste a la fuente de pago a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** conllevó a que se modificara la cláusula 38 del contrato en los términos establecidos en el Otrosí No. 5.

La teoría del “abuso del derecho” se presenta entonces como una excepción a esta visión absoluta, que no solamente apunta a señalar que en el ejercicio de cualquier derecho hay unos límites derivados de la finalidad social que lo justifica, sino que además, en punto de lo contractual, se debe estar alerta especialmente cuando la voluntad concurrente se enmarca en situaciones que ponen en duda la igualdad de los contratantes, el equilibrio de las cargas que soportan, aun cuando no se trate de situaciones enmarcadas dentro de los vicios de existencia y validez de los actos jurídicos.

⁵⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección. Radicación: 47001-23-31-000-1994-03901-01(18762) Julio 7/2011. Magistrado Ponente. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

⁵¹ Sentencia T-423/03

6705

DECISIONES AL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RETARDO DE LOS PAGOS DEL OTROSÍ No. 8 AL CONTRATO

Procede el Panel Arbitral a resolver el primer grupo de pretensiones principales y, si fuere el caso, las subsidiarias contenidas en la demanda arbitral reformada y las excepciones planteadas por la convocada a aquellas pretensiones, como se dijo teniendo en cuenta las pruebas recepcionadas.

La metodología que sigue el Tribunal Arbitral en este acápite del laudo Arbitral es el de estudiar las pretensiones en el orden que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** las desarrolló, o sea, primero se mirará las principales declarativas y de condena y luego las subsidiarias declarativas y de condena, aclarando que de prosperar alguna de aquellas, en el orden dicho, por sustracción no abordará el análisis de las demás que se refieran a lo mismo

RESUMEN DEL PLANTEAMIENTO DE PORTAL CALICANTO A LAS PRETENSIONES DEL PRIMER GRUPO

La convocante pide que en el laudo Arbitral se acceda a las pretensiones del primer grupo al entender que **TRANSCARIBE S.A.** le pagó la suma de COP \$67.211.200.000 tardíamente a lo acordado aduciendo:

1. Que **TRANSCARIBE S.A.** tenía la obligación de pagarle la suma de COP\$67.211.200.000 a más tardar el 30 de septiembre de 2016, como fecha cierta implícita o por interpretación de que esa era la fecha de pago, obligación que incumplió.
2. Que como consecuencia de no pagar la suma de COP\$67.211.200.000 cuando correspondía, **TRANSCARIBE S.A.** le debe intereses de mora a la tasa bancaria e indexados causados entre el 30 de septiembre de 2016 hasta el 23 de febrero de 2017
3. Que por el incumplimiento en el pago oportuno de la suma de COP \$67.211.200.000 **PORTAL CALICANTO S.A.S.** sufrió daño emergente consistente en los intereses que esta tuvo que pagar a sus financiadores durante el período de mora al que **TRANSCARIBE S.A.** está obligada a

indemnizarle por un valor de COP\$4.730.000.000, y un lucro cesante por pérdida de oportunidad del dinero, o en subsidio por indexación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DEL PRIMER GRUPO

Del grupo de las pretensiones principales declarativas del primer grupo, de su sustento y alegaciones, el Tribunal aprecia que en rigor lo que estima **POTAL CALICANTO S.A.S.** es de que lo pactado en el Otrosí No 8 tenía un plazo implícito de pagar la suma de COP\$ 67.211.200.000 que debía verificarse a más tardar el 30 de septiembre de 2016, afirmando la demandante que las Partes no sometieron los pagos a condición alguna, pues esto habría comprometido la viabilidad económica y jurídica del proyecto, por cuanto de no cumplirse el supuesto de hecho de una condición suspensiva, sencillamente la obligación de pago nunca surgiría y es inconcebible que un contratista deba asumir el riesgo de que nunca se genere siquiera para la entidad la obligación de pagar la remuneración que le corresponde por la ejecución del Contrato. Esto convertiría el contrato en aleatorio, cuando es imperativo que se trata de un contrato conmutativo y sinalagmático, como todo contrato estatal.

También, a manera de conclusión, entiende que para **TRANSCARIBE S.A.** era claro que el cumplimiento de la obligación de pagar la suma de COP\$ 67.211.200.000 debía verificarse a más tardar el 30 de septiembre de 2016, y fue consciente que estaba asumiendo una obligación que no pretendía honrar oportunamente, creyó desembarazarse de las consecuencias jurídicas del incumplimiento extendiendo una cláusula de abusiva e ilegal y dice que la suma de COP\$ 67.211.200.000 debía pagársele a más tardar el 30 de septiembre de 2016; que todo ello encuentra apoyo en el Dictamen Pericial de Invercor y declaración del testigo Carlos Vergara, pero también entiende que las partes llegaron a esa suma por proyección a valor presente de septiembre de 2016, siendo el valor presente a esa fecha un criterio determinante para establecer la real voluntad de las partes que está implícita en ese Otrosí.

Por su parte **TRANCARIBE S.A.** entiende lo contrario. Es del criterio que no existía un plazo implícito para el pago de la primera cuota, tampoco disposición ambigua u oscura, por el contrario, *“... la cláusula que se estudia es clara cuando establece que las obligaciones se encuentran supeditadas a condiciones suspensivas, esto es: El segundo abono del primer pago, a la suscripción del*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

*Convenio de Cofinanciación con el Distrito de Cartagena; el tercer abono del primer pago, a la obtención y desembolso de un crédito sindicado; y el segundo pago, a la entrega definitiva de las obras; quedó expresamente pactado que la fecha de 30 de septiembre de 2016 constituía una "fecha probable", y que así quedó plasmado en Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016, y posteriormente en Otrosí N° 8, todo lo cual se hizo con la anuencia y aprobación de **PORTAL CALICANTO S.A.S.***

Recordemos lo dicho en el marco teórico para el estudio de estas primeras excepciones, que obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona debe ante otra realizar una determinada prestación que adquirió ante aquella, y ello se entiende como obligación pura y simple cuando su cumplimiento y eficacia no está afectada por condición ni término, es exigible en el momento mismo en que se perfecciona, sin sometimiento a ninguna modalidad, ya sea condición o plazo, modalidades que quitan certeza a la obligación principal, o la difieren en el tiempo, o le agregan una obligación accesorio, como lo indica el artículo 1530 y siguientes del código civil que nos dice de las obligaciones condicionales como aquellas que dependen de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no, definición esta que tipifica en la forma como **TRANSCRIBE S.A.** y **PORTAL CALICANTO S.A.S.** acordaron el pago de los COP\$67.211.200.000.00, "contra crédito sindicado", acuerdo que no es posible entender de forma distinta a ser una condición que no se entra a calificar, por no ser ello el problema, sino si ese deber implicaba una obligación pura y simple, como lo entiende la demandante, que contenía un plazo implícito.

El Tribunal Arbitral habrá de denegar las pretensiones principales y las de condena declarativas del primer grupo y así lo dispondrá en la parte resolutive, por la elemental razón que el cumplimiento de ellas no fue establecido en forma pura y simple; no es posible entender y admitir, *per se*, que en el Otrosí No. 8 quedó pactado el 30 de septiembre de 2016 como una fecha implícita de pago. Para ello, basta apreciar lo establecido en la cláusula primera del mencionado documento, para concluir que no se trata de una obligación pura y simple, ni que contiene un plazo implícito.

En efecto, el Tribunal concluye que para poder entender cuál fue la fecha o época del pago de los COP\$ 67.211.200.000 acordado en la cláusula primera del Otrosí No. 8 deben hacerse ejercicios interpretativos conforme a las reglas que para ello vienen establecidas en el Código Civil colombiano, pruebas que a ello se refieren,

6728

por lo que de suyo ello niega que lo establecido para el pago de esa suma de dinero sea una forma pura y simple o un plazo implícito, como lo ha afirmado **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en su primera y principal pretensión declarativa, por lo cual, se itera, se negarán estas primeras pretensiones.

ESTUDIO DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LAS DEL PRIMER GRUPO

En este grupo de pretensiones **PORTAL CALICANTO S.A.S.** dice que debe declararse que el 30 de septiembre de 2016 era la fecha para el pago de COP\$ 67.211.200.000 y condenarse a **TRANSCARIBE** a su pago en razón a que: (i) las cláusulas que integraron el Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 fueron extendidas y dictadas por **TRANSCARIBE S.A.** (ii) el plazo para el pago de COP \$67.211.200.000 indicado en la cláusula primera del Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darle **TRANSCARIBE S.A.** (iii) la citada clausula primera debe interpretarse en contra de la **TRANSCARIBE S.A.** y a favor de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil.

Por el contrario, **TRANSCARIBE S.A.** tanto en la contestación de la demanda, excepciones y alegato de conclusión indica que lo pactado en el otrosí N° 8 fue fruto de un proceso de diálogo voluntario, consciente y bilateral de las partes al que llegaron por un arreglo directo entre aquellas que se evidencia en el texto del Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016 lo que apoya en lo dicho por el Representante Legal de la convocada en el Oficio TC-DJ – 07.01-0248-2019 de 14 de febrero de 2019 y en las declaraciones de **ERCILIA DEL CARMEN BARRIOS FLÓREZ** Jefe Oficina Asesora Jurídica de **TRANSCARIBE S.A.**, considera que con esos documentos y testimonios se probó que el 30 de septiembre de 2016 se estableció como fecha probable para el pago de la segunda cuota del primer pago, como también que una vez obtenido el crédito sindicado, se pudieran realizar pagos hasta por un porcentaje equivalente al 90% del valor total pactado; también quedó probado la bilateralidad en la elaboración de la cláusula primera del otrosí N° 8, la cual es clara y no da lugar a equívocos concluyendo que pagó dentro de los plazos pactados en el otrosí N° 8, al igual que con la certificación expedida por Alianza Fiduciaria S.A. contenida en el oficio de 4 de abril de 2019, suscrito por la Representante Legal de **BBVA ASSET MANAGEMET S.A. SOCIEDAD**

6709

FIDUCIARIA – María Elena Torres Colmenares, con los comprobantes de egresos con sus respectivos anexos, con la relación de egresos suscrita por el señor Jaime Jiménez González Tesorero de Transcaribe y el comunicado Interno TC-DAF 07.02-024-2017 de 2 de marzo de 2017 suscrito por la Dirección Administrativa y Financiera de Transcaribe.

TRANSCARIBE S.A. defiende su posición aduciendo que **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, no formuló salvedades frente al impacto financiero que pudiera generar la demora en la suscripción del convenio de cofinanciación, el desembolso de los dineros por parte del Distrito de Cartagena y la Nación. En consecuencia, no puede solicitar el supuesto lucro cesante correspondiente al costo de oportunidad que reclama y cita precedentes del Consejo de Estado y, por último, niega falta de diligencia en la obtención del crédito sindicado, condición *sine qua non* para la realización de los pagos a que se obligó de conformidad con el Otrosí No. 8, lo que se demostró con el Oficio TC-DT-07.01-06/08-2016 de 22 de abril de 2016, aportado con la contestación de la demanda, donde el gerente de la demandada pone en conocimiento del señor **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE** representante de la demandante de las gestiones que **TRANSCARIBE S.A.** venía desempeñando en atención a la obtención de dicho crédito, también de las afirmaciones manifestadas en versión rendida por los testigos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL A LAS PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

El Tribunal negará la prosperidad de este grupo de pretensiones declarativas y de condena en razón a que no encuentra probado que la cláusula primera del Otrosí No. 8, por el que se modificó la forma de pago del contrato, particularmente de cuándo se pagaría el crédito designado, fuere una cláusula extendida por **TRANSCARIBE S.A.**, y ello es lo medular de este grupo de pretensiones. Sin la existencia de esa prueba, esas pretensiones caen en lo imaginario y aunque el Tribunal le encuentra con una redacción ambigua, sólo ese hecho no es suficiente para acceder a ello, por lo que, no pudiendo aplicarse ninguna otra regla de interpretación, ni siendo posible dar una aplicación en su contra, en contrario, el artículo 1624 del Código Civil regula que en casos como el que se estudia, la cláusula ambigua juega a favor del deudor, salvo que se hubiere demostrado que

6710

TRANSCARIBE S.A. fuere quien hubiese extendido o dictado dicha cláusula oscura, evento en el cual el Tribunal la interpretaría en su contra.

Pero, se repite, de ello no hay prueba en el expediente. Por el contrario, en la declaración rendida el 21 de febrero de 2019 por su directora jurídica **ERCILIA DEL CARMEN BARRIOS FLÓREZ** a quien se le preguntó si recordaba cómo se había llegado al Otrosí No. 8, quien lo redactó, contestó: *“Eso fue, como todos los otrosí que hubo con Portal Calicanto, la oferta inicial la presentamos nosotros, con base en el esquema que usa la oficina asesora jurídica y hubo correos electrónicos, correos electrónicos van correos electrónicos vienen, una figura discutida por las partes, y que al final el resultado fue lo convenido o consensado por ambas partes”*; convenio que también acepta **ARTURO CEPADA**, representante de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, en el interrogatorio que absolvió en este proceso. Muestra evidente de ello es su firma en dicho documentos. Y en el mismo sentido se pronunciaron los testigos **CARLOS CORONADO** y **DIONISIO VELEZ**.

No es posible en todo caso concluir que la cláusula primera comentada haya sido "dictada", cuando surgió de un proceso de arreglo que consta en el acta del 26 de agosto de 2016. Para llegar a un arreglo directo es indispensable la negociación de las partes. Ese arreglo directo, producto de la negociación, hace parte integral del Otrosí No. 8 suscrito por las partes.

Con las anteriores reflexiones sería suficiente para que el Tribunal niegue la prosperidad de las primeras pretensiones subsidiarias a las pretensiones principales del primer grupo de pretensiones. No obstante, es pertinente referirse a los intereses solicitados en estas pretensiones, también pedidas en las pretensiones principales y otras subsidiarias.

De los intereses solicitados es pertinente tener en cuenta, como lo recuerda la Corte Suprema de Justicia y lo dispone el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es una ley para las partes; esto es, que su voluntad las vincula entre sí a tal grado que sólo pueden liberarse de las obligaciones surgidas del contrato mediante la "prestación de lo que se debe", es decir, por la solución o pago efectivo, según las voces del artículo 1626 del mismo Código y el artículo 1546 del mismo código autoriza al contratante cumplido, en los contratos sinalagmáticos, solicitar la indemnización de perjuicios correspondiente, de lo que la Corte tiene dicho que: *“En materia de responsabilidad civil contractual, la indemnización de perjuicios supone,*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

*necesariamente, el incumplimiento de las obligaciones, o el cumplimiento imperfecto de ellas o su ejecución tardía, de lo cual se derive un perjuicio para el acreedor...*⁵²

Recuérdese que los intereses que solicita **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, son por mora en el pago de la suma de COP\$67.211.200.000 equivalentes a una y media veces el interés bancario corriente causados entre el 30 de septiembre de 2016 hasta el 23 de febrero de 2017. El Panel Arbitral observa, como quedó estudiado en el capítulo segundo del laudo, el Contrato No. TC-LPN-004 de 2010, fuente del litigio, es un contrato estatal de concesión regido por la Ley 80 de 1993 y en lo no previsto en ese estatuto, por remisión que él mismo hace en sus artículos 13, 32, se le aplica en derecho privado, civil y comercial pero el tema de intereses si lo regula.

Ahora, para el reconocimiento de intereses en los contratos estatales, desde la vigencia de la Ley 80 de 1993 se reconocen y pagan los establecidos en dicha ley de contratación estatal y si bien pudieren ser intereses comerciales si en la literalidad del contrato se fijaron estos, pero en el contrato cuyo incumpliendo **PORTAL CALICANTO S.A.S.** pide que se declare, no hubo pacto de intereses moratorios de los regulados en el Código de Comercio; por ello, es razón elemental pero potísima de que aquellos se rigen por el artículo 4 de la ley 80 de 1993, esto es, el IPC + el interés civil doblado, que es el 12%, y no por el artículo 884 del Código de Comercio según el cual *“cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses”*.

Este extremo del estudio lo apoyamos, con un aparte de decisión del Concejo de Estado:

“De las muchas providencia del Consejo de Estado tiempo después, este reconocimiento de intereses moratorios y su tasa se recogió en el transcrito numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en cuanto prescribió que sin

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de julio de 1995. Expediente No.4540 Magistrado ponente, PEDRO LAFONT PIANETTA

perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios en los contratos que celebren las entidades estatales, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Es decir, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades sea civil o comercial, ante el silencio de las partes, es la establecida en esta disposición del Estatuto General de la Contratación Pública, y no la previstas en el Código Civil o el Código de Comercio, lo que no obsta para que puedan pactar expresamente éstas, siempre y cuando se respeten los límites impuestos en la ley, en cuanto al interés de usura, según lo explicó en su oportunidad esta Sección:

“Es preciso reiterar que si las partes lo consideran conveniente pueden acordar el pago de intereses moratorios de acuerdo a la legislación comercial, pero de no hacerlo, la única posibilidad es aplicar lo establecido en la norma mencionada. Con la entrada en vigencia de la ley 80 se reguló de manera íntegra la materia por lo que, ante la falta de estipulación de las partes, no es posible remitirse a la legislación comercial para aplicar la figura consagrada en el art. 886 del Código de Comercio (...).”⁵³

Por último, si el Panel Arbitral pensare en optar por una posición garantista en el tema de intereses, sobre la perspectiva de que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** sí formuló pretensiones declarativas y de condena de intereses, pero con fundamento en el artículo 884 del C. Co; y si el Tribunal negare éstas para conceder las prevista en la Ley 80 de 1993 como últimamente fue reglamentada por el decreto 1082 de 2015 que derogó el reglamento anterior o Decreto 679 de 1994, podría romperse el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio este que, conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado y no le es permitido proferir laudos *extra petita*, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y se reitera en las pretensiones no hay petición de intereses conforme la Ley 80 de 1993.

⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 17214. Sentencia de 2010

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

De lo visto hasta acá el Tribunal concluye que denegará el primer grupo de pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales incluyendo la solicitud de intereses moratorios.

ESTUDIO DE LAS SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

En el segundo grupo de pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena a las principales del primer grupo de pretensiones, el planteamiento de **PORTAL CALICANTO S.A.** para solicitarlas en subsidio al primer grupo de las pretensiones principales, y primeras subsidiarias de aquellas, es en esencia entender que **TRANSCARIBE S.A.** ostentaba una posición dominante en la negociación, celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 y sus modificaciones, y que abusó de esa posición en el pacto de la obligación de pago de la suma de \$67.211.200.000 consagrada en la Cláusula Primera del Otrosí No. 8 del mencionado contrato, así como al no gestionar el desembolso del crédito sindicado con el cual pagaría a Portal Calicanto. Como consecuencia de todo lo anterior, se le ocasionaron perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante por lo que se debe condenar a **TRANSCARIBE** a que le pague:

- Por daño emergente, el valor de los intereses que se vio obligada a pagarle a sus financiadores por valor \$4.730.000.000, debidamente indexados hasta la fecha efectiva de pago
- Por lucro cesante, el valor por el costo de oportunidad por no haber recibido oportunamente el pago de los \$67.211.200.000, por valor de COP\$2.023.000.000, debidamente indexados hasta la fecha efectiva de pago, o en subsidio de esta suma que se condene a **TRANSCARIBE S.A.** a pagar a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** los perjuicios correspondientes a la indexación de los COP\$67.211.200.000 entre el 30 de septiembre de 2016 y el 03 de febrero de 2017, por valor de COP\$1.053.000.000. Indexado hasta la fecha efectiva de pago.

Antes de ahondar en la vocación de prosperidad de dichas pretensiones, son necesarias algunas consideraciones relativas al abuso de posición de dominio en las relaciones contractuales.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

Bien es sabido que en toda relación comercial se aplica la máxima según la cual *"el contrato es ley para las partes"* o *pacta sunt servanda*, a partir del cual los sujetos contratantes quedan vinculados a su convenio, y a cuya invalidez solo puede llegarse por mutuo consentimiento de aquellos o por causas legales.

Sin embargo, cuando en el contenido de dicho negocio jurídico existen disposiciones que fueron impuestas o dictadas en razón de la superioridad de un contratante, corresponde al juzgador ahondar en la intención de los contratantes y, de ser así, restarle efectos jurídicos a dicha estipulación que causa un desequilibrio en las prestaciones de las partes y afecta la justicia conmutativa del contrato. En relación con la teoría del *"abuso del derecho"*, ha explicado la doctrina que ésta:

*"Se presenta entonces como una excepción a esta visión absoluta, que no solamente apunta a señalar que en el ejercicio de cualquier derecho hay unos límites derivados de la finalidad social que lo justifica, sino que además, en punto de lo contractual, se debe estar alerta especialmente cuando la voluntad concurrente se enmarca en situaciones que ponen en duda la igualdad de los contratantes, el equilibrio de las cargas que soportan, aun cuando no se trate de situaciones enmarcadas dentro de los vicios de existencia y validez de los actos jurídicos"*⁵⁴.

Respecto a la posición dominante contractual, ha explicado la jurisprudencia arbitral que aquella *"se refiere a la posibilidad que tiene una persona por razones de superioridad originadas en causa de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico, independientemente de si quien detenta tal superioridad comercial posee o no posición dominante frente al mercado en general"*⁵⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha explicado el alcance del abuso de posición de dominio en las relaciones contractuales, enseñando lo siguiente:

"Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación"

⁵⁴ Suárez Beltrán, Gonzalo. *Estudios de derecho contractual público*. Editorial Legis, 1ª ed, 2014, pág. 194.

⁵⁵ Laudo Arbitral del 23 de febrero de 2007. Punto Celular Ltda. contra Comcel S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...).⁵⁶

Así las cosas, cuando se ejerce posición de dominio en relaciones jurídico negociales -y no de mercado- un sujeto de dicha relación impone las condiciones contractuales de espaldas a la mínima razonabilidad, imponiendo restricciones al co-contratante y, por lo mismo, afectando la equivalencia prestacional propia del contrato.

Pues bien, al Tribunal le corresponde determinar si en el presente caso existió una posición de dominio abusiva, como lo manifestó la Convocante a lo largo de proceso, o si, por el contrario, no existió tal, como lo sostuvo la Entidad Pública Convocada.

De las pruebas practicadas en el presente proceso arbitral no hay evidencia alguna que dé cuenta que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** se vio sometida a los dictados de **TRANSCARIBE S.A.** en el marco de la negociación del Otrosí No. 8.

Ciertamente, aunque en el escrito de alegatos **PORTAL CALICANTO S.A.S.** señaló que la Convocada actuó con abuso tanto en la estipulación de dicha modificación como en la ejecución del contrato, y que **TRANSCARIBE S.A.** -de mala fe- tardó 5 meses en lograr la materialización del desembolso del crédito sindicado, lo cierto es que ello no se probó.

En este punto es menester recordar que, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”, y lo que encuentra este Tribunal es que las aseveraciones de la Convocante en cuanto a la

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994, Expediente 3972. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

existencia de una cláusula abusiva y de un abuso de posición de dominio nunca encontraron fundamento probatorio.

De hecho, muy por el contrario, lo que demuestran las pruebas practicadas en el proceso es que la suscripción de dicho negocio jurídico se antecedió de sendas reuniones y, en general, de buenas relaciones entre los contratantes:

“ARTURO CEPEDA FACIOLINCE: Debo reconocer que fueron muy receptivos en la Alcaldía, y la Administración de Transcaribe, ya era en este caso el Doctor Ripoll. Y después de unas negociaciones con la misma banca de inversión, llegamos al Otrosí 8

(...)

Nosotros, debo decirles, tuvimos y tenemos con Transcaribe, hemos tenido una buena relación, nosotros siempre tratamos de que Transcaribe, a nosotros nos interesa tener una buena relación con Transcaribe, porque recuerden, la concesión nuestra sigue 50 años más, nosotros tenemos la explotación del lote que está en frente y nosotros había temas que nos interesaba tener bien con Transcaribe.”

Igualmente, de las pruebas testimoniales practicadas en el proceso, se vislumbra que no existió alguna posición de dominio en la redacción de los distintos otrosí.

El testigo Carlos Coronado Yances, Gerente de **TRANSCARIBE S.A.** para la época de los hechos y quien participó activamente de las negociaciones con el Portal Calicanto, sostuvo:

“APODERADA CONVOCADA: ¿Considera usted que el Distrito de Cartagena o Transcaribe, ejercieron posición dominante frente a Portal Calicanto S.A. en la firma del Otrosí No. 5?

CARLOS CORONADO YANCES: Este es un proyecto de ciudad, donde realmente el interés era un interés público, pero que el Distrito como tal hubiera ejercido posición dominante para obligarlo, firme, sí o no, no. Además, nunca estuvimos en ese terreno. Hubo mucho diálogo, uff, horas y horas, y eso echa por tierra cualquier tipo de presión. Hubo sí bastante diálogo, bastante “botadera de chupo”.”

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

El Alcalde Mayor de Cartagena para la época de los hechos, Dionisio Vélez Trujillo, indicó al respecto lo siguiente:

“DR. PAREJA BERMÚDEZ: ¿Recuerda cómo fueron las negociaciones, las conversaciones; recuerda quiénes participaron en la que usted estuvo, en representación de quién, y cómo fue el ambiente en que se desarrollaron, y si hubo alguna clase de ejercicio de posición dominante por parte del Distrito o Transcaribe, frente al contratista, en este caso el Concesionario Portal Calicanto?”

DIONISIO VÉLEZ TRUJILLO: La verdad es que como en todos esos eventos y negociaciones hay momentos de pronto un poquito más tensos que otros, son situaciones normales, pero que yo haya notado algo particular de ninguna de las partes, es más, tan es así que al final se firma un acuerdo entre las partes, donde las partes están de común acuerdo, valga la redundancia. Firmó el contratista y firmó Transcaribe, pero sí hubo reuniones, en esas reuniones, la gran mayoría, incluso yo propiciaba que se hicieran a nivel de junta directiva para que fuese la junta la que estuviera enterada y se tomaran decisiones con base en lo que era un proyecto tan importante como Transcaribe (...).”

Sobre la posición dominante, se había señalado en el marco teórico del laudo que de acuerdo con la Corte Constitucional la alteración de los términos contractuales operada de manera unilateral por alguna de las partes desconoce la regla básica de los contratos “el contrato es ley para las partes” y constituye un atentado contra el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad en relación con el contrato.

En este sentido, el derecho a que los términos del contrato no sean alterados de manera unilateral por una de las partes alteraría el contenido del derecho fundamental a la autonomía privada, precisamente por tratarse de una de las típicas situaciones que se encuentran dentro de su ámbito de protección. Lo anterior implica que, por regla general, cualquier modificación del contrato debe estar sometido al concurso de voluntades o consentimiento de las partes. No obstante, la Corte reconoce que esta regla tiene excepciones, algunas derivadas de la naturaleza misma de las relaciones contractuales especialmente en lo que respecta a la función de intervención del Estado en la economía⁵⁷, que en nuestro caso, como se estudió, el documento CONPES 3823 de diciembre de 2014 expedido para optimizar la operación del SITM que implicaba un ajuste a la fuente

⁵⁷ Sentencia T-423/03

de pago a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** conllevó a que se modificara la cláusula 38 del contrato en los términos establecidos en el Otrosí No. 5 que se hizo formalmente por acuerdo de las partes al igual que el Otrosí No. 8, por lo que en consecuencia se deberá negar este grupo de pretensiones, por no haber prueba de las afirmaciones que en ese sentido hace **PORTAL CALICANTO S.A.S.**

Así las cosas, como no se acreditó en el presente caso abuso de posición de dominio por parte de la entidad Convocada, o sea, ausencia de demostración probatoria de ello, el Tribunal denegará las segundas pretensiones subsidiarias del primer grupo de pretensiones de la reforma de demanda.

ESTUDIO DE LAS TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LAS DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

En las terceras pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena, a las del primer grupo de pretensiones, el planteamiento de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** para solicitarlas en esencia es el entender que **TRANSCARIBE S.A.** incumplió el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 y en consecuencia sufrió perjuicios a título de daño emergente y de lucro cesante en razón a que:

- No gestionó de forma diligente el crédito sindicado en la ejecución de su obligación de pagarle la suma de COP \$67.211.200.000 consagrado en la Cláusula Primera del Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010.
- Incumplió los deberes de buena fe y de diligencia en la ejecución de sus obligaciones derivadas del Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, al no gestionar oportunamente el desembolso del crédito para el pago de dichas obligaciones.
- Actuó con culpa al retardar abusivamente las gestiones necesarias para obtener el desembolso del crédito sindicado, desconociendo la buen fe contractual de la cual habla 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.*”, igualmente el Código de Comercio habla de ello en sus artículos 863 y 871.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Alega que como consecuencia del incumplimiento contractual se le ocasionaron perjuicios a título de daño emergente por lo que se debe condenar a **TRANSCARIBE S.A.** a que le pague:

- El valor de los intereses que se vio obligada a entregar a sus financiadores por valor COP\$4.730.000.000, debidamente indexados
- El valor por el costo de oportunidad por no haber recibido en su momento el pago de los COP\$67.211.200.000, por valor de COP\$2.023.000.000, debidamente indexados hasta la fecha efectiva de pago, o en subsidio de esta suma, que se condene a **TRANSCARIBE S.A.** a pagar a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** los perjuicios a título de lucro cesante correspondientes a la indexación de los COP\$67.211.200.000 entre el 30 de septiembre de 2016 y el 03 de febrero de 2017, por valor de COP\$1.053.000.000. Indexado hasta la fecha efectiva de pago

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL A LAS TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS AL PRIMER GRUPO

En primer lugar, por economía y evitar repeticiones innecesarias, para este apartado del Laudo, los árbitros igualmente se remiten a lo observado a las posiciones presentadas tanto por **PORTA CALICANTO S.A.S.** como por **TRANSCARIBE S.A.** al marco teórico en lo aplicable, como también a las pruebas recepcionadas.

Contrario a la opinión del Procurador Delegado fijada en su alegato final, quien en rigor no se pronunció acerca de estas pretensiones y de forma general habla de la inexistencia del desequilibrio económico, el Tribunal dispondrá, en parte, la prosperidad de este grupo de pretensiones declarativas y de condena en razón a que encuentra que las obligaciones contenidas en el Otrosí No. 8, por el que se modificó la forma de pago del contrato, **TRANSCARIBE S.A.** tenía el deber de actuar con ubérrima buena fe, y gestionar de manera diligente lo correspondiente para haber logrado, sin tardanzas, el denominado crédito sindicado por COP\$67.211.200.000 y honrar esa obligación con **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, que era su deber, o sea, de manera pronta, no de manera negligente, como se aprecia actuó.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

La demora en obtener ese dinero, cinco (5) meses después de firmado el Otrosí No. 8, cuando de acuerdo con reflexiones anteriores a otras pretensiones, **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, esperaba que ese pago se hiciera dentro del mes siguiente a ello, condenándolo al pago de intereses moratorios a los financistas de las obras que ejecutó para **TRANSCARIBE S.A.** conforme a lo obligado en el contrato de concesión.

Debe recordarse, de los documentos anexados al proceso que ha estudiado el Panel Arbitral, y del análisis de la demandante, que el cambio de la remuneración fue impuesta en el documento CONPES 3823 que originó el Otrosí No. 5 que se hizo con la visión y entendido que la suma acordada sería pagada de contado, inicialmente a valor presente de diciembre 2015. El ejercicio financiero del cambio de la fórmula de pago se había hecho con descuentos al 31 de diciembre de 2015 que la convocante finalmente aceptó, dada su condición y posición contractual, pues sus financiadores se negaban a seguir desembolsando los recursos ante el alto riesgo que existía de que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no recibiera el pago esperado, o lo tardara en demasía.

La sociedad Convocante, durante toda la negociación del Otrosí No. 5, indicaba que el valor presente a diciembre de 2015 era la época que esperaba para recibir ese pago. En lógica jurídica y financiera si se aplica una tasa de descuento a una suma de valor futura, traída a una fecha presente, suponía que el pago se haría en diciembre de 2015, lo que se puede tener por apreciado y se puede ver en correo del representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a **TRANSCARIBE S.A.** del 4 de julio de ese año:

----- Mensaje reenviado -----
 De: **Arturo Cepeda** <arturo.cepeda@barajas.com.co>
 Fecha: 4 de junio de 2015, 19:50
 Asunto: Fwd: REMISION DE DOCUMENTOS
 Para: ercilia barrios <ebarrios@transcaribe.gov.co>, jlopez@transcaribe.gov.co, "gerenciasitm@transcaribe.gov.co" <gerenciasitm@transcaribe.gov.co>

Estimado DR Lopez:
 Sirva la presente para ratificarle la propuesta de Portal Calicanto S.A.S.A. en el sentido que mediante un pago total del Conpes que nos concierne ANTES de Diciembre 31 del 15 de \$151.500.00 millones Portal Calicanto dará por compensadas todas sus aspiraciones y compensaciones hoy existentes y por concretarse a la fecha por un MAXIMO valor de la cifra antes mencionada.
 Ratificamos que de obtener un pago en VP anterior al 31 de Diciembre del año en curso(2015) de \$151.500 millones, daremos por extintas la totalidad de nuestras reclamaciones a la fecha superiores a \$34 mil millones que la entidad concedente ampliamente conoce.
 Quedamos pendientes de sus opiniones al presente comunicado.
 ACF.

El Tribunal tampoco encuentra en las pruebas que se hablare de pagos en plazos indeterminados o sometidos a condición alguna y, en cambio, como precedente al Otrosí No. 8, encontramos lo que sí se indicó dentro de los considerandos del Otrosí No. 5:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

También es evidente y está probado con los documentos suscritos en el 2016 y que obran en el expediente, que para agosto de 2016 aún **TRANSCARIBE S.A.**, no había obtenido el desembolso del crédito que tramitaba para realizar el pago a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, como se previó en las modificaciones anteriores, y ante ello, la demandante presentó solicitud de arreglo directo, firmándose como consecuencia inicialmente el acta de reunión de fecha 26 de agosto de 2016 que recogía los nuevos acuerdos y luego el Otrosí No. 8 de la misma fecha, que modificó nuevamente la forma de pago, precedentes de donde no es posible interpretar que la intención y voluntad de las partes fue la de pactar una condición de pago absolutamente indefinida; por el contrario, la interpretación razonable, y concordante con los documentos contractuales analizados, es que el pago se debió haber hecho dentro del mes siguiente a la suscripción del Otrosí No. 8, o sea hasta el 26 de septiembre de 2016.

Partir de un supuesto en el que se entendiera que **TRANSCARIBE S.A.** podía pagar en cualquier momento, o en término indefinido su obligación principal de pago (en el entendido de que todo dependía de la obtención de un crédito), sería violentar la naturaleza misma del contrato, y de la teoría de los contratos bilaterales onerosos, en los que debe preservarse el sinalagma de la relación. Es decir, hacer una interpretación diferente a la del Panel Arbitral, sería aceptar que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** tenía el deber de asumir en un tiempo indefinido, que no dependía ni de su gestión ni de su voluntad, los costos financieros que claramente le competía asumir a **TRANSCARIBE S.A.** desde el momento en que aceptó gestionar el pago de lo debido a través de un crédito a su cargo. Ello, además, no fue un riesgo financiero de los endilgados contractualmente al concesionario, pues no se encuentra en los pliegos (Anexo No. 4) ni en el contrato, ni en sus modificaciones.

Es más, de los documentos anexados a la demanda y relacionados como prueba 36, encontramos el oficio PCC-TC-0158-2016 y certificación del Revisor fiscal enviado por **PORTAL CALICANTO S.A.S** a **TRANSCARIBE S.A.** y recibido por ésta el 12 de diciembre de 2016, donde para la demandante no hay duda que el pago de los \$67.211.200.000.00 los esperaba para septiembre de 2016, donde sin ambages le reclama:

"(...) Como es de conocimiento de esa Entidad, a través del Otrosí Modificatorio No. 8 al Contrato de Concesión descrito en el Asunto (el "Contrato de Concesión"), suscrito entre nosotros el pasado 26 de agosto de 2016, se

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

reconoce y/o como cifra a cancelar, la suma de \$ 129.645.472.500 (Ciento veintinueve mil seiscientos cuarenta y cinco millones cuatrocientos setenta y dos mil quinientos pesos) y se acordó que el pago se hiciera de la siguiente forma:

“\$10.000.000.000.00, abono parcial (ya pagado).

“\$10.000.000.000.00, abono parcial (ya pagado)

“\$67.211.200.000.00, pago contra crédito sindicado (pendiente) que se estimaba como tarde en Septiembre del 2016.

“En total se cancelarían, como un primer pago, antes de que se verificara la reversión, la suma de \$87.211.200.000.00.

“A pesar de la claridad de los términos pactados entre nosotros, a la fecha de la presente comunicación, **TRANSCARIBE** no ha honrado el compromiso adquirido de efectuar el pago de los \$67.211.000.00 antes descritos, lo cual nuevamente dejó a este Concesionario en una posición de total incertidumbre en relación con la posibilidad de que efectivamente se vea remunerada equitativamente la ejecución de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión.

“La situación presentada en lo único que se traduce es en el incremento de los perjuicios que se han ocasionado a Portal Calicanto por la forma como se ha desarrollado la ejecución del Contrato de Concesión, puesto que, como es de suponer, amparados en el principio de buena fe que impera en todos los contratos, se partió de la base de que **TRANSCARIBE** honraría sus compromisos y por lo tanto se recibirían los pagos de la remuneración en los términos pactados. De esta forma, como consecuencia del incumplimiento de esa Entidad, a la fecha nos encontramos en mora en el pago de las obligaciones financieras adquiridas con contratistas, proveedores y bancos.

“Por ello de manera respetuosa le solicitamos que esa Entidad proceda de manera inmediata con el pago de las sumas de la remuneración pactada a favor de este Concesionario, junto con los respectivos intereses causados por los dos créditos que tenemos (Sindicado y Subordinado) desde el mes de septiembre hasta la fecha efectiva para cancelar, para lo cual se adjunta certificación de

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

nuestras Revisoría Fiscal, en donde certifican el valor que debemos cancelar por cada mes causado.

(...)

“La falta de pago por parte de Transcribe de la Remuneración a favor del Concesionario dentro de los términos pactados ha ocasionado grandes perjuicios, que se resumen de la siguiente manera:

- a. *Mayor carga financiera que ha tenido que asumir el Concesionario, derivada básicamente de dos situaciones: (i) por un lado, por haberse visto obligado a negociar una nueva prórroga del pago que debía ser efectuado contra los recursos que se recibirían de Transcribe, (ii) por otro lado, por la necesidad de prorrogar los plazos pactados para la culminación del Proyecto, puesto que no se contaba con los recursos financieros....*

(...)

- c) *Que, siendo el pago de la Remuneración una obligación a cargo de Transcribe, la cual es clara, expresa y exigible, esa entidad está obligada a reconocer y pagar a favor del Concesionario los intereses causados por los dos Créditos que tenemos (Sindicado y Subordinado) desde el mes de septiembre, que solamente hasta la fecha, ascienden por mes a \$1.184.342.640,00 mensuales, para un total a la fecha de \$4.737.370.560,00, sobre un supuesto de cancelación en diciembre.*

(...)

La certificación del revisor fiscal de **PORTAL CALICANTO S.A.S** a la que alude el documento antes citado, dice:

“La Sociedad Portal Calicanto S.A.S tiene Obligaciones financieras en cabeza del PA FC Portal Calicanto a favor de Banco Sudameris, Banco Colpatna y Fiduciaria Bancolombia, por valor de \$77.000.000.000 que por dichas obligaciones se vienen pagando Intereses trimestrales de cada crédito, que los intereses causados en un mes corresponde a \$1.184.342.640,77, que se detalla a continuación:

6725

Acreeedor	Monto Desembolso	Intereses de un Mes
Crédito Sindicado Banco Colpatria	\$38 000.000 000.00	\$508.875 927,14
Crédito sindicado banco gnb sudameris	\$19.000.000.000.00	\$217.264.593,63
Total intereses créditos sindicado	\$57.000.000.000,00	\$726.140.520,77
Crédito subordinado fiduciaria bancolombia	\$20.000.000.000,00	\$458.202.120,00
TOTAL	77 .000.000.000,00	\$1.184.342.640,77

Ahora bien, con esa deuda mensual, tal como la certificada por el Revisor Fiscal de **PORTAL CALICANTO S.A.S**, cualquier contratista de mediana inteligencia, aun de forma desprevenida, sabe del costo del dinero financiado por la banca, y salvo que tenga una intención seria en perder las utilidades del negocio y más, no aceptaría una promesa de pago de dineros que adeuda al banco por cuenta de su deudor sin certeza de cuando recibe el dinero, tal como lo dice la Corte Constitucional *"Es un hecho públicamente conocido que los deudores de las entidades crediticias no pactan en realidad con ellas las tasas de interés, ni las discuten, y que, por el contrario, en una posición de absoluta indefensión, los intereses les son impuestos, de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión. Es allí donde aparece la función interventora del Estado, que está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten."*⁵⁸

En conclusión de las pruebas analizadas, como también del dicho del testigo **CARLOS VERGARA**, y de lo indicado en el dictamen pericial de perjuicios de la firma **INVERCOR**, no le queda duda al Tribunal Arbitral que las partes llegaron a esa suma por proyección a valor presente de septiembre de 2016, siendo el valor presente a esa fecha un criterio determinante para interpretar la real voluntad de

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-955 de julio 26 de 2000, expedientes D-2823 y D- 2828, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

aquellas; así que, no existiendo elementos probatorios para afirmar que las partes nunca tuvieron la intención someter el pago de los COP\$67.211.200.000 a un plazo más allá del 30 de septiembre de 2016, de manera alguna se podría interpretar que la condición de aprobación del crédito sindicado más allá de esa fecha, no se debe interpretar que se trataría de una condición aleatoria, lo que en verdad sería un contrasentido a lo que se quiso con la celebración del contrato e iría en contravía de la naturaleza misma de los contratos estatales de concesión para la construcción de obra civil, que deben tener naturaleza conmutativa y sinalagmática.

Pero, además, la ocurrencia de la condición para el pago no podía ser incierta y **TRANSCARIBE S.A.** nunca expresó someter el pago a una condición no razonable y en ausencia de tal manifestación de voluntad, indispensable para el perfeccionamiento de cualquier negocio jurídico.

El Panel Arbitral encuentra bien fundadas y debidamente probadas este grupo de pretensiones, de donde aprecia que la conducta de **TRANSCARIBE S.A.** no tiene otra forma de mirarla a que aquella actuó con culpa y falta de diligencia en el trámite de obtención de los créditos, encontrando aplicable estas reflexiones del Consejo de Estado:

(...) Se impone a los contratantes el deber de obrar de conformidad con los postulados de buena fe De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe (...) el artículo 863 de esa misma codificación ordena que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (...) [la buena fe contractual] estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (...) se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido...”⁵⁹

Por lo visto, se comparte las reflexiones que hace el apoderado principal de **POTAL CALICANTO S.A.S.** en sus conclusiones de estas pretensiones, cuando dice:

“El artículo 1603 del Código Civil señala que “ 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.”

El Código de Comercio dio pasos adicionales en materia de buena fe puesto que fue más allá y reconoció que la buena fe es también criterio de conducta desde la fase precontractual. Los artículos 863 y 871 establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”

“ARTÍCULO 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

De estos enunciados normativos se desprenden las así denominadas funciones creadora, integradora y resarcitoria del principio general de buena fe. Nuestra Corte Suprema de Justicia, describiendo el papel que juega el principio de la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en el marco contractual, manifestó lo siguiente:

“En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual

⁵⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(2204)

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participen, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal– y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas pre comercial y comercial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará.’⁶⁰

Las partes contratantes deben cumplir con una serie de deberes secundarios que se desprenden del principio general de la buena fe, dentro de los cuales se destaca el deber de lealtad y corrección, en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “cada parte está obligada, de buena fe, a desplegar todos los esfuerzos razonables para que no sólo ella, sino también su contraparte, alcance la finalidad perseguida con el (contrato) y reciba la utilidad esperada.”⁶¹

De otro lado, si bien las partes pactaron una condición suspensiva indeterminada para el pago de COP\$67.211.200.000, como lo ha estudiado el Panel Arbitral, en el presente caso se hizo necesario acudir a una de las llamadas reglas subjetivas de interpretación como la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a la literalidad de las palabras y esta intención se puede desentrañar, como se ha estudiado al calcularse la suma a pagar como quedó establecido en el Otrosí No. 5 y actualizada en el Otrosí No. 8 hasta septiembre de 2016, pues como se sabe y tiene sentado el Consejo de Estado, “... el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano, incorporados al Estatuto

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de agosto de 2010, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de agosto de 2011.

6730

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

En consecuencia, el panel Arbitral declarará en la parte resolutive del laudo la prosperidad parcial del tercer grupo de pretensiones subsidiarias a las del primer grupo de pretensiones principales en los términos que acá se establecen, y condenará a **TRANSCARIBE S.A.** a pagar a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** los perjuicios materiales sufridos a título de daño emergente por los intereses que se vio obligada a pagar a sus financiadores por valor de COP\$4.730.000.000., suma que indexará con el IPC operado desde el 30 de septiembre de 2016 hasta la fecha del laudo, aplicando la fórmula que de usanza tiene en cuenta el Consejo de Estado y ordenará reconocer intereses moratorios pero sobre la suma a que se condena y a partir de la ejecutoria del laudo arbitral en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA, y negará la pretensión relativa a la solicitud de perjuicios a título de lucro cesante, correspondiente al costo de oportunidad por no haber recibido oportunamente el pago de los COP\$67.211.200.000, por valor de COP\$2.023.000.000, por no haber prueba del costo de oportunidad del dinero, como también negará la indexación de los COP\$67.211.200.000 entre el 30 de septiembre de 2016 y el 3 de febrero de 2017, por valor de COP\$1.053.000.000 por encontrarse incluida en la pretensión que se declara y por la cual se condena en este grupo subsidiario.

Asimismo, por las razones establecidas para este primer grupo de pretensiones, se negarán las excepciones propuestas a las mismas, recordando que para estas pretensiones fueron las de Cumplimiento del Contrato y Pago de lo no debido.

Para la primera excepción indica que "la obtención del crédito a cuyo desembolso quedó sujeto el pago, **TRANSCARIBE S.A.** en múltiples ocasiones informó a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** de las acciones adelantadas para la obtención de tales recursos; cita el Oficio TC-DT-07.01-06/8-2016 fechado 22 de abril de 2016, dirigido al Representante Legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** donde entre otras cosas dice que está adelantando las gestiones ante la banca para lograr el crédito desde cuando se firmó el otrosí al convenio de cofinanciación, sin que a esa fecha (abril de 2016) hayan cerrado el tema con los bancos interesados, el proceso para obtener recursos está en trámite, que desde la suscripción del Otrosí No. 8 se preocupó por la realización de las gestiones necesarias para el desembolso del enunciado crédito pero, como quedó estudiado, **TRANSCARIBE S.A.** no probó que en el cumplimiento de su obligación de obtener el crédito sindicato, haya actuado con inmediatez, de forma diligente y puntual, razón por la cual se niega esa excepción.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

En cuanto a la excepción de cobro de lo no debido, que igual a la primera excepción la hace soportar en que la forma de pago fue fruto de la autonomía de la voluntad de las partes para modificar el pago, de donde concluye que fue la voluntad de las partes, en virtud de la condición misma a la cual se encontraba supeditado el pago, argumento inatinerante para explicar su postura de no haber causado los perjuicios reclamados ni en qué consistió la gestión oportuna y diligente para obtener el desembolso del crédito y pagar la tercera parte de la primera parte de la deuda, como lo pactó en el Otrosí No 8.

El Tribunal se sustrae del estudio del cuarto grupo de pretensiones subsidiarias a las principales del primer grupo, por haber prosperado las terceras subsidiarias

ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES COMUNES A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES

En síntesis, solicita el demandante que se declare que, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el saldo pendiente de pago correspondiente a COP\$16.945.000.000 debía ser pagado por **TRANSCARIBE S.A.** a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a más tardar el 31 de octubre de 2017, o en subsidio se declare que, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el saldo pendiente de pago correspondiente a COP\$12.995.000.000 debía ser pagado a más tardar el 26 de febrero de 2018 y, como no se hizo el pago en esas fechas, le debe pagar las siguientes sumas de dinero:

-Intereses moratorios correspondientes a una y media veces el interés bancario corriente sobre el valor de COP\$16.945.000.000 desde el 1 de noviembre de 2017 hasta la fecha efectiva en la que fueron pagados, teniendo en cuenta que el pago se realizó en dos contados, debidamente indexados, por un valor de COP\$2.318.100.000 con indexación hasta la fecha del pago.

-En subsidio, que se paguen intereses moratorios correspondientes a una y media veces el interés bancario corriente sobre el valor de COP\$12.995.000.000 desde el 26 de febrero de 2018 hasta el 6 de junio de 2018, por un valor de COP\$950.400.000 con indexación hasta la fecha del pago.

Manifiesta en su escrito de demanda **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, como hechos que soportan estas pretensiones comunes, que, el 29 de septiembre de 2017 se

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

firmó el Otrosí No. 14 al Contrato de concesión objeto de este tribunal, que modificó como en otras oportunidades el plazo de construcción.

Se dijo en el mencionado documento:

CLAUSULA PRIMERA. PRÓRROGA DEL PLAZO. Mediante el presente Otrosí, las Partes acuerdan prorrogar el plazo de la etapa de reversión del Contrato de Concesión hasta el día treinta y uno (31) de octubre de 2017, para la construcción de la solución solicitada por Aguas de Cartagena, para optimizar el funcionamiento de un sifón invertido que hace parte de la conducción de aguas servidas producidas en el Portal Patio – Taller.

Con lo pactado en la presente cláusula, se entiende sustituida en su totalidad la CLÁUSULA PRIMERA del Otrosí No. 13 al Contrato de Concesión.

Manifiesta que, *“las obras han debido culminar en octubre 30 de 2016 y su reversión hasta diciembre 30 de 2016, de acuerdo con el Otrosí No. 8 al Contrato”,* y que finalmente terminaron por todas las prórrogas *“solo en noviembre 30 de 2016”* y que su reversión se haría hasta octubre 30 de 2017.

Que el acta de recibo final de las obras *“sólo se pudo firmar el 28 de febrero de 2017 (Acta No.35), cuatro meses después”* de lo previsto por las partes, en su concepto por causas imputables a TRANSCARIBE S.A.

Que *“de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, el último pago correspondiente a COP\$16.945 millones debía realizarse una vez cumplida la etapa de reversión, esto es el 31 de octubre de 2017”,* y que *“sin embargo, el último pago se realizó en dos contados extemporáneos, uno de COP\$3.950 millones pagado el 29 de diciembre de 2017 y el saldo de COP\$12.995 millones el 06 de junio de 2018”.*

Al contestar la demanda reformada, TRANSCARIBE S.A. señala que el párrafo segundo de la cláusula primera del Otrosí N° 8, se estableció lo siguiente:

PARAGRAFO SEGUNDO: Podrán efectuarse pagos parciales antes de la culminación de la etapa de reversión hasta un porcentaje del 90% del valor total reconocido, de acuerdo con el avance certificado de la ejecución de las obras y de la disponibilidad de los recursos por parte de la entidad, provenientes del crédito sindicado, al cual siempre ha estado sometido el pago.

Aclara, que *“dado que al momento de presentación de la factura N° 10 de 22 de diciembre de 2017, se había pagado un total de ciento trece mil millones (\$113.000.000.000) equivalente al 86.96% de la suma final pactada (\$129.945.472.500 – Otrosí N° 8), de conformidad con el parágrafo transcrito TRANSCARIBE sólo podía realizar el pago por el valor equivalente al 3,04% del valor final, esto es, la suma de \$3.950.342.364 (Egreso N° 1269 de 27 de diciembre de 2017)”* valor que correspondía al tope del 90% pactado en el Otrosí No. 8. Y que en razón a ello, correspondía *“el pago del 10% faltante al momento*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

de culminación de la etapa de reversión, por lo que no es dable manifestar que el pago del 10% realizado mediante egresos N° 798 y 799 de 30 de mayo de 2018 fuera extemporáneo”.

Insiste en que “incluso en ACTA N° 35 DE RECIBO FINAL DE OBRA suscrita el 27 de febrero de 2018, “se deja constancia del estado de recibo de las obras que deben repararse por garantía, obras que deben ser acometidas bajo el concepto de corrección de defectos, por estabilidad de la obra y los compromisos adquiridos por las partes”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Panel Arbitral señala, como se analizará al resolver el tercer grupo de pretensiones de la demanda, que si bien en el Otrosí No. 14, se previó como fecha para la reversión el 31 de octubre de 2017, no es menos cierto que por causas no imputables a **TRANSCARIBE S.A.**, el recibo final de las obras sólo pudo realizarse hasta el 27 de febrero de 2018 (requisito para que se pudiera pagar el saldo final del contrato), e incluso se hizo, con observaciones aún sobre algunos puntos en la ejecución de las obras.

Así las cosas, no puede la Parte Convocante pretender que existió una mora en el pago de esta obligación y, por ello, el Tribunal no accederá a las pretensiones declarativas y de condena de este grupo de pretensiones.

Sumado a lo anterior, con reflexiones similares a las ya desarrolladas en este laudo respecto a los intereses moratorios **PORTAL CALICANTO S.A.S.** tenía que solicitarlos en los términos establecidos para ello en la ley de contratación estatal y sus reglamentos, pero no podía plantear pretensiones de intereses moratorios comerciales, como lo hace para este grupo de pretensiones, siendo que en el contrato de concesión ello no fue pactado, lo que lleva al Tribunal a denegar estas pretensiones comunes.

ESTUDIO DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES, RELACIONADAS CON EL PAGO INCOMPLETO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS A CARGO DE TRANSCARIBE EN EL OTROSÍ No. 8.

La sociedad demandante, en el Segundo Grupo de Pretensiones, relacionadas con el pago incompleto de las obligaciones dinerarias a cargo de **TRANSCARIBE S.A.** en el Otrosí No. 8, reúne un conjunto de Pretensiones Principales

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

declarativas y de condena, seguidas de otros grupos de pretensiones subsidiarias a las pretensiones del Segundo Grupo de Pretensiones, conformadas por pretensiones declarativas subsidiarias y de condena, tal como se transcriben a lo largo de este apartado.

Procede entonces el Tribunal a ocuparse del análisis de cada una de las pretensiones del Segundo Grupo, para lo cual conviene resumir las razones en las que se funda la convocante para afirmar que **TRANSCARIBE S.A.** debe restituir lo que descontó y retuvo al hacer determinados pagos, consistentes en:

- La suma de COP\$1.299.400.000 por concepto de Estampilla Pro-Hospital Universitario;
- La suma de COP\$324.900.000 por concepto de Impuesto de Seguridad Democrática;
- La suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Estampilla Pro-Años Dorados;
- La suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Sobretasa Deportiva;
- La suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de retención en la fuente;
- La suma de COP\$1.039.600.000 por concepto de retención de ICA.
- Más las consecuencias económicas por tales retenciones y descuentos, que la convocante detalla tanto en la demanda, como en sus alegatos de conclusión.

Señala la convocante que la forma de pago pactada originalmente en el Contrato implicaba que tendría una participación sobre el recaudo de la tarifa que se hiciera durante la operación del sistema de transporte masivo Transcaribe. En sus palabras, "*... Dicha participación no comportaba un pago de la entidad a Portal Calicanto y no se constituía en hecho generador de los tributos o retenciones directas de los que fue objeto, ya que se le daba el tratamiento tributario de los contratos de concesión y que es el mismo que se les ha otorgado a los otros concesionarios del proyecto. La Concesionaria tendría derecho a recibir la fracción pactada sobre la tarifa de forma íntegra de parte del patrimonio autónomo creado para tal fin...*".

Anota la convocante que, sin embargo, por causa de la imprevisible decisión adoptada por el Gobierno nacional, contenida en el documento CONPES 3823, se

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

produjo la necesidad de modificar la forma de pago del Contrato, pasando de un porcentaje sobre la tarifa del pasaje, a un pago anticipado, calculado trayendo a valor presente las expectativas de remuneración de Portal Calicanto, lo cual fue recogido por las partes de este proceso arbitral en el Otrosí No. 5 de agosto 20 de 2015.

Sostiene la convocante que celebró dicho Otrosí No. 5 sobre la base de que “... *los valores allí pactados debían compensar íntegramente la expectativa de remuneración que tenía la Contratista de conformidad con lo pactado en el Contrato y que los efectos tributarios serían los mismos que para la forma de remuneración inicial (...), por lo tanto, le aplicarían exactamente los mismos descuentos y retenciones que si no se hubiera modificado la forma de pago. Se aclara que la asignación del riesgo tributario que realizó el Contrato se refería a los nuevos tributos que llegasen a grabar el Contrato, más no a tributos que no le eran aplicables a la forma de pago pactada a favor de Portal Calicanto y que indebida y súbitamente se le impondrían por parte de Transcaribe...*”.

También señala que en los demás contratos de concesión del sistema, la convocada siguió haciendo a los concesionarios los pagos correspondientes, en forma íntegra en las condiciones pactadas y sin realizar descuento alguno, a través de un patrimonio autónomo constituido para tal fin.

Alega que, en todo caso, y a pesar de que el valor finalmente pactado no correspondía con la verdadera equivalencia respecto de la expectativa de ingresos y que el pacto de los pagos a plazo no hizo parte de lo negociado y fue impuesto de forma sorpresiva por Transcaribe “... *era claro para las Partes que el valor finalmente consignado en el Otrosí No. 5 y sus demás condiciones, se pagarían de forma íntegra y oportuna...*”.

Agrega que lo anterior quedó confirmado con el manejo que **TRANSCARIBE S.A.** le dio a dos pagos realizados en septiembre 22 y septiembre 27 de 2016, en los que sólo le hicieron retenciones del 0.25% correspondiente al Impuesto de Seguridad Democrática, el cual, en opinión del apoderado de la parte convocante, resultaba también inaplicable al Contrato, a pesar de que la comunicación de febrero 15 de “201” (se entiende que es de 2017), a folio 2.849, suscrito por el representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, dirigida al gerente General de la parte convocada, señala en el numeral 4 que “... 4) *La única deducción que Transcaribe debió efectuar fue la del 2.5% por mil; en esa, estamos de acuerdo y*

aceptamos su deducción; ...". Como veremos más adelante, esta expresa renuncia descontextualiza la demanda en este punto específico de pretensión, esto es, en relación con el que la parte convocante denomina Impuesto de Seguridad Democrática.

Señala también que producto de esas retenciones recibió menos de lo que tenía proyectado, que fue la causa y motivación para la determinación del valor pactado en el Otrosí No. 5 al Contrato y posterior Otrosí No. 8, lo cual generó un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato que reclama por esta vía arbitral, lo cual supone, a su vez, un incumplimiento en la obligación de pago por parte de la convocada, que la mantiene en mora en el reembolso del valor correspondiente a dichos descuentos y retenciones.

Por último, en la etapa de alegaciones, al reiterar la pretensión bajo estudio, el apoderado de la parte convocante expresó que el Otrosí No. 5:

"... fue claro en señalar que la modificación de la forma de pago no implicaba un cambio de la naturaleza jurídica del Contrato, el cual seguiría siendo un contrato de Concesión para todos los efectos, incluyendo los tributarios. Así, la cláusula quinta del referido otrosí indica que: "En todo caso las partes reconocen que la suscripción del presente Otrosí no modifica de manera alguna la naturaleza jurídica del Contrato, el cual consiste en un Contrato de Concesión al que le son aplicables las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del presente documento".

"... Por lo anterior y teniendo en cuenta que la modificación en la forma de pago no supuso un cambio del objeto contractual ni de la equivalencia y reciprocidad de las prestaciones, los pagos realizados por Transcaribe no han debido experimentar ninguna retención o descuento (menos aún unas equivalentes al 8% del valor del Contrato), pues la operación realizada para calcular la nueva remuneración de Portal Calicanto consistió, simple y llanamente, en traer a valor presente la expectativa de ingresos que este tenía. Inclusive, el Otrosí No. 5 expresamente señaló que las normas tributarias aplicables serían aquellas que rigen los contratos de concesión al momento de su suscripción, ninguna de las cuales contempla las retenciones y descuentos efectuados, como ha quedado demostrado en el curso del proceso.

“... Así las cosas, el tratamiento tributario, las retenciones, los descuentos y demás manejos que se le hubieran otorgado a los pagos en caso de consistir la remuneración en una participación en la tarifa, debían ser exactamente los mismos bajo esta nueva modalidad de pago, para así preservar la modalidad y naturaleza del Contrato y, por supuesto, el equilibrio económico del mismo. El Otrosí No. 5 se suscribió bajo el entendido de que la suma pactada en el mismo sería neta y que ingresaría íntegramente al patrimonio de mi representada, con los mismos efectos y tratamiento tributario, esto es, sin descuentos y retenciones. Ello es así por cuanto el cálculo realizado por las partes consistió en traer a valor presente la expectativa de remuneración neta que recibiría Portal Calicanto, como la hubiera recibido en su momento, de haberse continuado con la forma de pago pactada, la cual no daba lugar a descuentos o retenciones, como se desprende del tratamiento que se le ha dado a los demás concesionarios y ha sido probado en el proceso.

(...)

“En el presente caso, la disparidad de trato entre los concesionarios salta a la vista, configurándose así una grave vulneración del principio de igualdad jurídica que debe regular la función administrativa en virtud del artículo 209 de la Constitución Política. Es evidente entonces que la modificación realizada por el Otrosí No.5 a la forma de pago del Contrato, en razón a la política establecida por el documento CONPES 3823, no generó una alteración al objeto o naturaleza del Contrato, razón por la cual el tratamiento tributario aplicable debía permanecer invariable, esto es, al Contrato se le debían aplicar exactamente los mismos descuentos y retenciones que procedían si no se hubiere modificado la forma de pago.

Adicionalmente, resulta procedente aclarar que la asignación del riesgo tributario que se realizó en el Contrato a mi poderdante aludía a los nuevos tributos que llegasen a grabar el Contrato, más no aquellos tributos que, sin ser aplicables al Contrato suscrito entre las partes, serían indebida y súbitamente impuestos a Portal Calicanto por parte de Transcribe. Esta circunstancia, si bien es claro que no se ajusta a derecho, constituye un riesgo extraordinario cuya carga no debe corresponder a mi representada.

De otro lado, la improcedencia de las retenciones y descuentos efectuados también se desprende del hecho consistente en que a los pagos iniciales no le fueron practicados.

Por tanto, si la naturaleza del contrato no fue modificada y lo único que se hizo fue traer a valor presente la expectativa económica que mi

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

representada esperaba recibir de la participación en la tarifa del servicio, no puede afirmarse que los pagos realizados con posterioridad sí fueran objeto de retenciones y descuentos...”

De la misma manera, en los referidos alegatos se exponen razones adicionales por las que deberían prosperar el segundo grupo de pretensiones o las pretensiones subsidiarias de estas, que pueden resumirse, en palabras del apoderado de la convocante, así:

“... Transcaribe vulneró el principio de la buena fe y defraudó la confianza legítima de Portal Calicanto en relación con que los pagos entrarían a su patrimonio íntegramente.

(...)

“La expedición del documento CONPES 3823 de 2014, la posterior modificación del precio y la práctica de retenciones y descuentos generaron un desequilibrio económico del Contrato.

(...)

“Transcaribe incurrió en un incumplimiento contractual al excluir a Portal Calicanto de la fiducia mercantil de fuente de pago...”.

- LA POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA

Frente a los argumentos expuestos por la parte convocante, tanto en la demanda corregida como en los alegatos finales, en cada etapa procesal la parte convocada, **TRANSCARIBE S.A.**, presentó las razones por las cuales considera que las pretensiones de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no deben prosperar. Dichos argumentos se pueden resumir así:

- Que la modalidad de contraprestación no es un factor determinante de la naturaleza del contrato de concesión, quedando bajo la autonomía de la voluntad de las partes pactar la modalidad que a bien tengan.
- Fue mediante Otrosí N° 5 que se modificó la forma de pago del contrato atinente a la tarifa, de suerte que una parte de la contraprestación del concesionario ya no provendría de la tarifa o pasaje que sería pagado por los

6739

usuarios a partir de la entrada en operación del sistema hasta por 18 años, sino de recursos públicos aportados por el Distrito de Cartagena y la Nación, con las implicaciones tributarias que ello acarrese.

- El Otrosí fue suscrito de manera bilateral y consensuada, al ser el resultado de un proceso de negociaciones sostenidas por las partes.
- Dicho otrosí estableció la renuncia expresa por parte del concesionario a presentar reclamaciones que guarden relación con la sustitución de la fuente de pago.
- En ningún caso se aplican las mismas normas tributarias a los pagos efectuados mediante una fiducia mercantil, cuyos recursos provienen de capital privado, que a los pagos efectuados mediante una fiducia pública, cuyo recursos provienen del erario.
- El tratamiento tributario es entonces parte integrante de la modalidad de contraprestación pactada, por lo que las renunciaciones expresas hechas por el concesionario contenidas en el Otrosí N° 5 cobijan igualmente las reclamaciones que por la aplicación de las normas tributarias se hagan.
- En virtud de ello, cualquier reclamación que se presenta respecto de las mismas es completamente improcedente, máxime si se tiene en cuenta su extemporaneidad, toda vez que era una obligación del contratista al momento de analizar el cambio de la forma de pago y presentar su oferta en las negociaciones, analizar también las implicaciones tributarias que dicho cambio podía acarrear consigo y, en caso de considerarlo contrario a sus intereses, desistir de la suscripción tanto del Acta de Arreglo Directo de 23 de junio de 2015, como del mencionados otrosí, o formular las salvedades a que hubiere lugar.
- En ningún momento se demanda por parte del convocante pretensiones relacionadas con la validez del Otrosí N° 5, lo cual hace completamente improcedentes las reclamaciones.
- Las deducciones que por motivo de impuestos y retenciones realizó la convocada son completamente lícitas y procedentes, de conformidad con la forma de pago pactada mediante Otrosí N° 5 y las normas tributarias vigentes

6750

al momento de la suscripción del mismo.

- En la matriz de riesgos anexa al contrato de concesión se pactó como riesgo asignado y aceptado por el concesionario, el riesgo tributario.
- En la cláusula 9 del contrato de concesión quedó consagrado dicho riesgo, matriz que hace parte integral del contrato y no ha sufrido modificación alguna a la fecha.
- De ninguna de las pruebas decretadas y debidamente practicadas en el trámite arbitral es dable colegir que existió abuso de una supuesta posición dominante o de la confianza legítima, inducción al error por parte de Transcaribe o vicio del consentimiento alguno en la suscripción de los otrosí modificatorios al contrato de concesión, o en las actas de reunión en las que se plasmaron los acuerdo transados mediante Arreglo Directo.
- **EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Delegada, por su parte, respecto de las pretensiones que se estudian en este apartado, solicitó al Tribunal que se denieguen las pretensiones de la demanda, básicamente sustentado en que, frente a los descuentos efectuados a la convocante, obran a folios 6.260 y ss., y 6.383 y ss., sendos conceptos emitidos por el Departamento de Bolívar y el Distrito de Cartagena en los cuales versan los fundamentos legales para la aplicación de las retenciones de sobretasa deportiva, estampilla años dorados, estampilla pro Hospital Universitario del Caribe y seguridad democrática.

Así mismo, señala que a folios 6408 y ss. obran pruebas de la respuesta dada por la fiduciaria de pagos correspondiente, en la que certifica que las retenciones en la fuente por conceptos de impuestos sobre la renta e industria y comercio, así como por los conceptos previamente citados, gozan de sustento jurídico.

PROBLEMAS REFERENTES A LAS RETENCIONES DE PAGOS, POR IMPUESTOS Y SOBRETASAS, REALIZADAS POR TRANSCARIBE S.A.

En los hechos de la demanda y pretensiones planteadas como segundo grupo, el actor hace relación a los perjuicios padecidos por la Convocante, con ocasión de descuentos y retenciones practicados por la Convocada en los pagos que más

adelante se detallan, de donde el Panel de Arbitral encuentra estos problemas jurídicos básicos que debe estudiar y resolver conforme a los planteamientos de las partes, pruebas y excepciones.

1. ¿La práctica, por parte de la convocada, de aplicar retenciones y descuentos al precio ajustado y acordado con la convocante como valor neto, fue legítima?

2. ¿Los descuentos mencionados pudieron generar un desequilibrio de la ecuación económica del Contrato? ¿Generaron un incumplimiento en la obligación de pago por parte de la convocada, que la mantiene en mora en el reembolso del valor correspondiente a dichos descuentos y retenciones?

ESTUDIO DEL TRIBUNAL A ESTAS PRETENSIONES

Corresponde, en consecuencia con todo lo expuesto, analizar si las retenciones y descuentos que **TRANSCARIBE S.A.** ordenó que se hicieran a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** fueron o no procedentes o legítimas; y, de serlo, en todo caso si tales retenciones se debieron a conductas atentatorias contra la buena fe contractual, la confianza legítima; o si ocasionaron o no un desequilibrio económico del contrato en detrimento de la parte convocante; y si con lo anterior se impone o no la obligación de **TRANSCARIBE S.A.** de indemnizar los perjuicios que según **PORTAL CALICANTO S.A.S.** se le ocasionaron con su incumplimiento, incluidos los efectos adversos de no haber mantenido su obligación contractual de incluir a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** como fideicomitente y beneficiaria de la fiducia de fuente de pago (patrimonio autónomo) creada en virtud del Contrato.

Para tal fin, conviene revisar, previamente, la naturaleza de los impuestos, tasas y contribuciones materia de descuentos o retenciones, los sujetos gravables y los hechos o actos generadores de los mismos, frente a los contratos de concesión, en el siguiente orden:

- Impuesto de Seguridad Democrática;
- Estampilla Pro-Hospital Universitario;
- Estampilla Pro-Años Dorados;
- Sobretasa Deportiva;
- Retención en la fuente;
- Retención de ICA.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Conforme con el listado expuesto, se inicia el análisis con el impuesto de seguridad democrática.

- Impuesto de Seguridad Democrática:

Por cuanto el representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** renunció expresamente a esa pretensión en carta de febrero 15 de 2017, tal como se lee en el numeral 4 de esta, que reza "... 4) *La única deducción que Transcribe debió efectuar fue la del 2.5% por mil; en esa, estamos de acuerdo y aceptamos su deducción;...*", por sustracción, y en observancia de la voluntad de dicha parte, no es procedente pronunciarse respecto de esta singular pretensión.

- Estampilla Pro-Hospital Universitario:

La referida estampilla fue creada mediante la Ordenanza No. 11 de agosto 19 de 2006, destinada "... *al Hospital Universitario del Caribe localizado en el Distrito de Cartagena por el término de cinco (5) años en cumplimiento de los fines señalados en el Artículo 2 de la Ley 645 de 2001...*".

Dicha ordenanza fue modificada por la ordenanza No. 17 de 2011, que también fue modificada por la Ordenanza No. 18 de 2011, reglamentada por el Decreto 128 de 2012.

Frente al caso concreto, y por cuanto la referida Ordenanza declaró que los sujetos pasivos serían las personas naturales o jurídicas declarantes del impuesto de industria y comercio en el Departamento de Bolívar y los usuarios del servicio público de gas natural y del servicio de telefonía móvil y fija, no puede deducirse que esta contribución no era procedente en contratos de concesión de obras públicas como el que es materia del análisis del Tribunal, lo cual no probó la convocante.

- Retención en la fuente:

En cuanto a la retención en la fuente es sabido que corresponde al pago anticipado del impuesto de renta, con lo cual no es un impuesto si no una forma de pago anticipado de aquel.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Sin embargo, por cuanto el margen de interpretación sobre la aplicación de esta retención para los contratos de concesión ha sido muy amplio o abierto a diferentes tesis en torno del tratamiento para su liquidación, lo que sólo vino a ser superado con la expedición de la Ley 1819 de 2016, y teniendo en cuenta que la parte convocante ni argumentó ni probó por qué en su opinión las retenciones aplicadas al contrato que se analiza en este Tribunal, no eran procedentes antes de la expedición de la Ley 1819 de 2016, ni mucho menos con posterioridad a su entrada en vigor, habida cuenta que las retenciones sólo se efectuaron a partir del tercer pago, esto es, el realizado en febrero 3 de 2017, por valor de 79.563'888.000 y los sucesivos a estos, en agosto 29 de 2017, diciembre 29 de 2017 y junio 6 de 2018, cuando ya estaba vigente la Ley 1819 de 2016, no puede determinarse que este impuesto no era procedente en contratos de concesión de obras públicas como el que es materia del análisis del Tribunal, lo cual sí era discutible con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida reforma tributaria.

Es claro entonces que la convocante no probó que esta retención no era procedente.

- Estampilla Pro-Años Dorados:

Esta estampilla es regulada en el Acuerdo No. 041 del 21 de diciembre de 2006, en armonía con el Acuerdo 005 de 2009, y tiene como sujetos pasivos a las personas naturales y jurídicas de naturaleza pública o privada con o sin ánimo de lucro, sociedades de hecho, consorcios o uniones temporales que suscriban contratos o convenios con el Distrito de Cartagena de Indias en su sector central y descentralizado y los que suscriban con la Contraloría Distrital, Concejo Distrital y Personería Distrital.

El hecho generador de la obligación de pagar la estampilla lo constituye la celebración de contratos o convenios que realicen los sujetos pasivos con el Distrito de Cartagena de Indias en su sector central y descentralizado y los que los suscriban con la Contraloría Distrital, Personería Distrital y Concejo Distrital, y la base gravable se toma del monto bruto de la contratación realizada.

Como en relación con los otros impuestos ya analizados, se echa de menos el análisis de la parte convocante en torno a las razones legales en derecho tributario, de por qué no considera que esta contribución no es aplicable al

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

contrato materia de análisis de este Tribunal, cuando de la lectura de las normas aplicables, esta estampilla también procede sobre los contratos estatales, sin que se hayan excluido las concesiones de obras públicas.

Así las cosas, no puede concluirse que esta sobretasa no era procedente en contratos de concesión de obras públicas como el que es materia del análisis del Tribunal, lo cual no probó la convocante.

- Sobretasa Deportiva:

Esta sobretasa también es regulada en el Acuerdo No. 041 del 21 de diciembre de 2006 con el fin de recaudar fondos para la construcción y mantenimiento de escenarios deportivos y para el fomento del deporte y la recreación.

La sobretasa deportiva se descuenta de las órdenes de pago emitidas por el Distrito, por las entidades descentralizadas del orden Distrital, y por Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., Concejo, la Contraloría y la Personería Distrital. El descuento respectivo le corresponde al tesorero o el pagador de cada entidad al momento de pagar la respectiva factura y los representantes legales de dichas entidades serán responsables de que lo recaudado por este concepto sea girado dentro de los quince días siguientes al cierre del respectivo mes, al Instituto Distrital de Deporte y Recreación.

En tal sentido, tal como se advierte en el análisis de la sobretasa que precede, la parte convocante no probó que esta estampilla es improcedente en los contratos estatales, incluidas las concesiones de obras públicas.

- Retención de ICA:

El Impuesto de Industria y Comercio es un gravamen de carácter general y obligatorio, autorizado por la Ley 97 de 1913, la Ley 14 de 1983, y los Decretos 1333 de 1986. En el Distrito de Cartagena de Indias también se regula en el Acuerdo No. 041 del 21 de diciembre de 2006, siendo hecho generador el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en ésta jurisdicción.

De conformidad con el artículo 104 ibídem, el impuesto de industria y comercio se liquida de acuerdo con las tarifas que allí se detallan, considerando que la base

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

gravable correspondiente a cada año se liquida con base en los ingresos brutos del contribuyente obtenidos durante el período, expresados en moneda nacional. Para determinar los ingresos brutos gravables, se resta, de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, la venta de activos fijos y los ingresos obtenidos en otra jurisdicción municipal. Hacen parte de la base gravable, los ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en dicho artículo.

En tal sentido, el convocante tampoco probó que esta retención no procede en los contratos estatales, incluidas las concesiones de obras públicas.

Visto que la parte convocante no probó que los impuestos, contribuciones y tasas no son aplicables a los contratos de concesión como el que se estudia en el presente trámite arbitral, por cuanto su posición no fue acompañada de un análisis de las razones ni sustentos legales y tributarios por las cuales no le eran aplicables, sino que se limitaron a valoraciones abstractas sobre la improcedencia de los mismos.

Por el contrario, la parte convocada (en lo que fue secundado por el representante del Ministerio Público), en sus alegatos finales, sí aportó doctrinas, conceptos y jurisprudencias en los cuales se deriva que en efecto eran procedentes, es menester analizar si las retenciones y descuentos que **TRANSCARIBE S.A.** ordenó que se hicieran a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** aplicaban o no tras el cambio de la fórmula de pago y los pagos que se hicieron a partir del tercer desembolso ya celebrado el Otrosí No. 8, para lo cual se analizarán en su orden los distintos grupo de pretensiones de la demanda arbitral reformada, aplicables a este apartado.

Previamente, conviene precisar que las entidades de derecho público son agentes de retención de los impuestos, tasas y contribuciones que la ley determina, tal como lo señala el artículo 29 del Decreto 3050 de 1997, y esa obligación se hace extensiva a las fiduciarias que actúan como mandatarias de aquellas cuando medie un contrato de fiducia mercantil de administración, recaudo y pagos, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Estatuto Tributario.

En tal sentido, **TRANSCARIBE S.A.**, como sociedad por acciones de naturaleza pública, tiene el deber de fungir como agente de retención de impuestos, tasas y

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

contribuciones que la ley determina. Lo propio en relación con las entidades fiduciarias que le sirven de voceras o mandatarias con ocasión de un encargo fiduciario.

Pero en el presente momento no se discute si **TRANSCARIBE S.A.** estaba o no obligada a fungir como agente retenedor de los impuestos que se imputaron a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, o de si ésta estaba obligada a soportarlos, pues del análisis que acaba de hacerse, la parte convocante no pudo probar que los impuestos, tasas y contribuciones mencionados anteriormente, no le eran aplicables.

Lo que se debate ahora es si, conforme con lo que ocurrió en la ejecución del contrato, tras la forma intempestiva en que se efectuaron descuentos a la Convocante en pagos que hiciera la fiducia con base en instrucciones dadas por **TRANSCARIBE S.A.**, eran procedentes o no siendo que sólo se le efectuaron a partir del tercer pago, esto es, el realizado en febrero 3 de 2017, por valor de 79.563'888.000 y los sucesivos a estos, en agosto 29 de 2017, diciembre 29 de 2017 y junio 6 de 2018.

Para tal fin, conviene revisar lo que se dispuso en materia de riesgos y tributos en los pliegos de condiciones, en la oferta, en el contrato de concesión celebrado entre las partes y en el documento Compes 3823. Igualmente, en los otrosís correspondientes al tema que se analiza, y sus anexos, así como en las comunicaciones entre las partes que siguieron al segundo pago, esto es, el realizado en septiembre 27 de 2016, por valor de 9.997'000.000 facturado por diez mil millones de pesos, pues es evidente que los descuentos o retenciones no se efectuaron en los dos primeros pagos, salvo el denominado impuesto de seguridad democrática, correspondiente al 0.25% del total de la factura.

- En el pliego de condiciones y sus anexos

En los documentos que sirvieron como antecedentes de la celebración del contrato, encontramos los siguientes, de entre los cuales sólo se mencionarán, para los efectos del análisis de este acápite del presente pronunciamiento, los apartes relativos al manejo tributario desde la óptica de los riesgos del mismo.

En tal sentido, encontramos el documento denominado de "Estudios Previos. Estudio de Conveniencia y Oportunidad", en el que se lee que **TRANSCARIBE**

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

S.A. fue diseñada para ser auto sostenible por la independencia de sus flujos, siendo su única fuente de ingresos la proveniente de la venta de pasajes a los usuarios a través del cual se deben generar los flujos necesarios para remunerar a todos los agentes involucrados en el sistema, tal como se lee en los folios 87 y s.s. del expediente original que se inserta a continuación:

- Estimación de los ingresos

Transcribe ha sido diseñado para ser autosostenible por medio de la independencia de sus flujos. Su fuente única de ingresos proviene de la venta de pasajes a los usuarios, a través de la cual se debe generar el nivel de flujos necesario para remunerar a todos los agentes involucrados en el sistema, en los que se incluyen los concesionarios de operación, recaudo, patio-portal, ente gestor, agente de chatarrización y los fondos remanentes del sistema.

Para el cálculo de los ingresos, se juntan las dos variables descritas anteriormente, con la determinación de la tarifa destinada a la concesión del Patio-Portal. Los ingresos corresponden al número de pasajeros transportados al día, multiplicado por el valor licitado de tarifa por el concesionario. Este valor es de alta sensibilidad, pues es el resultado de todo el proceso de estructuración y proviene de escenarios en donde se cumple con cierre financiero. Para determinar el cierre financiero se trabajó con el índice anual de "cobertura de deuda", obtenido a partir de la relación entre el flujo de caja operativo y el servicio de la deuda. Este valor debe situarse en los rangos actuales exigidos por el mercado financiero en Colombia.

Los anteriores criterios permitieron establecer los límites tarifarios de la concesión, entre los cuales licitarán los oferentes. Con base a lo anterior, se construyó una proyección de ingresos fijado en el límite inferior de la tarifa a licitar, con el escenario de demanda y el escenario de inflación pesimistas para los dieciocho (18) años en que el concesionario recibirá ingresos por concepto de tarifa, con los siguientes resultados.

2011	2012	2013	2014	2015	2016
919.186.229	5.674.251.490	8.727.857.082	11.787.070.169	12.965.777.186	13.581.651.602
2017	2018	2019	2020	2021	2022
14.260.734.182	15.009.422.727	15.797.417.420	16.626.781.835	17.499.687.881	18.418.421.495
2023	2024	2025	2026	2027	2028
19.385.388.623	20.403.121.526	21.474.285.406	22.601.685.390	23.788.273.873	25.037.158.251

Fuente: Elaboración propia
 Valores en pesos corrientes

Adicionalmente, la construcción e integración del desarrollo comercial con Patio-Portal, permite generar una fuente adicional de ingresos, provenientes de la explotación del desarrollo. Estos flujos provienen del arriendo de los locales comerciales dentro del desarrollo, y varían según el diseño llevado a cabo por el concesionario. La totalidad de los ingresos generados por este concepto, serán para el concesionario, el cual deberá realizar la debida planeación, proyección y distribución de las áreas y los niveles de ocupación deseados. El concesionario estará en libertad de construir el desarrollo inmobiliario que más se acomode a sus pretensiones y del cual pueda sacar el mayor provecho económico, aprovechando las condiciones provistas por el sistema Transcribe.

Siguiendo un escenario pesimista, en donde se tenga un área rentable efectiva de 12.000 m2, a un valor inicial de \$45.000/m2, con un nivel de ocupación creciente, hasta alcanzar un máximo del 80%, se obtienen ingresos en un periodo típico de seis años, por concepto de arriendos de los siguientes niveles:

2012	2013	2014	2015	2016	2017
4.492.392.300	5.958.330.840	6.271.143.209	6.616.056.086	6.996.479.311	7.416.268.069

Fuente: Elaboración propia
 Valores en pesos corrientes

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

- Rentabilidad del concesionario

Con base a los supuestos de modelación empleados, en donde se incluyen los valores de inversión e ingresos descritos anteriormente, es posible obtener valores de retorno atractivos para el concesionario, manteniendo los niveles de coberturas de deuda exigidos por el mercado financiero y con niveles de caja positivos en todo momento.

Esta modelación contempla todos los costos, así como todas las inversiones según las especificaciones técnicas de diseño del Patio-Portal y del Tramo IV, por lo cual corresponde al concesionario buscar economías de escala y soluciones que le permitan generar un nivel de retorno superior por medio de la construcción del desarrollo comercial anexo. Las inversiones modeladas para el desarrollo comercial, están acorde a las especificaciones del sistema y las áreas disponibles, que con precios actuales del mercado en desarrollos similares, presenta una rentabilidad adicional para el concesionario.

Las inversiones presentan flexibilidad para el concesionario al estar la obra del desarrollo comercial bajo su total responsabilidad, igualmente la posibilidad de llevar a cabo ampliaciones y/o cambios durante la vida útil del proyecto basados en las proyecciones de demanda y en las nuevas fases y ampliaciones del sistema, permiten mantener un proyecto atractivo, de acuerdo a las necesidades de la ciudad y del sistema.

En cuanto a los riesgos, a folio 109 del expediente original, figura el cuadro de estos, entre los que se encuentra la referencia expresa a los tributarios, con la siguiente literatura, calificándolos a cargo del concesionario y con riesgo bajo:

“Es la contingencia que consiste en la variación de la estructura o normativa tributaria de cualquier impuesto del orden nacional, departamental o municipal, o en la imposición de impuestos, tasas, contribuciones, inversiones obligatorias, créditos obligatorios o figuras similares, que establezca la ley o cualquier otra norma legamente obligatoria y que se aplique a la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del presente contrato”

En ese mismo folio, y en el que sigue a continuación (110), se detalla el riesgo por *“variación de las tarifas por orden de la autoridad municipal competente”*, con la siguiente definición:

“Es la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema TRANSCARIBE puede causar una modificación en la tarifa al usuario, provocada por un acto de autoridad que puede ser considerado como “Hecho del Príncipe”.

Este riesgo es calificado en el documento como “Medio” y se radicó en cabeza de **TRANSCARIBE S.A.**

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

Por su parte, a folio 112 del expediente original, se lee:

PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL MECANISMO GENERAL DE MITIGACIÓN DE LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA OCURRENCIA DE LOS EVENTOS DE RIESGO ASIGNADOS A TRANSCARIBE S.A.

El procedimiento para la aplicación del mecanismo general de mitigación de los efectos derivados de la ocurrencia de los eventos de riesgo asignados a Transcribe S.A., deberá ser iniciado por el CONCESIONARIO.

a. Procedimiento

Ante la ocurrencia de uno o varios de los eventos de riesgo asignados a Transcribe S.A. en el presente Anexo del Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO deberá radicar en la oficinas de Transcribe S.A., en los diez (10) días hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos considerados como siniestro consecuencia del evento de riesgo, escrito donde soliciten formalmente la aplicación del mecanismo general de mitigación de los efectos derivados de la ocurrencia de los eventos de riesgo asignados a Transcribe S.A.

En dicho documento deberá hacerse una relación detallada de los hechos causa del evento, las consecuencias que ha traído consigo el siniestro sobre la ejecución del contrato y la prestación efectiva del servicio, la relación de causalidad entre la causa y el efecto, y las pruebas que demuestran su ocurrencia. Así mismo, una tasación de los perjuicios que pretende le sean mitigados, debidamente fundamentados técnica y financieramente.

Una vez radicado el oficio de solicitud, TRANSCARIBE S.A., dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, evaluará la existencia del perjuicio, la tasación del mismo y su fundamento técnico y financiero.

Vencido el plazo, TRANSCARIBE S.A. proferirá acto administrativo motivado, evaluando la solicitud del CONCESIONARIO. Este acto administrativo puede conceder, negar o conceder parcialmente las pretensiones del Concesionario. Dicho acto se notificara al CONCESIONARIO y al garante o asegurador, utilizando el procedimiento establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.-

Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del acto administrativo en las dependencias del CONCESIONARIO, no hubiere objeción por escrito dirigida a TRANSCARIBE S.A., se entenderá tal silencio como una señal de aceptación por parte del CONCESIONARIO del contenido del acto administrativo.

Si hubiere objeción escrita por parte del CONCESIONARIO dentro de los términos señalados en el párrafo anterior, ésta deberá dirigirse a TRANSCARIBE S.A. mediante comunicación escrita, en la cual expondrá las razones por las cuales se encuentra en desacuerdo con la decisión. Esta objeción surte los efectos de recurso de reposición en vía gubernativa.

Resueltas las objeciones presentadas por el CONCESIONARIO o ante silencio del mismo, el acto administrativo proferido quedara en firme, y será notificado personalmente al CONCESIONARIO y al garante o asegurador.

3. OBLIGACIONES DE COBERTURA QUE GARANTIZAN LAS OBLIGACIONES SURGIDAS CON OCASIÓN DEL

Igualmente, encontramos el Pliego de Condiciones, en las páginas 122 y s.s. del expediente original, del cual destacamos para los efectos del cursante análisis, los siguientes:

Las definiciones de riesgo tributario y de riesgo de variación de las tarifas por orden de la autoridad distrital competente, que figura en el folio 135 del expediente original, en el que se lee:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

1.6.41. Riesgo Tributario:

Es la contingencia que consiste en la variación en la estructura o normativa tributaria de cualquier impuesto del orden nacional, departamental o municipal, o en la imposición de impuestos, tasas, contribuciones, inversiones obligatorias, créditos obligatorios o figuras similares, que establezca la ley o cualquier otra norma legalmente obligatoria y que se aplique a la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del Contrato de Concesión contenido en el Anexo 1.

1.6.42. Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Distrital Competente:

Es la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema Transcribe, pueda causar la acción o la omisión de una autoridad que pueda ser considerado como "Hecho del Príncipe".

Por su parte, en dichos pliegos, figura el acápite de diligencia debida e información sobre la concesión, a folio 138, en el que en lo pertinente se estipuló:

1.13 DILIGENCIA DEBIDA E INFORMACION SOBRE LA CONCESIÓN

Los proponentes al elaborar su propuesta, deberán tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos sean, se deberá basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones.

En virtud de lo anterior será responsabilidad de los proponentes:

(...)

- 1.13.4 Determinar, evaluar y asumir los impuestos, tasas y contribuciones, así como los demás costos e implicaciones tributarias y de cualquier otra naturaleza que genere la celebración del Contrato de Concesión, según la asignación de costos prevista en el presente Pliego de Condiciones y en el correspondiente Contrato de Concesión, para lo cual se recomienda a los proponentes obtener asesoría calificada en esta materia.

En cuanto a la asunción de riesgos, en el pliego se encuentra este aparte, a folio 144:

2.5 REUNIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Con el objeto de revisar la asignación de los riesgos del Contrato de Concesión y su distribución, se efectuará una reunión en la fecha, hora y lugar señalados en el cronograma incorporado en el Numeral 2.1, sin necesidad de citación alguna. De esta reunión se levantará un Acta que será firmada por los asistentes a la misma y publicada en el portal único de contratación.

Se presumirá conocido y aceptado por todos los interesados en el presente proceso licitatorio todo lo que en ella se discuta. TRANSCARIBE S.A., podrá invitar a tal audiencia a todas aquellas entidades o autoridades que a su juicio contribuyan a la transparencia del presente proceso licitatorio.

TRANSCARIBE S.A. responderá las preguntas y comentarios que se le formulen en la audiencia dentro de la misma cuando ello sea posible, de lo contrario, las responderá por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se haya realizado la audiencia y realizará las modificaciones que correspondan mediante Adenda, en los términos del presente Pliego de Condiciones.

De otra parte, en el Anexo relativo al formato de contrato de concesión, que acompañó al mencionado pliego, se repiten las definiciones ya mencionadas. Sin embargo, en las cláusulas novena, veinte, treinta y cuatro, treinta y cinco, sesenta y uno del formato, se lee lo siguiente:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

CLÁUSULA 9 .- RÉGIMEN FISCAL DEL CONTRATO

Los aspectos fiscales del presente contrato se regirán conforme a las siguientes condiciones:

- 9.1. La ejecución del presente contrato se realizará de conformidad con lo previsto en las normas tributarias aplicables en la República de Colombia. Todos los impuestos, tasas y contribuciones establecidas o que llegue a establecer la Nación, o adoptadas por una entidad territorial o cualquier otra autoridad, y que se causen por la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del presente contrato, estarán a cargo del CONCESIONARIO.
- 9.2. El riesgo tributario estará a cargo del CONCESIONARIO.

Clausula 20. DERECHOS PATRIMONIALES DEL CONCESIONARIO

- 20.1 El CONCESIONARIO de Patio Portal, los CONCESIONARIOS de Operación de Transporte, así como los demás Concesionarios del Sistema transferirán de manera irrevocable sus derechos patrimoniales sobre la parte proporcional de los flujos futuros del Sistema al patrimonio autónomo conformado para la administración centralizada de los recursos del Sistema Transcaribe. La administración de los recursos se realizará en los términos previstos en el presente Contrato de Concesión y en el Contrato de Fiducia que deberá suscribir el Concesionario de Recaudo, el que para todos los efectos legales, formará parte del presente Contrato de Concesión como contrato accesorio.
- 20.2 El ejercicio de los derechos patrimoniales surgidos para el CONCESIONARIO a partir del presente Contrato de Concesión, se encuentra sometido a la condición de que el CONCESIONARIO mantenga su vinculación, durante el término de vigencia del presente Contrato, al mecanismo de administración fiduciaria de los recursos del Sistema, en las condiciones y términos establecidos por Transcaribe S.A. para estos efectos.
- 20.3 El CONCESIONARIO autoriza por medio del presente Contrato de Concesión, y así mismo autorizará a través del Contrato de fiducia a que se refiere la presente cláusula, de manera irrevocable y durante la vigencia del presente Contrato, al Administrador de los Recursos para que en su nombre realice periódicamente los pagos adeudados por el CONCESIONARIO a Transcaribe S.A. o a quien corresponda de conformidad con lo establecido en el presente Contrato de Concesión, con cargo directo al valor de su remuneración periódica, de conformidad con los términos del presente Contrato de Concesión.
- 20.4 El CONCESIONARIO otorga a Transcaribe S.A. través del presente Contrato, mandato irrevocable en beneficio del Sistema Transcaribe, para que establezca las condiciones, calidades y términos de constitución de la Fiducia de administración del Sistema, y en el caso en que así lo considere conveniente, impulsar, dirigir, orientar y estructurar, directa o indirectamente, el proceso que derive en la selección del administrador único de los recursos del Sistema Transcaribe.

Clausula 34. FIDEICOMITENTES

Los fideicomitentes son los Concesionarios de las diferentes actividades que habilitan la funcionalidad del Sistema Transcaribe, a saber:

- 34.1 Los Concesionarios de Transporte
- 34.2 El Concesionario de Recaudo y control de la operación,
- 34.3 El Concesionario del Portal

Y adicionalmente cualesquiera concesionarios que en el futuro TRANSCARIBE llegue a establecer.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

Clausula 35. BENEFICIARIOS

Los beneficiarios de la Fiducia son los agentes del Sistema Transcribe que en razón de las previsiones contractuales tienen el derecho a ser remunerados de manera permanente y continua por el patrimonio autónomo, con cargo a los flujos generados como resultado de los recursos que recibe el Sistema Transcribe, por su operación.

Los beneficiarios de la Fiducia son los Concesionarios agentes del Sistema Transcribe y Transcribe S.A., a saber:

- 35.1 Los Concesionarios de Transporte
- 35.2 El Concesionario del Sistema de Recaudo
- 35.3 El Concesionario del Portal
- 35.4 El ente gestor, es decir Transcribe S.A.
- 35.5 La Entidad Fiduciaria
- 35.6 Los acreedores con garantía fiduciaria con los que el CONCESIONARIO deudor haya convenido el servicio y/o la amortización de la deuda con cargo directo a los flujos propios realizados, dentro de los límites establecidos en el presente Contrato de Concesión.

Las condiciones y reglas para la distribución periódica de los recursos entre los beneficiarios de la Fiducia se especifican en el Contrato de Fiducia, teniendo en cuenta las condiciones que a su vez se establecen en los respectivos Contratos de Concesión; en todos los casos se determinan los valores a distribuir mediante la aplicación de formulaciones matemáticas o porcentajes predeterminados sobre los ingresos del Sistema y respecto a la aplicación que corresponda, definidas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión.

CLÁUSULA 61 RIESGOS ATRIBUIDOS A TRANSCARIBE S.A.

A partir de la fecha de suscripción del presente contrato TRANSCARIBE S.A. asume exclusivamente los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación.

- 61.3. Los efectos desfavorables originados en actuaciones o decisiones de TRANSCARIBE S.A. o las entidades del orden Nacional o Municipal, que puedan considerarse como "Hecho del Príncipe."

Por Hecho del Príncipe se entenderá: La contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del CONCESIONARIO puedan causar los actos de autoridad o actos de la administración, de carácter general que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste último.

- 61.4. Riesgo de Implantación del Sistema:

Los efectos favorables o desfavorables que incidan en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previsto por EL CONCESIONARIO y generado por factores internos o externos al Sistema TRANSCARIBE que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, correrán a cargo de TRANSCARIBE S.A. Este riesgo tiene como principal mecanismo de mitigación la coordinación de las actividades de Planeación del Sistema TRANSCARIBE.

CLÁUSULA 63 EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas se pacta en el presente contrato y, por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la contraprestación que TRANSCARIBE S.A. ha concedido al Concesionario y que éste solicitó en su oferta económica conforme a lo previsto en el presente contrato, bajo las condiciones y términos que le son aplicables de la regulación contractual.

Por lo anterior, EL CONCESIONARIO no podrá solicitar algún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente contrato o de la asignación de riesgos que le corresponda. No obstante, podrá formular reclamaciones de restablecimiento económico derivadas de los eventos que constituyan un alea o contingencia extraordinaria, que no tengan relación de causalidad con la actividad que se propone desarrollar, ni con variables relacionadas con tal actividad.

Para todos los efectos legales EL CONCESIONARIO declara con la suscripción de este contrato que al obedecer su propuesta a un análisis juicioso de las posibilidades y riesgos involucrados en la operación, el que existan riesgos, es decir, que exista la probabilidad de que los flujos de fondos arrojados por una determinada proyección no correspondan a los que se presenten en la realidad, es connatural al negocio, y por tanto no reclamable bajo el esquema del restablecimiento del equilibrio económico.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

6753

Más adelante, a folio 263 y s.s., encontramos el anexo relativo a los riesgos del contrato, en el que se replican los contenidos en los documentos ya mencionados.

Así mismo, en folios 1.455 y s.s. del expediente original, encontramos copia del contrato de concesión No. TC-LPN-004 de 2010, materia del presente proceso, del cual extraemos diversos apartes relacionados con la sección que tratamos en este laudo, iniciando con la cláusula novena, que reza:

CLAUSULA 9 .- RÉGIMEN FISCAL DEL CONTRATO

Los aspectos fiscales del presente contrato se regirán conforme a las siguientes condiciones:

- 9.1. La ejecución del presente contrato se realizará de conformidad con lo previsto en las normas tributarias aplicables en la República de Colombia. Todos los impuestos, tasas y contribuciones establecidas o que llegue a establecer la Nación, o adoptadas por una entidad territorial o cualquier otra autoridad, y que se causen por la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del presente contrato, estarán a cargo del CONCESIONARIO.
- 9.2. El riesgo tributario estará a cargo del CONCESIONARIO.

Cabe citar también las siguientes:

CLÁUSULA 14 OBLIGACIONES DE TRANSCARIBE S.A.

La Concesión que se otorga por medio del presente contrato implica para TRANSCARIBE S.A. las siguientes obligaciones especiales:

- 14.1. Coadyuvar las gestiones del Concesionario para el trámite de las autorizaciones municipales para ejecutar las Obras de Construcción si fueran necesarias.
- 14.2. Brindar las instrucciones pertinentes a la fiducia encargada de la administración de los recursos del sistema TRANSCARIBE para efectuar los pagos que constituyen la contraprestación del CONCESIONARIO en los montos y oportunidades previstos en el presente contrato y de acuerdo con la oferta adjudicada.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

ASPECTOS ECONÓMICOS

Capítulo 3. Ingresos del Sistema TRANSCARIBE

CLÁUSULA 15 PRINCIPIOS BÁSICOS DEL MARCO ECONÓMICO DEL CONTRATO

El marco económico del presente Contrato de Concesión, la interpretación de las cláusulas que lo regulan, y el ejercicio de las facultades, obligaciones y derechos que se confieren a cada una de las partes, se orientarán al cumplimiento de los siguientes principios:

- 15.1. Autosostenibilidad del Sistema TRANSCARIBE en el tiempo: El Sistema deberá ser autónomo en sus flujos, de manera que no requiera en el tiempo, ningún tipo de subsidio externo a la operación para remunerar a todos los agentes del mismo.
- 15.2. Autosostenibilidad de servicios adicionales al Sistema TRANSCARIBE: Los servicios que se adicionen o coordinen al Sistema TRANSCARIBE a ser operados por los actuales o nuevos Concesionarios, por efectos de aumento en la demanda, necesidad de mejorar la calidad del servicio, incorporación de nuevas vías, u otros efectos para el funcionamiento de servicios troncales, auxiliares o alimentadores, deberán ser económicamente sostenibles.
- 15.3. Autosostenibilidad del Sistema TRANSCARIBE por integración de otros modos o Sistemas de transporte y/o tarifas diferenciales: La integración de otros modos de transporte o Sistemas de transporte al Sistema TRANSCARIBE y/o de tarifas diferenciales no podrán afectar la autosostenibilidad del Sistema TRANSCARIBE, para lo cual TRANSCARIBE S.A. realizará los estudios pertinentes para la incorporación del nuevo Sistema.
- 15.4. Costeabilidad de la Tarifa al Usuario: Con sujeción a la aplicación previa de los demás principios, la Tarifa al Usuario deberá considerar la capacidad de pago de éstos, y ser competitiva con otros sistemas de transporte público de pasajeros en el área de influencia que se encuentren operando durante la vigencia del Contrato.
- 15.5. Tarifa técnica: Corresponde a una tarifa de equilibrio, técnicamente estructurada, que refleja los costos de la implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento y escalabilidad del Sistema TRANSCARIBE, representados por los pagos a todos los agentes que hacen parte de éste. Es el resultado aritmético de dividir la sumatoria de los egresos representados por la remuneración a los agentes del Sistema TRANSCARIBE entre el total de viajes que constituyen pago, en un período de tiempo determinado.
- 15.6. Tarifa Diferencial: Corresponde a la menor tarifa personalizada que pagarán los estudiantes, los discapacitados y los adultos mayores en consideración a sus condiciones especiales, técnicamente estructurada.

CLÁUSULA 16 PRINCIPALES INGRESOS DEL SISTEMA TRANSCARIBE

El Sistema TRANSCARIBE tiene como fuente principal de ingresos el recaudo de dinero correspondiente a los viajes realizados por los usuarios que constituyen pago por el uso del Sistema de transporte, según la tarifa al usuario que sea aplicable conforme a lo previsto en los demás contratos de concesión que se celebren con otros agentes del Sistema TRANSCARIBE.

Cláusula 23 DISPOSICIÓN Y DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS GENERADOS POR EFECTOS DEL PAGO DE LA TARIFA DE TRANSPORTE EN EL SISTEMA TRANSCARIBE –REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

La totalidad de los ingresos producidos por la venta de pasajes en el Sistema Transcaribe serán utilizados de conformidad con los mecanismos indicados a continuación:

- 23.1 La totalidad de los ingresos producidos por la venta de pasajes en el Sistema Transcaribe conformará un Patrimonio Autónomo denominado "Fondo General" (Bolsa del Sistema), que será

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

administrado por el Administrador de los Recursos. Cuya finalidad es:

- a) Trasladar o recibir recursos del Fondo de Contingencias, de acuerdo con lo estipulado en el presente Contrato de Concesión.
- b) Trasladar o recibir recursos del Fondo de Pasajes No Utilizados, de acuerdo con lo estipulado en el presente Contrato de Concesión.
- c) Distribuir, previa aprobación de TRANSCARIBE S.A., las remuneraciones a las que tienen derecho el CONCESIONARIO de conformidad con lo previsto en el presente Contrato, como los demás Concesionarios y/o agentes del Sistema y contratistas coexistentes dentro del Sistema Transcaribe.

23.2 Los recursos con que cuente el Fondo General en cualquier momento durante la vigencia del presente Contrato de Concesión serán utilizados en primera instancia para atender los egresos básicos del Sistema.

23.3 Los egresos básicos del Sistema están determinados por la remuneración de los diferentes agentes del Sistema de conformidad con su participación en el Sistema Transcaribe y a los agentes titulares de los Sistemas Externos (Transporte Complementario) legalmente reconocidos por Transcaribe S.A. y que se integran tarifariamente al Sistema Transcaribe.

23.4 El pago a cada uno de los Concesionarios de Transporte y el de recaudos, está supeditado al nivel de servicio de operación realizado durante el periodo liquidado, en la forma establecida en cada contrato.

Clausula 34. FIDEICOMITENTES

Los fideicomitentes son los Concesionarios de las diferentes actividades que habilitan la funcionalidad del Sistema Transcaribe, a saber:

- 34.1 Los Concesionarios de Transporte
- 34.2 El Concesionario de Recaudo y control de la operación.
- 34.3 El Concesionario del Portal

Y adicionalmente cualesquiera concesionarios que en el futuro TRANSCARIBE llegue a establecer.

Clausula 35. BENEFICIARIOS

Los beneficiarios de la Fiducia son los agentes del Sistema Transcaribe que en razón de las previsiones contractuales tienen el derecho a ser remunerados de manera permanente y continua por el patrimonio autónomo, con cargo a los flujos generados como resultado de los recursos que recibe el Sistema Transcaribe, por su operación.

Los beneficiarios de la Fiducia son los Concesionarios agentes del Sistema Transcaribe y Transcaribe S.A., a saber:

- 35.1 Los Concesionarios de Transporte
- 35.2 El Concesionario del Sistema de Recaudo
- 35.3 El Concesionario del Portal
- 35.4 El ente gestor, es decir Transcaribe S.A.
- 35.5 La Entidad Fiduciaria

35.6 Los acreedores con garantía fiduciaria con los que el CONCESIONARIO deudor haya convenido el servicio y/o la amortización de la deuda con cargo directo a los flujos propios realizados, dentro de los límites establecidos en el presente Contrato de Concesión.

Las condiciones y reglas para la distribución periódica de los recursos entre los beneficiarios de la Fiducia se especifican en el Contrato de Fiducia, teniendo en cuenta las condiciones que a su vez se establecen en los respectivos Contratos de Concesión; en todos los casos se determinan los valores a distribuir mediante la aplicación de formulaciones matemáticas o porcentajes predeterminados sobre los ingresos del Sistema y respecto a la aplicación que corresponda, definidas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

6756

CLÁUSULA 59 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO

La distribución de riesgos del Contrato de Concesión está fundamentada en lo dispuesto en el Decreto 2474 de 2008 (reglamentario de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007), la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en Infraestructura contenido en el documento CONPES 3107 de 2001 y el CONPES 3133 de septiembre 2003.-

EL CONCESIONARIO, con las condiciones de experiencia y capacidad acreditadas en su propuesta, cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos del negocio y por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, EL CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos descritos en el presente capítulo, además de aquellos que se desprenden de las cláusulas o estipulaciones de éste Contrato de Concesión y/o que se derivan de la naturaleza del Contrato de Concesión.

Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO todos aquellos que no estén expresamente asignados a TRANSCARIBE S.A.

También le corresponden los riesgos que no estén explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente contrato.

EL CONCESIONARIO como profesional de la actividad de diseño y construcción de las condiciones de experiencia acreditadas, declara conocer los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la contraprestación que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de

Condiciones y en el presente Contrato de Concesión es suficiente para asumir los riesgos a que está expuesto.

Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por EL CONCESIONARIO y, consecuentemente, TRANSCARIBE S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al Concesionario que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactados en el contrato.

CLÁUSULA 60 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

En la Propuesta que EL CONCESIONARIO presentó en virtud de la Licitación Pública No. TC-LPN-00X de 2010 para ser adjudicatario del presente Contrato de Concesión, EL CONCESIONARIO declaró haber realizado un examen cuidadoso de las características del Sistema TRANSCARIBE y en general de todos los aspectos que pudieran incidir en la determinación del precio y condiciones en las cuales presentó su propuesta.

EL CONCESIONARIO acepta que existe un alea ordinario, inherente a las actividades propias del desarrollo del objeto del contrato, el cual ha sido considerado, estimado, previsto y, por tanto, asumido por él, en las estimaciones que dieron lugar a su propuesta, diferente del alea extraordinario que está fuera de su órbita de control, previsión y estimación.

EL CONCESIONARIO cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos inherentes al negocio objeto del presente Contrato de Concesión y, por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión asume los efectos derivados de los riesgos que se describen a continuación, además de aquellos que se deriven de otras cláusulas o estipulaciones de este contrato o de la naturaleza del mismo.

Mediante el presente contrato, EL CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad que se propone adelantar y de los medios que utilice para el cumplimiento del objeto del presente contrato.

EL CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión especialmente pero sin limitarse a los contenidos en el ANEXO NO. 4 DEL PLIEGO DE CONDICIONES, ASIGNACION DE RIESGOS.

6757

CLÁUSULA 61 RIESGOS ATRIBUIDOS A TRANSCARIBE S.A.

A partir de la fecha de suscripción del presente contrato TRANSCARIBE S.A. asume exclusivamente los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación.

- 61.1. Los efectos favorables y desfavorables derivados de hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos.
- 61.2. Las pérdidas directas y no consecuenciales derivadas de las huelgas internas, nacionales o regionales, en las cuales no participe directamente EL CONCESIONARIO ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza.
- 61.3. Los efectos desfavorables originados en actuaciones o decisiones de TRANSCARIBE S.A. o las entidades del orden Nacional o Municipal, que puedan considerarse como "Hecho del Príncipe."

Por Hecho del Príncipe se entenderá: La contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del CONCESIONARIO puedan causar los actos de autoridad o actos de la

administración, de carácter general que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste último.

- 61.4. Riesgo de Implantación del Sistema:

Los efectos favorables o desfavorables que incidan en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previsto por EL CONCESIONARIO y generado por factores internos o externos al Sistema TRANSCARIBE que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, correrán a cargo de TRANSCARIBE S.A. Este riesgo tiene como principal mecanismo de mitigación la coordinación de las actividades de Planeación del Sistema TRANSCARIBE.

En cuanto a los otrosí que firmaron las partes, para el análisis que se realiza en la presente sección, pueden mencionarse los siguientes:

En el Otrosí No. 5, de agosto 20 de 2015,

7. Después del adelanto de los trámites pertinentes por parte de TRANSCARIBE, el día 22 de diciembre de 2014 el Departamento Nacional de Planeación expidió el Documento CONPES 3823, el cual tuvo como objetivo presentar un balance físico y presupuestal de la implementación del SITM Transcaribe en el Distrito de Cartagena y consagrar los nuevos términos para la participación de la Nación en el mismo.

8. En los términos de dicho Documento, en los diferentes procesos que adelantó TRANSCARIBE para la adjudicación de la operación del SITM Transcaribe, "...uno de los aspectos que de manera reiterada recibió observaciones por parte de los posibles oferentes corresponde a la falta de viabilidad de los modelos financieros, dadas las obligaciones cuya fuente de pago es la tarifa. Así se identificó la necesidad de descargar el componente de infraestructura de la tarifa, como medida para minimizar el riesgo asociado con un insuficiente flujo de caja proveniente de la operación del sistema. (...)"

9. Con base en lo anterior, el Documento CONPES antes mencionado concluye la necesidad de liberar la tarifa de los componentes de infraestructura, con el fin de reestructurar la composición de la misma, de forma tal que se garanticen los recursos necesarios para la adecuada operación del SITM Transcaribe. De esta forma, y de acuerdo con dicho Documento, se consideró que la estrategia de liberar los recursos actualmente destinados a atender el pago de la construcción e implementación de la infraestructura requerida por el Sistema, "...permitirá mejorar el flujo de caja de la operación sin afectar la expectativa de ingresos del concesionario. Además, permite la maduración del sistema, que como es usual, requiere mayores esfuerzos en los primeros años de operación, y redundará en la prestación de un servicio de transporte de calidad. (...)"

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

6758

CLAUSULA QUINTA: En desarrollo de lo pactado en el presente Otrosí, las Partes dejan constancia expresa de su intención de modificar el Contrato de Concesión en todo lo que haga relación a la fuente de la remuneración a favor del **CONCESIONARIO** a través de una participación en la tarifa que se cobra al usuario del Sistema, sustituyéndola por los recursos aportados en conjunto por la Nación y el Distrito, conforme a lo previsto en el Documento CONPES 3823 de 2014, el Acuerdo Distrital 003 de 2015 y el Otrosí No. 5 al Convenio de Cofinanciación. En consecuencia, cualquier mención a dicha forma de pago o estipulación que tenga relación con ésta o se derive de la misma, debe entenderse como suprimida del Contrato de Concesión.

(...)

En todo caso las partes reconocen que la suscripción del presente Otrosí no modifica de manera alguna la naturaleza jurídica del Contrato, el cual consiste en un Contrato de Concesión al que le son aplicables las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del presente documento.

CLAUSULA SÉPTIMA: Con la suscripción de este Otrosí el **CONCESIONARIO** renuncia a cualquier reclamación que resulte de la sustitución de la fuente de pago contenida en el Contrato de Concesión objeto de la presente modificación, valor que remunera de manera suficiente las inversiones realizadas y por realizar por el **CONCESIONARIO**, siempre y cuando los desembolsos correspondientes a la remuneración al **CONCESIONARIO** se realicen en los plazos aquí pactados.

En el Otrosí No. 7 de abril 29 de 2016.

3. Que en los términos que constan en el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, con base en los antecedentes allí contenidos, previa obtención de las autorizaciones y el lleno de los requisitos pertinentes para el efecto, las Partes convinieron modificar la Cláusula 38 del Contrato de Concesión, con el fin de desligar la remuneración del Concesionario de la tarifa pagada por los usuarios del SITM de Cartagena con el fin de que se garanticen los recursos necesarios para la adecuada operación del Sistema. Lo anterior, de conformidad con los lineamientos y requisitos fijados en el Documento CONPES 3823 del 22 de diciembre de 2014, con lo cual, la cláusula 38 del Contrato de Concesión quedó como sigue:

6759

"CLÁUSULA 38. REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO. Las Partes pactan como remuneración a favor del **CONCESIONARIO** por la ejecución de las obras de construcción del Patio Taller El Gallo, de acuerdo con la sustitución de la fuente de pago del contrato, la suma de **CIENTO VEINTIÚN MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESOS MCTE [\$121.425.000.000,00]**, la cual **TRANSCARIBE** se compromete a pagar de la siguiente manera:

(i) En la vigencia 2015, se realizará el pago a favor del **CONCESIONARIO** por la suma que corresponde al cincuenta por ciento (50%) del valor acordado en el inciso anterior, esto es, la suma de **SESENTA MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE [\$60.712.500.000,00]**, con cargo a los recursos provenientes del crédito que obtenga **TRANSCARIBE**. El pago se hará efectivo con cargo al primer desembolso del crédito que sea otorgado a **TRANSCARIBE**, el cual se espera verificar a más tardar el 30 de diciembre de 2015.

(ii) El saldo correspondiente al cincuenta por ciento (50%) restante, esto es, la suma de **SESENTA MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE [\$60.712.500.000,00]**, será pagado a la entrega definitiva de las obras correspondientes al Patio Portal, hito que se espera verificar el 28 de febrero de 2016, como consecuencia de operar la reversión en los términos previstos en el contrato de concesión. En todo caso, el valor será reembolsado con cargo a los recursos provenientes del crédito que sea otorgado a **TRANSCARIBE**. El pago contra el hito relacionado con la entrega definitiva de las obras estará determinado por el cumplimiento efectivo que haga el concesionario del cronograma que se incluye con el presente **OTRO**

5: Que a la fecha del presente Otrosí **TRANSCARIBE** no ha obtenido el desembolso del crédito que se encuentra tramitando para efectos de realizar el pago a favor del **CONCESIONARIO**, razón por la cual no ha realizado el pago descrito en el numeral (i) de la Cláusula 38 del Contrato de Concesión, tal como ésta fue modificada a través del Otrosí No. 5, en los términos descritos en el numeral 3 anterior de estas Consideraciones.

9. Que en el marco del cumplimiento de la modificación de la cláusula 38 del contrato de concesión, **Transcaribe** realizará un abono al valor de la primera cuota mientras continúa gestionando la consecución plena de los recursos para realizar el pago, de forma que el Concesionario pueda continuar con la ejecución de las obras de construcción pendientes, para lo cual se modificarán los plazos actualmente pactados.

Que con base en todo lo anterior, las Partes han decidido suscribir el presente Otrosí con el fin de reflejar los acuerdos a los que han llegado, y modificar y/o adicionar el Contrato de Concesión, en los términos que se incluyen a continuación:

CLAUSULA PRIMERA. ABONO PARCIAL POR PARTE DE TRANSCARIBE. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y con el fin de propender por la continuidad y finalización de las obras objeto del Contrato de Concesión, protegiendo de esta forma los intereses colectivos, la correcta operación y funcionalidad del SITM de Cartagena, **TRANSCARIBE** efectuará un abono a favor del Concesionario en relación con el primer pago previsto en la modificación de la cláusula 38 contenida en el Otrosí No. 5, por los siguientes valores y de la siguiente manera:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

- El día 10 de mayo de 2016: La suma de Ocho mil millones de pesos (COP\$8.000.000.000,00).
- El día 16 de mayo de 2016: La suma de Dos mil millones de pesos (COP\$2.000.000.000,00).

CLAUSULA OCTAVA. La suscripción del presente Orosí por parte del Concesionario no implica, ni podrá ser interpretada de modo alguno, como la renuncia al inicio de cualquier reclamación, acción, procedimiento prejudicial, judicial o extrajudicial, y en general al ejercicio de cualquiera de los derechos que éste considere que le corresponden, que guarden relación directa con el cobro de la remuneración pactada a su favor y a cargo de TRANSCARIBE, así como de las demás sumas a las que haya lugar, en los términos del Contrato de Concesión y la leyes vigentes aplicables.

En el Orosí No. 8, del 26 de agosto de 2016:

4. Que así mismo, con fecha 29 de abril de 2016, las Partes suscribieron el Orosí No. 7 al Contrato de Concesión, mediante el cual se convino hacer un abono parcial sobre el primer pago previsto a la modificación de la Clausula 38, contenido en el OTRO SI No. 5, y prorrogar el plazo de la etapa de construcción del Contrato de Concesión, por ciento veinte (120) días calendario, de acuerdo con la cual, las obras de construcción del Portal y el Patio – Taller El Gallo deberán estar concluidas el día 27 de agosto de 2016.

5. Que a la fecha del presente Orosí TRANSCARIBE no ha obtenido el desembolso del crédito que se encuentra tramitando para efectos de realizar el pago a favor del CONCESIONARIO, razón por la cual no ha realizado la totalidad del pago descrito en el numeral (i) de la Cláusula 38 del Contrato de Concesión, tal como ésta fue modificada a través del Orosí No. 5, en los términos descritos en el numeral 3 anterior de estas Consideraciones.

6. Que el Concesionario presenta solicitud de ARREGLO DIRECTO, mediante escrito de fecha 11 de julio de 2016; trámite previsto en la Clausula 78 del contrato de concesión. El desarrollo de dicho trámite consta en ACTA DE REUNION de fecha 26 de agosto de 2016, la cual para todos los efectos legales hace parte del presente OTRO SI, del cual se extrae lo acordado por las parte, así:

v.

NR

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

➤ "Se reconoce como cifra a cancelar, luego de la actualización según lo antes descrito, la suma de \$129.945.472.500 (Ciento veintinueve mil novecientos cuarenta y cinco millones cuatrocientos setenta y dos mil quinientos pesos), el pago se hará de la siguiente manera:

- \$10.000.000.000.00, abono parcial pactado en el OTRO SI No. 7 (ya pagado).
- \$10.000.000.000.00, como abono parcial que serán pagaderos con recursos de TRANSCARIBE provenientes de los aportes del Distrito de Cartagena al Convenio de Cofinanciación (OTRO SI No. 5), para la vigencia del 2016, luego de realizar las actuaciones administrativas necesarias para trasladar los recursos apropiados por la alcaldía mayor.
 Fecha probable de pago 30/09/2016.

Al respecto se reconoce que en el evento de no realizarse el pago en la fecha antes indicada, no procede el reconocimiento de intereses moratorios, comoquiera que depende de la gestión administrativa que desarrolle el Distrito de Cartagena.

- \$67.211.200.000.00, pago contra crédito sindicado.

En total se cancelarán, como un primer pago, antes de que se verifique la reversión, la suma de \$87.211.200.000.00, luego de haberse verificado por la Dirección de Planeación e Infraestructura un porcentaje de ejecución de obra a la fecha de 90%.

El segundo pago pactado, que ahora será la suma restante del valor reconocido, esto es, la suma de \$42.734.272.500.00, se causará en la misma fecha de vencimiento de la etapa de reversión, y previa certificación de recibo de todas las obras objeto del contrato de concesión.

- El contrato se prorrogará hasta el 30 de octubre de 2016, de acuerdo con la programación suministrada por el concesionario;
- Podrán efectuarse pagos parciales antes de la culminación de la etapa de reversión hasta un porcentaje del 90% del valor total reconocido, de acuerdo con el avance certificado de la ejecución de las obras y de la disponibilidad de los recursos por parte de la entidad, provenientes del crédito sindicado, al cual siempre ha estado sometido el pago
- El concesionario renunciará a:

- cualquier reclamación que resulte de la actualización del monto de la remuneración y de la modificación de la forma de pago;
- iniciar cualquier acción prejudicial o judicial que guarde relación directa o indirecta con las pretensiones incluidas en la solicitud de arreglo directo presentada ante TRANSCARIBE S.A., Radicado Interno 001342 del 11 de julio de 2016, relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, intereses, mayor permanencia en obra, gastos administrativos, etc."

9. Que en el marco del cumplimiento de la modificación de la cláusula 38 del contrato de concesión, Transcaribe realizará un abono al valor de la primera cuota mientras continúa gestionando la consecución plena de los recursos para realizar el pago, de forma que el Concesionario pueda continuar con la ejecución de las obras de construcción pendientes, para lo cual se modificarán los plazos actualmente pactados.

10. Que TRANSCARIBE S.A. ha elaborado el correspondiente estudio previo que sustenta la presente modificación.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

(...)

Que con base en todo lo anterior, las Partes han decidido suscribir el presente Otrósi con el fin de reflejar los acuerdos a los que han llegado, y modificar y/o adicionar el Contrato de Concesión, en los términos que se incluyen a continuación:

CLAUSULA PRIMERA. PAGO POR PARTE DE TRANSCARIBE. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y con el fin de propender por la continuidad y finalización de las obras objeto del Contrato de Concesión, protegiendo de esta forma los intereses colectivos, la correcta operación y funcionalidad del SITM de Cartagena, TRANSCARIBE, reconoce como cifra a cancelar, luego de la revisión del valor pactado en el OTRO SI No. 5, modificatorio de la Clausula 38 del contrato de concesión, y tras los acuerdos logrados por el TRAMITE DE ARREGLO DIRECTO presentado por el concesionario, la suma de \$129.945.472.500 (Ciento veintinueve mil novecientos cuarenta y cinco millones cuatrocientos setenta y dos mil quinientos pesos).

El pago se hará de la siguiente manera:

- \$10.000.000.000.00, abono parcial pactado en el OTRO SI No. 7 (ya pagado)
- \$10.000.000.000.00, como abono parcial que serán pagaderos con recursos de TRANSCARIBE provenientes de los aportes del Distrito de Cartagena al Convenio de Cofinanciación (OTRO SI No. 5), para la vigencia del 2016, luego de realizar las actuaciones administrativas necesarias para trasladar los recursos apropiados por la alcaldía mayor.
 Fecha probable de pago 30/09/2016.
 Al respecto se reconoce que en el evento de no realizarse el pago en la fecha antes indicada, no procede el reconocimiento de intereses moratorios, comoquiera que depende de la gestión administrativa que desarrolle el Distrito de Cartagena.
- \$67.211.200.000.00, pago contra crédito sindicado

En total se cancelarán, como un primer pago, antes de que se verifique la reversión, la suma de \$87.211.200.000.00, luego de haberse verificado por la Dirección de Planeación e Infraestructura un porcentaje de ejecución de obra a la fecha de 90%.

El segundo pago pactado, que ahora será la suma restante del valor reconocido, esto es, la suma de \$42.734.272.500.00, se causará en la misma fecha de vencimiento de la etapa de reversión, y previa certificación de recibo de todas las obras objeto del contrato de concesión.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

PARAGRAFO PRIMERO: TRANSCARIBE y EL CONCESIONARIO acuerdan que del valor de \$67.211.200.000.00, **EL CONCESIONARIO** expedirá una instrucción irrevocable de pago a favor de terceros, mediante el cual autoriza a **TRANSCARIBE** a efectuar pagos del monto de crédito sindicado otorgado por los BANCO COLPATRIA S.A. y BANCO GNB SUDAMERIS con destino a cubrir la totalidad de las obligaciones financieras de **EL CONCESIONARIO** con estos mismos bancos. Por lo tanto, **TRANSCARIBE** se obliga a remitir la instrucción de giro respectiva, una vez sea suscrito el contrato de crédito y se cumplan las condiciones de uso de los recursos involucrados en la operación de crédito aprobada por dichos bancos a **TRANSCARIBE**.

PARAGRAFO SEGUNDO: Podrán efectuarse pagos parciales antes de la culminación de la etapa de reversión hasta un porcentaje del 90% del valor total reconocido, de acuerdo con el avance certificado de la ejecución de las obras y de la disponibilidad de los recursos por parte de la entidad, provenientes del crédito sindicado, al cual siempre ha estado sometido el pago.

CLAUSULA SEGUNDA. PRÓRROGA DEL PLAZO. Mediante el presente Otrosí, las Partes acuerdan prorrogar el plazo de la etapa de construcción del Contrato de Concesión hasta el día treinta (30) de octubre de 2016, de acuerdo con el siguiente cronograma:

- Operador 1: Edificio administrativo Y cárcamos de mantenimiento: Octubre 15
- Operador 2: Edificios de talleres y cárcamos de lavado: Octubre 15
- Operador 2: Resto de áreas y edificios: Octubre 30
- Operador 3: Edificios de talleres y cárcamos de lavado: Octubre 15
- Operador 3: Resto de áreas y edificios: Octubre 30
- Plataforma 1: Octubre 15
- Plataforma 2: Octubre 30

CLAUSULA TERCERA. RENUNCIAS. El concesionario renuncia expresamente a:

- cualquier reclamación que resulte de la actualización del monto de la remuneración y de la modificación de la forma de pago;
- iniciar cualquier acción prejudicial o judicial que guarde relación directa o indirecta con las pretensiones incluidas en la solicitud de arreglo directo presentada ante TRANSCARIBE S.A., Radicado Interno 001342 del 11 de julio de 2016, relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, intereses, mayor permanencia en obra, gastos administrativos, etc.

En el Otrosí No. 11 del 28 de febrero de 2017

11. Que a la fecha de suscripción del presente documento, el concesionario ha presentado a la entidad, mediante comunicación PCC-TC-007-2017, Radicado Interno número 0172 de fecha 30 de enero de 2017, solicitud restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los costos financieros asumidos al no contar oportunamente con los recursos de parte de TRANSCARIBE; reclamación a la que no renuncia el concesionario con ocasión al presente modificatorio contractual. Esta solicitud se encuentra en trámite en la entidad, dando aplicación a lo establecido en el Capítulo 8 - Cláusula 78 del contrato de concesión TC-LPN-004 de 2010.

En el Otrosí No. 12 del 28 de abril de 2017.

12. Que, a la fecha de suscripción del presente documento, el concesionario ha presentado a la entidad, mediante comunicación PCC-TC-0019-2017, Radicado Interno número 0657 de fecha 6 de abril de 2017, solicitud de arreglo directo por indebidas retenciones en los pagos derivados de la ejecución del contrato de concesión; reclamación a la que no renuncia el concesionario con ocasión al presente modificatorio contractual. Esta solicitud se encuentra en trámite en la entidad, dando aplicación a lo establecido en el Capítulo 8 - Cláusula 78 del contrato de concesión TC-LPN-004 de 2010.

En el Otrosí No. 13, del 29 de junio de 2017

CLAUSULA TERCERA. CONSTANCIAS.

3.1. DE SOCIEDAD PORTAL CALICANTO: Con la suscripción del presente OTRO SI, el concesionario no renuncia a la reclamación elevada a la entidad mediante comunicación PCC-TC-007-2017, Radicado Interno número 0172 de fecha 30 de enero de 2017, solicitud restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los costos financieros asumidos al no contar oportunamente con los recursos de parte de TRANSCARIBE; ni a la presentada mediante comunicación PCC-TC-0019-2017, Radicado Interno número 0657 de fecha 6 de abril de 2017, solicitud de arreglo directo por indebidas retenciones en los pagos derivados de la ejecución del contrato de concesión;

En el Otrosí No. 14, del 29 de septiembre de 2017

CLAUSULA TERCERA. CONSTANCIAS.

3.1. DE SOCIEDAD PORTAL CALICANTO: Con la suscripción del presente OTRO SI, el concesionario no renuncia a la reclamación elevada a la entidad mediante comunicación PCC-TC-007-2017, Radicado Interno número 0172 de fecha 30 de enero de 2017, solicitud restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los costos financieros asumidos al no contar oportunamente con los recursos de parte de TRANSCARIBE; ni a la presentada mediante comunicación PCC-TC-0019-2017, Radicado Interno número 0657 de fecha 6 de abril de 2017, solicitud de arreglo directo por indebidas retenciones en los pagos derivados de la ejecución del contrato de concesión;

En el Otrosí No. 14, del 10 de octubre de 2017

CLAUSULA QUINTA. CONSTANCIAS.

La **SOCIEDAD PORTAL CALICANTO S.A.S.:** Con la suscripción del presente OTRO SI, el concesionario no renuncia a la reclamación elevada a la entidad mediante comunicación PCC-TC-007-2017, Radicado Interno número 0172 de fecha 30 de enero de 2017, solicitud restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los costos financieros asumidos al no contar oportunamente con los recursos que debía pagar TRANSCARIBE; ni a la presentada mediante comunicación PCC-TC-0019-2017, Radicado Interno número 0657 de fecha 6 de abril de 2017, solicitud de arreglo directo por indebidas retenciones en los pagos derivados de la ejecución del contrato de concesión.

- En el documento Conpes 3823 del 22 de diciembre de 2014, en folios 1989 y s.s., del cual resaltamos los siguientes:

En términos generales, en los diferentes procesos descritos, uno de los aspectos que de manera reiterada recibió observaciones por parte de los posibles oferentes corresponde a la falta de viabilidad de los modelos financieros, dadas las obligaciones cuya fuente de pago es la tarifa. Así, se identificó la necesidad de descargar el componente de infraestructura de la tarifa, como medida para minimizar el riesgo asociado con un insuficiente flujo de caja proveniente de la operación del sistema.

(...)

III. OBJETIVO

El objetivo de este documento CONPES es presentar un balance físico y presupuestal de la implementación del SITM Transcaribe en el Distrito de Cartagena. Adicionalmente, una vez revisado el alcance del proyecto, este documento CONPES establece los nuevos términos para la participación de la Nación en el mismo.

(...)

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

Para optimizar la operación del SITM Transcaribe, se requiere redireccionar los recursos de la tarifa que se prevé desembolsar al concesionario a cargo de la construcción de la infraestructura, destinándolos al financiamiento de actividades propias de operación, lo que redundará en mayores recursos invertidos en alcanzar y mantener adecuados niveles de servicio del sistema. Por estas razones, en el presente documento CONPES se plantea un ajuste en la forma y/o fuente de pago al Concesionario Sociedad Portal Calicanto S.A.S., con nuevos aportes que se adicionarán con el presente documento y acciones complementarias de la administración Distrital de Cartagena requeridas para atender este objetivo.

- En relación con comunicaciones relevantes a este estudio, cruzadas con anterioridad al pago de la retribución del concesionario, mencionamos la carta fechada 24 de marzo de 2015, dirigida a **TRANSCARIBE S.A.** por el representante legal de **PORTAL DE CALICANTO S.A.S.**, señor Arturo Cepeda Faciolince:

A este respecto, resulta de vital importancia recordar que si bien la consecución de los recursos para la ejecución del proyecto se encuentra dentro de los riesgos a cargo del Concesionario, éste se asumió en el contexto de un proyecto completamente distinto al que se tiene actualmente, basado en unos plazos concretos dentro de los cuales se daría inicio a la operación del Sistema y una fuente de pago específica, derivada de dicha operación. En este sentido, consideramos que este Concesionario cumplió a cabalidad con su obligación de obtener los recursos necesarios para la ejecución del proyecto, tal como éste fue concebido y reflejado tanto en el proceso licitatorio que lo originó, como en el Contrato de Concesión.

Así las cosas, derivado de todas las situaciones anteriores, generadas, repetimos, por eventos imputables únicamente a Transcaribe, se generó un "nuevo" riesgo de financiación del proyecto, que bajo ninguna circunstancia puede ser considerado como uno a cargo del Concesionario, puesto que el asumido por éste se refería a lo pactado en el Contrato de Concesión y por tanto se encontraba delimitado y sujeto a los términos y condiciones contenidos inicialmente en el mismo. En otras palabras, el desequilibrio generado por el cambio en dichos términos y condiciones, que agravaron la situación al generar incertidumbre sobre la fuente de pago del proyecto, no forma parte del riesgo de financiación que asumió el Concesionario al momento de suscribir el Contrato, obligación que, reiteramos, se cumplió en los términos asumidos.

Uno de los principios de la contratación pública en Colombia reside en la "**colaboración recíproca**" entre los contratantes, concepto que se ha desarrollado desde la jurisprudencia arbitral y la doctrina, existiendo al respecto pronunciamientos en el siguiente sentido: "*el acreedor que no ha obrado con diligencia, providencia, previsión a él correspondientes, (...) no puede reprocharle al deudor a quien no proveyó la información, el apoyo, la colaboración indispensable, desaciertos, imprecisiones, o falta de la plenitud deseable, o de la propia ejecución de la prestación...*" añadiéndose además que "*pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, el asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria (...)*"¹

6766

En esta medida se encuentra que los montos retenidos por Transcaribe S.A. en virtud de un tributo son una obligación que nace de la función pública que la ley le encomienda como mecanismo de recaudo anticipado. Esta obligación es independiente de cualquier pacto suscrito entre las partes y puede acarrear consecuencias en caso de algún incumplimiento.

Si el Concesionario no tuvo en cuenta dichos descuentos en los trámites de negociación de los valores correspondientes a su remuneración por el componente de infraestructura, esto no tiene por qué repercutir frente a la retención que debe hacer Transcaribe S.A. Se trata de dos efectos diferentes.

- En relación con el Contrato de fiducia pública No. TC-LPN-005 DE 2015 para el manejo de los recursos provenientes del convenio de cofinanciación suscrito entre la Nación y el distrito de Cartagena con ocasión del documento Conpes 3823 de 2014:

CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. El **CONTRATISTA** se obliga a:

1. ACTUAR COMO AGENTE PAGADOR. **EL CONTRATISTA** actuará como agente pagador a nombre de **TRANSCARIBE S.A** (como ente Gestor), de las obligaciones contractuales derivadas del proceso de construcción de la infraestructura del Sistema Transcaribe, previa instrucción de **TRANSCARIBE S.A.**

18. **EL CONTRATISTA** deberá cumplir con las obligaciones tributarias propias del manejo de los recursos y de los pagos que deba realizar incluyendo las declaraciones tributarias correspondientes, y su responsabilidad como agente retenedor, comprende las actividades de liquidación, pago, declaración y certificación de las obligaciones tributarias aplicables.

19. **EL CONTRATISTA** deberá administrar los recursos de conformidad con el pliego de condiciones, el contrato de Fiducia Pública, el manual de inversiones y el Decreto 1525 de 2008 y las normas que lo modifiquen o sustituyan, garantizando siempre la conservación del Patrimonio en punto a los recursos que se administran y los rendimientos generados.

- En relación con los acuerdos directos entre las partes, como mecanismo alternativo de solución de conflictos previsto en la cláusula 78 del contrato de concesión que se analiza:
 - (i) El acuerdo directo recogido en el acta de reunión del 23 de junio de 2015, a folios 3.608 y s.s.:

6967

DESARROLLO DE LA REUNION:

El alcalde preside la reunión manifestándole al representante legal del concesionario las condiciones de negociación aprobadas por la Junta. Manifiesta que la única suma a pagar es \$121.425 millones y que el concesionario debe renunciar a sus reclamaciones.

Luego de finalizada la discusión se llega al siguiente acuerdo:

CONDICIONES DEL ACUERDO:

- Pago contra crédito sindicado de la suma de \$121.425 millones de pesos 50% en octubre de 2015, cuando se de el primer desembolso del crédito 50% en febrero de 2016, cuando se de la reversión
- RENUNCIAS:
 - + Reclamación sobre entrega tardía del colegio republica de argentina;
 - + Reclamación por demora en la entrada en operación;
 - + a cualquier otra reclamación

- (ii) El acuerdo directo recogido en el acta de reunión del 26 de agosto de 2016, a folio 3.615 y s.s.

La Jefe de la Oficina Asesora precisa que esta cifra surge de la solicitud del concesionario de revisar el valor a pagar de acuerdo al OTRO SI No. 5. La revisión se hace dando aplicación a lo establecido en el artículo 5º de la ley 80 de 1993, que establece el derecho de los contratistas a que el valor intrínseco del contrato no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En este caso se revisa el valor del contrato trayendo a valor presente la suma de dinero pactada tiempo atrás como remuneración a favor del concesionario, la cual se actualiza para que tenga el mismo poder adquisitivo.

(...)

➤ El concesionario renunciara a:

- cualquier reclamación que resulte de la actualización del monto de la remuneración y de la modificación de la forma de pago;
- iniciar cualquier acción prejudicial o judicial que guarde relación directa o indirecta con las pretensiones incluidas en la solicitud de arreglo directo presentada ante TRANSCARIBE S.A., Radicado Interno 001342 del 11 de julio de 2016, relacionadas con el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, intereses, mayor permanencia en obra, gastos administrativos, etc.

- En las comunicaciones cursadas entre las partes que siguieron al primer pago que se hizo con descuentos o retenciones:

- (i) La comunicación de febrero 15 de "201" (se entiende que es de 2017), a folio 2849, suscrito por el representante legal de **Portal Calicanto S.A.S.**, dirigida al gerente General de **TRANSCARIBE S.A.**, que en lo pertinente señala:

6768

Volvemos a referirnos al tema del pago efectuado en febrero 07 de 2017 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004-2010.

Reiteramos que no aceptamos las deducciones realizadas y que vemos altamente afectados nuestro equilibrio contractual por esa decisión de Transcaribe. Reafirmamos que contablemente las sumas recibidas las tenemos clasificadas solamente como un anticipo. Basamos nuestra posición en los siguientes puntos:

1) Adjuntamos concepto emitido por el Dr. Jaime Arrubla Paucar, donde se reafirma que el nuestro es un contrato de concesión y no de obra pública, como ha malinterpretado la Entidad;

2) La negociación que se realizó y que terminó con la firma del otrosí No.5 del cambio de forma de pago de la remuneración pactada, siempre se pactó sobre la figura de traer a valor presente los pagos futuros esperados y jamás sobre un cambio de contrato; y así quedó consignado en la cláusula Quinta de Otrosí 5 "En todo caso las partes reconocen que la suscripción del presente Otrosí no modifica de manera alguna la naturaleza jurídica del Contrato, el cual consiste en un Contrato de Concesión al que le son aplicables las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del presente documento." Las fuentes de pago de las que se nutrió Transcaribe para obtener los recursos para cancelarnos, no alteraron la esencia de la figura de cambio de forma de pago de nuestra concesión;

3) Por solicitud de los Bancos que concedieron el crédito de \$88.000 millones de pesos, Transcaribe certificó que la de Portal Calicanto es y sigue siendo una concesión; no entendemos como consciente de ello y del tratamiento tributario que ustedes conocen aplican a las concesiones de recaudo y operación, permitieron que Fidubbva diera un tratamiento diferente a nuestro pago del que a esos concesionarios realiza FiduAlianza. Conocen ustedes que esa fiducia de repartición de ingresos por tarifas, no aplica ninguna de las retenciones evidenciadas en el abono realizado a Fiducolpatria para Portal Calicanto S. A. S.

4) La única deducción que Transcaribe debió efectuar fue la del 2.5% por mil; en esa, estamos de acuerdo y aceptamos su deducción;

5) Tampoco aplica la retención, pues ese 2% es para contratos de obra y no concesiones. El argumento ligero que dicha retención es recuperable por su aplicabilidad o recobro no debe ser tenido en cuenta, pues el costo de oportunidad de la congelación de los recursos, es demasiado cuantioso para ser obviado.

Con carácter de urgencia, requerimos que Transcaribe instruya inmediatamente a Fidubbva a reversar las aplicaciones realizadas, y a girar directamente a Fiducolpatria la totalidad de los recursos disponibles, reteniendo solamente la mencionada en el punto cuarto.

Hacemos responsable a Transcaribe de los perjuicios que la dilación de ésta instrucción pueda tener, pues la Fiduciaria puede entrar a transferir a los terceros las sumas retenidas y así postergar quien sabe por cuánto tiempo los pagos que si son exigibles de inmediato por Portal Calicanto S.A.S.

- (ii) La comunicación de marzo 1 de 2017, a folio 2869, suscrito por el representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, dirigida al gerente General de **TRANSCARIBE S.A.S.** que, en lo pertinente, anota:

6769

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

Reiteramos nuestra inconformidad con las deducciones realizadas las cuales afectan de manera significativa nuestro equilibrio contractual, lo cual manifestamos desde el momento del recibo de los recursos mediante comunicación PCC-TC- 011-2017. Reiteramos que esta Concesión no debe verse afectada por las retenciones realizadas; a pesar de nuestra posición y teniendo en cuenta que a la fecha están pendiente por cancelar la suma de \$21.645.472.500 (Veintiun mil seiscientos cuarenta y cinco millones cuatrocientos setenta y dos mil quinientos pesos), suma que ampliamente cubriría el valor de las retenciones si finalmente fuese el caso aplicarlas, comedidamente solicitamos a la Entidad que autorice a FiduBBVA revertir las deducciones realizadas y entregarnos la totalidad del desembolso, y mientras se produce la cancelación del saldo mencionado tendremos espacio de tiempo para conciliar las dos posiciones a cerca de las retenciones.

Recordemos que de los dos primeros abonos que nos hicieron, cada uno de 10.000 millones, las retenciones aplicadas fueron solamente del 0.25%.

- (iii) El oficio TC-DJ-07.01-0261-2017, de marzo 8 de 2017, a folio 1.729, suscrito por el gerente General de Transcribe, dirigido a al representante legal de Portal Calicanto SAS que, en lo pertinente, señala:

A fin de atender su solicitud de autorizar a la fiduciaria FIDUBBVA de revertir las deducciones realizadas sobre los descuentos aplicados al pago por valor de Ochenta y Ocho mil millones de pesos (\$88.000.000.000,00), realizado el pasado 6 de febrero de 2017, y entregar al concesionario la totalidad del desembolso, le solicitamos a la firma asesora jurídica externa DE VIVEROS Y ASOCIADOS concepto jurídico sobre el particular, el cual anexamos para su conocimiento, manifestando que lo acogemos en su integralidad, respecto a que no existe la posibilidad de suspender los descuentos realizados a los pagos del Concesionario de las sumas pactadas en los Otrosíes 7 y 8, en tanto es una función que la ley nos encomienda y que su incumplimiento puede constituir responsabilidad penal y fiscal.

Aprovechamos para informarle que en el día de hoy le hemos solicitado a la Secretaria de Hacienda Distrital y a la Secretaria de Hacienda Departamental como sujetos activos del tributo, concepto respecto a la aplicabilidad de los gravámenes en mención. Una vez se reciban sus respuestas se las pondremos en conocimiento.

- (iv) El oficio TC-DJ-07.01-0479-2017, de mayo 2 de 2017, a folio 2.875, suscrito por el gerente General de **TRANSCRIBE S.A.**, dirigido a al representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** que, en lo pertinente, señala:

En materia de impuestos, tasas y contribuciones el Contrato No. TC-LPN-004-2010 define el riesgo tributario como "Es la contingencia que consiste en la variación en la estructura o normativa tributaria de cualquier impuesto del orden nacional, departamental o municipal, o en la imposición de impuestos, tasas o contribuciones, inversiones obligatorias, créditos obligatorios o figuras similares, que establezca la ley o cualquier otra norma legalmente obligatoria y que se aplique a la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del presente contrato"²⁵.

Este riesgo se encuentra asignado en su totalidad al Concesionario, en virtud de varias cláusulas del mismo contrato. Así pues, el numeral 9.1 de la cláusula 9 establece que para el presente contrato "Todos los impuestos, tasas y contribuciones establecidas o que llegue a establecer la Nación, o adoptadas por una entidad territorial o cualquier otra autoridad, y que se causen por la celebración, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o liquidación del presente contrato, estarán a cargo del CONCESIONARIO".

(...)

Con fundamento en el numeral 78.3 de la Cláusula 78 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 no se presentan fórmulas de arreglo, bajo el entendido que para Transcribe S.A. los descuentos realizados corresponden a los que debían efectuarse de acuerdo con las normas tributarias vigentes.

Cabe resaltar que en la comunicación del Concesionario no se hizo mención sobre alguna posibilidad de fórmula de arreglo. La postura refiere a no realizar ningún descuento y, como ha quedado explicado, las normas tributarias aplicables respaldan los descuentos realizados por la entidad.

- (v) El acta de la reunión de mayo 15 de 2017, a folio 1.763, celebrada entre representantes de las partes, con el objeto de atender solicitud de arreglo directo formulada por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en relación con las retenciones realizadas por **TRANSCARIBE S.A.** a partir del tercer pago recibido. Destacamos estos apartes:

En este estado de la reunión el representante legal del concesionario manifiesta que concede poder para intervenir en la diligencia al Dr. Jaime Arrubla, quien señala que hay una comunicación complementaria al reclamo donde el señor representante legal da alcance a un informe del revisor fiscal, donde ellos hacen un juicioso análisis sobre la naturaleza de esos tributos. Señala que hay algunos descuentos que son pertinentes como el de seguridad democrática, pero hay otros que no son pertinentes, toda vez que el contrato sigue siendo de concesión. Solicita se parta del informe del revisor fiscal de TRANSCARIBE para reconsiderar la postura de la entidad.

Se le concede el uso de la palabra al asesor jurídico externo de TRANSCARIBE, Felipe de Viveros, quien manifiesta que TRANSCARIBE tiene claro que no hay una modificación de la tipología contractual, el contrato es y sigue siendo de concesión; puntualiza que lo se hizo en el OTRO SI No. 5 fue una modificación de la fuente de pago de la concesión. Agrega que la argumentación sobre la no aplicación a otros concesionarios es cierta, pero debido a quien hace el pago, -en los otros contratos de concesión los hace la fiduciar que paga con los recursos de la tarifa- los descuentos y retenciones se hacen por parte de la fiduciaria que administra los recursos del convenio de cofinanciación que son una fuente distinta, y por eso fueron sujetos de los descuentos.

Manifiesta el asesor que en este punto estamos de acuerdo en que la tipología contractual es la misma, contrato de concesión; pero se necesita que el concepto salga en ese sentido por parte de la Secretaría de Hacienda Distrital y Departamental, respecto de la aplicación de los descuentos.

6771

- (vi) El oficio GOBOL-17-031356, de agosto 15 de 2017, a folio 1.746, emanado de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Bolívar, dirigido al gerente General de Transcaribe que, en lo pertinente, señala:

Por medio del presente escrito, me dirijo a usted con mi acostumbrado respeto y en mi condición de Asesor jurídico, adscrito a la Secretaría de Hacienda Departamental – Dirección Financiera de Ingresos; para poner a consideración de usted y del honorable grupo de asesores a su cargo el siguiente concepto, respecto de cobro, recaudo y pago de las estampillas pro hospital universitario del caribe y pro universidad de Cartagena.

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Determinar si la empresa comercial del Distrito de Cartagena Transcaribe se encuentra obligada por ley al cobro, recaudo y pago de las estampillas pro hospital universitario del caribe y pro universidad de Cartagena?

Finalmente podemos concluir: a). Que según el artículo 2 de la ordenanza 18 de 2011, el contrato de concesión celebrado entre Transcaribe S.A. y el contratista, si se encuentra gravado con el pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe. b). Que según lo señalado en el artículo 4 de la ordenanza 18 de 2011, el contratista es responsable del pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe y c). Que según lo establecido en el artículo primero del Decreto 128 de 2012, Transcaribe S.A. es responsable del recaudo de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe. Por tal razón consideramos que no resulta jurídicamente procedente la solicitud de devolución presentada por el contratista respecto de los dineros retenidos por concepto de recaudo de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe.

En este sentido, resulta claro que el hecho generador de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe, recae sobre tres (3) negocios jurídicos concretamente, que son: (i) Los contratos (en general todo tipo de contratos incluido el contrato de concesión). (ii) Los contratos interadministrativos y (iii) Las órdenes de prestación de servicios.

Habiendo precisado lo anterior, y frente al caso concreto la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe se genera por la celebración de contratos y órdenes de prestación de servicios, órdenes de compra, que celebre el Distrito de Cartagena de Indias y sus entidades Descentralizadas. La titularidad del impuesto recae en el ente Departamental y lo soporta como sujeto pasivo todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, que celebren contratos o sean proveedores de servicio o suministren bienes al Distrito de Cartagena de Indias.

Ahora bien, para poder determinar si Transcaribe S.A. es responsable de la retención la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe, se hace necesario determinar la naturaleza jurídica de dicha entidad, y precisar si la misma se puede catalogar como una entidad descentralizada del distrito de Cartagena de Indias. En este orden de ideas, encontramos que según lo preceptuado por Art. 68 Ley 489 de 1998, tienen categoría de entidades descentralizadas las siguientes:

"Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas." (Negrillas y subrayado por fuera del texto)

De la norma transcrita se colige que Transcaribe S.A., si es una entidad descentralizada del Distrito de Cartagena del tipo de la sociedades comerciales, creada bajo el modo societario de las sociedades anónimas, con patrimonio propio y autonomía administrativa, razón por la cual se encuentra dentro de la hipótesis de las normas referentes al cobro, recaudo y pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe, y por lo tanto si está obligada al recaudo de la estampilla en relación a todos los contratos que esta celebre con personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, incluido el contrato de concesión.

(vii) La comunicación de septiembre 22 de 2017, a folio 1.979, suscrita por Arturo Cepeda, representante legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, dirigida al gerente General de **TRANSCARIBE S.A.** que, en lo pertinente, señala:

2- Sirva el presente para ratificar nuestra posición en el sentido de la no pertinencia de las retenciones practicadas a Portal Calicanto S.A.S. por tres razones fundamentales:

a) La contratación de Portal Calicanto S.A.S. jamás ha sido un contrato de obra civil. Nació y está contractualmente vigente como concesión por lo menos 50 años más. El otrosí de cambio de forma de pago de la remuneración, nunca pretendió cambiar la

6993

modalidad de contratación. A las concesiones no se les aplica la norma típica de contratación de obra, por ello a Portal Calicanto S.A.S. no se le debe aplicar;

b) Como la Entidad bien conoce, prueba sumaria evidente de la improcedencia del cobro de estampillas y demás retenciones a nosotros practicada, es que las mismas jamás se han practicado en ninguna de las otras concesiones otorgadas por la Entidad; adicionalmente tampoco se aplican a otras concesiones del Distrito, como puede la Entidad corroborar con el mismo.

c) Nunca durante el transcurrir de las negociaciones de cambio de forma de pago, se decidió o mencionó asunto diferente de cancelar en valor presente del 2015, los ingresos futuros de la tarifa que se generarían durante 18 anualidades basados en la oferta presentada en la licitación de Concesión por Portal Calicanto S.A.S., que terminó siendo adjudicada a nuestra empresa. Si Portal Calicanto S.A.S., hubiese permanecido con la forma de pago contratada, estaría recibiendo su cuota parte de ingresos sin ninguna afectación de retenciones y/o estampillas. Al existir diferencias en los valores presentes tan significativas como las generadas por las retenciones, definitivamente se está ante un evidente caso de tipificación de desequilibrio económico del contrato.

(viii) Las diferencias entre las partes en relación con las retenciones por impuestos, tasas y contribuciones continuaron entre las partes, tal como quedaron recogidas y sin resolución en el acta de Reunión de Arreglo Directo fechada 21 de noviembre de 2017, que reposa a folios 2.815 y s.s., en el que tras la no aceptación de la reclamación formulada en tal sentido por **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, el apoderado de dicha sociedad manifestó lo siguiente:

El Señor Gerente le concede el uso de la palabra al concesionario, quien a través de su apoderado, Dr. JAIME ARRUBLA manifiesta que el contrato celebrado entre las partes es y sigue siendo una concesión no hay la menor duda. Agrega que no podría ser de otra manera, y de acuerdo con ese presupuesto lo demás debería venir en consecuencia. Manifiesta que los descuentos hechos al concesionario no se le hacen a los demás contratos de concesión. Considera que las retenciones son indebidas y que eso ha afectado al concesionario y los ha perjudicado de manera tal. Manifiesta que las entidades a las que se les pidió el concepto no ayudaron en nada, esos no son conceptos.

Finalmente manifiesta que si se es coherente con la naturaleza del contrato esto no tiene porque haber pasado; y agrega que les tocará seguir adelante con su reclamación en las instancias definidas en el contrato, porque los perjuicios han sido enormes.

Por su parte, el representante legal de la hoy convocante manifestó:

6776

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

- (iv) A esa factura le siguió el comprobante de egreso No. 91, de fecha 22 de septiembre de 2016, extendido por Transcribe S.A., dirigido a Portal Calicanto, en el que también figura un descuento de \$25 millones de pesos por concepto de Contribución a la Seguridad Democrática (Ley 104/093), con lo cual el monto del pago final figura en \$9.975 millones de pesos, a folio 2.064.
- (v) La factura de venta No. 7, fechada 2 de febrero de 2017, emitida por Portal Calicanto, contra Transcribe S.A., por concepto de ejecución en un 90% de avance de obra, por valor de \$20.788'800.000 de pesos, a folio 2.066.
- (vi) A esa factura le corresponde el comprobante de egreso No. 94, de fecha 3 de febrero de 2017, extendido por Transcribe S.A., dirigido a Portal Calicanto, en el que figura un monto de pago en \$20.788'800.000 de pesos, a folio 2.067.

Sin embargo, a este comprobante lo acompaña una liquidación de retenciones por impuestos, tasas en los siguientes términos:

VALOR FACTURA		20,788,800,000
RETENCIONES		
RETEFETE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN	2%	415,776,000
RETEICA	0.80%	166,310,400
S.T.D	2%	415,776,000
E.A.D. <i>Adolfo Nayo'</i>	2%	415,776,000
RETEIVA	15%	-
SEGURIDAD DEMOCRATICA	0.25%	51,972,000
E.P.H.U.C	1%	-
TOTAL RETENCIONES		1,465,610,400
NETO A CANCELAR //		19,323,189,600

- (vii) La factura de venta No. 6, fechada 2 de febrero de 2017, emitida por Portal Calicanto, contra Transcribe S.A., por concepto de derechos de concesión por la sustitución de la fuente de pago de conformidad con la cláusula 38 del Otrosí No. 8, por valor de \$87.211'200.000 de pesos, a folio 2.069.

6777

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

- (viii) A esa factura le corresponde el comprobante de egreso No. 95, de fecha 3 de febrero de 2017, extendido por Transcribe S.A., dirigido a Portal Calicanto, en el que figura un monto de pago en \$67.211'200.000 de pesos, a folio 2.070.

Sin embargo, a este comprobante lo acompaña una liquidación de retenciones por impuestos, tasas en los siguientes términos:

RETENCIONES		
RETEFETE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN	2%	1,744,224,000
RETEICA	0.80%	697,689,600
S.T.D. <i>sobretasa de Postiva</i>	2%	1,744,224,000
E.A.D. <i>Año pasado</i>	2%	1,744,224,000
RETEIVA	15%	-
SEGURIDAD DEMOCRATICA	0.25%	168,028,000
E.P.H.U.C. <i>Estampida de unificación</i>	1%	872,112,000
TOTAL RETENCIONES		6,970,501,600
NETO A CANCELAR		60,240,698,400

- (ix) La factura de venta No. 10, fechada 22 de diciembre de 2017, emitida por Portal Calicanto, contra Transcribe S.A., por concepto de pago parcial del contrato de concesión, por valor de \$8.950'925.250 de pesos, a folio 2.073.
- (x) A esa factura le sigue una constancia de pagos realizados por el encargo fiduciario Transcribe S.A., a folio 2.074.
- (xi) En el folio 2.075 figura un cuadro de cálculo y ajuste de los descuentos practicados a Portal Calicanto, en el que se relacionan descuentos hechos por los impuestos, tasas y contribuciones ya mencionados.
- (xii) La factura de venta No. 12, fechada 2 de marzo de 2018, emitida por Portal Calicanto, contra Transcribe S.A., por concepto de pago de saldo del contrato de concesión según acta No. 35 de recibo final de obra, por valor de \$12.994'547.250 de pesos, a folio 2.077.
- (xiii) La factura de venta No. 13, fechada 13 de abril de 2018, emitida por Portal Calicanto, contra Transcribe S.A., por concepto de pago de saldo del contrato de concesión según acta No. 35 de recibo final de

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

obra, por valor de \$12.994'547.250 de pesos, a folio 2.082.

En esta factura se puede leer la siguiente literalidad:

LA SOCIEDAD PORTAL CALICANTO SAS NO RENUNCIA A LA RECLAMACIÓN ELEVADA A LA ENTIDAD MEDIANTE COMUNICACIÓN PCC-TC-007-2017, RADICADO INTERNO NÚMERO 0172 DE FECHA 30 DE ENERO DE 2017, SOLICITUD RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO POR LOS COSTOS FINANCIEROS ASUMIDOS POR NO CONTAR OPORTUNAMENTE CON LOS RECURSOS QUE DEBÍA PAGAR TRANSCARIBE; NI A LA PRESENTADA MEDIANTE COMUNICACIÓN PCC-TC-0019-2017, RADICADO INTERNO NÚMERO 0657 DE FECHA 6 DE ABRIL DE 2017, SOLICITUD DE ARREGLO DIRECTO POR INDEBIDAS RETENCIONES EN LOS PAGOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

- Figura también el acta No. 35, contentiva del recibo final de obra, de fecha febrero 26 de 2018, en la que aparece al siguiente constancia:

La SOCIEDAD PORTAL CALICANTO S.A.S. no renuncia a la reclamación elevada a la entidad mediante comunicación PCC-TC-007-2017, Radicado Interno número 0172 de fecha 30 de enero de 2017, solicitud restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los costos financieros asumidos al no contar oportunamente con los recursos que debía pagar TRANSCARIBE; ni a la presentada mediante comunicación PCC-TC-0019-2017, Radicado Interno número 0657 de fecha 6 de abril de 2017, solicitud de arreglo directo por indebidamente retenciones en los pagos derivados de la ejecución del contrato de concesión.

En cuanto a las pruebas practicadas dentro del presente trámite arbitral, en lo pertinente sobre lo que se analiza en esta sección, resaltamos para este análisis las siguientes:

1. Documentales:

- 1.1. El Oficio TC-DJ-07.01-0248-2019 de febrero 14 de 2019, suscrito por el gerente general de **TRANSCARIBE S.A.**, Humberto José Ripoll, en el que rindió informe escrito, bajo juramento, en relación con los hechos debatidos en el proceso, indicados en la demanda, reforma y contestación, del que destacamos lo siguiente:

6779

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

3. INFORME SOBRE LOS HECHOS Y PRETENSIONES "RELACIONADAS CON EL PAGO INCOMPLETO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS A CARGO DE TRANSCARIBE EN EL OTROSI N°8".

Con la sustitución de la fuente de pago introducida mediante otrosí N°5, se pactó a su vez la modificación de las normas tributarias aplicables al contrato de concesión, y así quedó plasmado en el último inciso del párrafo tercero de la cláusula quinta del enunciado otrosí cuando se establece que "le son aplicables las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del presente documento".

La fuente de pago fue sustituida de recursos vía tarifa, por recursos de la entidad, provenientes de los aportes de la Nación y el Distrito de Cartagena, debe entenderse que bajo dicha prerrogativa, el pagador pasó de ser una persona privada a una persona pública. Lo anterior en armonía con el hecho de que a cada forma de pago le son inherentes unas normas tributarias, no pudiendo darse un tratamiento diferente a una determinada forma de pago.

Dado que la fuente de pago acordada por las partes consistió en dineros provenientes del erario público, y teniendo en cuenta que TRANSCARIBE S.A., está constituida como una entidad descentralizada del Distrito de Cartagena del tipo de las sociedades comerciales, por mandato expreso se encontraba obligada al recaudo de los siguientes tributos:

1. Impuesto de Retención en la fuente por servicios de construcción: reglamentado por el artículo 2 del decreto 2418 de 2013, y numeral 1.2.4.9.1 del Decreto 1625 de 2016, siendo el hecho generador "todos los pagos en abonos en cuenta correspondientes a contratos de construcción o urbanización susceptibles de

6780

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

constituir ingreso tributario" ello de conformidad con la definición establecida por la DIAN de acuerdo con la cual se entiende por contratos de construcción y urbanización aquellos en los cuales "el contratista directa o indirectamente edifica, fabrica, erige o levanta obras, edificios, construcciones para residencia o negocios, puentes, carreteras, represas, acueductos y edificaciones en general y las obras inherentes a la construcción en sí".

2. Contribución Especial de Seguridad: reglamentado por el artículo 253 y siguientes del Estatuto Tributario Nacional, Ley 1106 de 2006, siendo el hecho generador "los contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías", y "los contratos de concesión de obra pública y otras concesiones".
3. Impuesto de Industria y Comercio: reglamentado por el artículo 87 y siguientes del Acuerdo 041 de 2006, siendo el hecho generador "el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción de Cartagena" y "cualquier tare, labor o trabajo ejecutado por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual".
4. Sobretasa Deportiva: reglamentada por el artículo 261 y siguientes del Acuerdo 041 de 2006, siendo el hecho generador el que se trate de órdenes de pago emitidas por el Distrito o por las entidades descentralizadas del orden Distrital.
5. Estampilla Años Dorados: reglamentada por el artículo 277 y siguientes del Acuerdo 041 de 2006, siendo el hecho generador "la celebración de contratos o adiciones a los mismos que realicen personas naturales y jurídicas de naturaleza pública o privada, con o sin ánimo de lucro, sociedades de hecho, consorcios o uniones temporales con el distrito de Cartagena, en su sector central o descentralizado".
6. Estampilla Pro Universidad de Cartagena: reglamentada por la Ley 1495 de 2011, y la Ordenanza 018 de 2011, siendo el hecho generador "todos los actos jurídicos del orden departamental y municipal" quedando su recaudo "a cargo de las entidades públicas descentralizadas del orden nacional, departamental, distrital y municipal".
7. Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe: reglamentada por la Ordenanza 018 de 2011, y el Decreto 128 de 2012, siendo el hecho generador "los contratos, contratos interadministrativos y ordenes de prestación de servicio que celebren el Distrito de Cartagena, los municipios del Departamento de Bolívar, las entidades descentralizadas de estos entes territoriales y los contratos de adición al valor de los existentes"; y constituyéndose en sujetos pasivos de la misma "todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, las simplificadas, que celebren contratos o sean proveedores de servicio o suministren bienes a los municipios y Distrito de Cartagena de Indias, y los agentes de retención que mediante resolución señale la Secretaria de Hacienda Distrital".

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

Ahora bien, en relación con los dos avances parciales realizados por valor equivalente a diez mil millones de pesos cada uno (Egresos N° 365 de 11 de mayo de 2016, y N° 941 de 22 de septiembre de 2016), al haber sido pagados previo a la obtención de los recursos del crédito, su pago se hizo con cargo a los recursos que el Distrito había aportado en esa vigencia, siendo éste uno de los compromisos del Convenio de Cofinanciación (aportes adicionales para la negociación de la sustitución de la fuente de pago), motivo por el cual, y dado que no cumplían con los requisitos para ser considerados como pagos, se les dio el tratamiento de avances, quedando exentos del cobro de gravámenes.

De conformidad con lo anterior el actuar de TRANSCARIBE S.A., fue en todo momento acorde a los fundamentos legales aplicables.

Todo lo anterior fue puesto en conocimiento de Portal Calicanto S.A.S, en múltiples oportunidades.

1.2. A folios 6.279 y s.s, se encuentra respuesta del Banco BBVA S.A., fechada abril 4 de 2019, dirigida al presente Tribunal, en la que se acompaña una certificación sobre los pagos efectuados en cumplimiento del encargo fiduciario Transcaribe S.A. "... al tercero PORTAL DE CALICANTO S.A.S...", que detalla los pagos y precisa que las retenciones generadas durante 2016, 2017 y 2018 fueron efectuadas por TRANSCARIBE S.A. Veamos:

2. Que en desarrollo del negocio fiduciario por instrucciones del Fideicomitente dentro del Encargo Fiduciario TRANSCARIBE S.A., la Fiduciaria tramitó los siguientes pagos al tercero PORTAL DE CALICANTO S.A.S. así:

1	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	16/05/2016	9,975,000,000								9,975,000,000
2	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	27/09/2016	9,383,316,518								9,383,316,518
3	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	26/09/2016	591,683,482								591,683,482
4	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	06/02/2017	67,211,200,000		1,744,224,000	697,689,600	1,744,224,000	1,744,224,000	872,112,000	168,028,000	60,240,698,400
5	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	06/02/2017	20,788,800,000		415,776,000	166,310,400	415,776,000	415,776,000		51,972,000	19,323,189,600
6	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	04/09/2017	5,000,000,000						50,000,000	12,500,000	4,937,500,000
7	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	28/11/2017	5,848,292,756	5,000,000,000	115,965,845	46,786,338	116,965,845	116,965,845	216,370,923	2,120,731	232,116,779
8	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	28/11/2017	3,102,632,954		62,052,660	24,821,064	62,052,660	62,052,660	31,026,330	7,756,582	2,852,871,038
9	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	01/06/2018	10,980,000,000		219,600,000	87,840,000	219,600,000	219,600,000	109,800,000	27,450,000	10,096,110,000
10	PORTAL CALICANTO S.A.S	900411105-3	01/06/2018	2,014,547,250		40,290,945	16,116,378	40,290,945	40,290,945	20,145,473	5,036,366	1,852,376,196
												119,484,851,863

* Las retenciones generadas en los pagos realizados durante el año 2016 (cons. 1.2 y 3) fueron efectuadas por TRANSCARIBE S.A.

1.3. Posteriormente, como se encuentra a folios 6.406 y s.s, la nueva respuesta del Banco BBVA S.A., fechada mayo 21 de 2019, dirigida al presente Tribunal, en la que amplió la información sobre los descuentos que, en cumplimiento de sus deberes como vocera del encargo fiduciario TRANSCARIBE S.A., le hiciera a PORTAL DE CALICANTO S.A.S., del cual extraemos los principales apartes:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

En atención al Oficio No. 24-2019 del 14-05-2019 atentamente manifestamos:

1. Los pagos ordenados por Transcribe S.A. para Portal de Calicanto a través del Encargo Fiduciario corresponden al Contrato TC-LPN-004-2010 y al Otrosí No. 8 en el cual se modifica la remuneración y la forma de pago.

Los pagos ordenados por Transcribe S.A. corresponden en su mayoría a contratos de prestación de servicios, contratos de obra, interventoría, pagos de impuestos de escrituración, todos ellos según relación de Componentes elegible y financiados con los recursos del Otrosí No. 5 al Convenio de Cofinanciación del SITM que administramos, en los cuales a partir de 2017 se aplican todas las retenciones tributarias de ley.

La facturación viene a nombre de Transcribe S.A. y en cada orden de pago viene un formato con la liquidación de las retenciones, el cual es validado por la Fiduciaria, según lo previsto en el numeral 18 de la cláusula cuarta en el contrato de fiducia y el Manual de Operación del Encargo Fiduciario.

2. El constituyente -Transcribe S.A.- es una sociedad comercial e industrial del Estado, razón por la cual, en los pagos que se realizan, se practican las siguientes retenciones:

- I. Retención en la fuente por concepto del **impuesto sobre la renta**, cuyo fundamento jurídico se encuentra contenido en el artículo 392 del Estatuto Tributario, en virtud del cual se debe efectuar retención en la fuente sobre los pagos realizados a las personas jurídicas y sociedades de hecho, por honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos, aplicando la tarifa legal vigente.

- II. Retención en la fuente por concepto del **impuesto de industria y comercio**, tiene su fundamento jurídico en el artículo 121 del Acuerdo Municipal No. 041 de 2006, en el cual se establece que las

sociedades fiduciarias deberán efectuar esta retención por los pagos o abonos en cuenta realizados en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, en desarrollo de los contratos y **encargos fiduciarios**.

- III. Retención en la fuente por concepto de **Estampilla Años Dorados**, la cual, de conformidad con el artículo 277 del Acuerdo Municipal No. 041 de 2006, se causa por la celebración de contratos o convenios con las entidades pertenecientes al sector central y descentralizado de Cartagena. Teniendo en cuenta que los Encargos Fiduciarios son un mandato con representación en favor del constituyente y, que Transcribe S.A., es una entidad descentralizada que pertenece al Distrito de Cartagena, se debe realizar la retención de este tributo.

- IV. Retención en la fuente por concepto de **Estampilla Pro-Hospital Universidad del Caribe**, tiene su fundamento jurídico en el artículo 2 de la Ordenanza No. 18 de 2011 que establece que se causa por la celebración de contratos con el Distrito de Cartagena o sus entidades descentralizadas. Teniendo en cuenta que los Encargos Fiduciarios son un mandato con representación en favor del constituyente y, que Transcribe S.A., es una entidad descentralizada que pertenece al Distrito de Cartagena, se debe realizar la retención de este tributo.

- V. Retención en la fuente por concepto de **Contribución Especial de Seguridad**, tiene su fundamento jurídico en el artículo 253 del Acuerdo No. 041 de 2006, en el que se indica que todas las personas naturales y jurídicas que suscriban contratos de obra pública, deberán pagar a favor de la entidad pública contratante una contribución sobre el valor del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

- VI. Retención en la fuente por concepto de **Sobretasa Deportiva**, tiene su fundamento jurídico en el artículo 261 del Acuerdo No. 041 de 2006, según el cual esta sobretasa será recaudada de las órdenes de pago emitidas por el Distrito, por las entidades descentralizadas del orden Distrital, por una tarifa legal vigente. Teniendo en cuenta que el Constituyente del Encargo Fiduciario es una Empresa Pública del orden Distrital, resultaba procedente realizar las retenciones de esta sobretasa de cada pago ordenado por el Constituyente en favor de los contratistas.

- 1.4. Por su parte, Alianza Fiduciaria, ante pregunta oficiosa del Tribunal, respondió como vocera del patrimonio autónomo SITM CARTAGENA, como consta a folios 6.491 y s.s, que "... *no ha realizado ningún tipo de descuentos a los giros que en virtud del cumplimiento de las*

instrucciones del ente gestor (Transcaribe S.A.), se realizan a los concesionarios Consorcio COLCARD; Sotramac S.A.S., Transambiental S.A.S. y Transcaribe S.A. en cumplimiento del párrafo tercero, de la cláusula 4 del contrato de fiducia mercantil...”

En dicho documento, Alianza Fiduciaria transcribe el párrafo tercero de la cláusula 4 mencionada, con el siguiente tenor:

“En todo caso, las condiciones y reglas para la distribución periódica

de los recursos entre los beneficiarios se determinarán teniendo en cuenta las condiciones que se establecen en los respectivos contratos de concesión; en todos los casos se determinarán por parte del Ente Gestor los valores a distribuir mediante la aplicación de formulaciones matemáticas y porcentajes predeterminados sobre los ingresos del sistema y respecto a la aplicación que corresponda”.

Con fundamento en lo anterior, concluye el informe la fiduciaria mencionada en los siguientes términos:

Así las cosas, la responsabilidad de liquidar el valor neto a girar corresponde a Transcaribe S.A., y en el mismo sentido, la obligación de Alianza Fiduciaria S.A. es ejecutar la instrucción en que recibe de Transcaribe S.A., en los montos y las oportunidades indicadas, dichas instrucciones en cumplimiento del contrato fiduciario atienden a realizar giros mas no pagos con aplicación de retenciones; en consecuencia Alianza Fiduciaria S.A. desconoce si por parte de Transcaribe S.A. se ha realizado la aplicación o no de descuentos realizados a los giros con cargo y hasta la concurrencia de los recursos del Fideicomiso.

2. Testimoniales:

Durante el periodo probatorio se recaudaron varios testimonios, de entre los cuales se escogen, para los efectos del análisis de este apartado, algunos de estos pues tienen relevancia en las valoraciones que aquí se realizarán, como se mencionan más adelante.

Así las cosas, con fundamento en el material probatorio y en las normas aplicables al caso concreto, se procede a analizar las distintas pretensiones, en el orden en que fueron formuladas, y que se citan textualmente a continuación:

ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES

Pretensiones Declarativas

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Primera. Que se declare que la totalidad de los descuentos y retenciones realizados por Transcribe a Portal Calicanto, o los que el Tribunal considere, son improcedentes.

Segunda. Que se declare que Transcribe S.A., como contratante, no se encontraba legal ni contractualmente autorizado para realizar los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere.

Tercera. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$1.299.400.000 por concepto de Estampilla Pro-Hospital Universitario.

Cuarta. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$324.900.000 por concepto de Impuesto de Seguridad Democrática.

Quinta. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Estampilla Pro-Años Dorados.

Sexta. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Sobretasa Deportiva.

Séptima. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, retuvo indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de retención en la fuente.

Octava. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, retuvo indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$1.039.600.000 por concepto de retención de ICA.

6785

Novena. Que se declare que Transcribe S.A., al realizar la totalidad de los descuentos y retenciones indebidas, o los que el Tribunal considere, incumplió el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 desde el momento mismo en que las efectuó y se constituyó en mora por el valor de dichos descuentos o retenciones.

Décima. Que se declare que, como consecuencia del incumplimiento de Transcribe S.A. se ocasionaron perjuicios a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S. equivalente a la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere procedentes.

Décima Primera. Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere procedentes, más los intereses moratorios correspondiente a una y media veces el interés bancario corriente desde la fecha de vencimiento de las respectivas facturas hasta su fecha efectiva de pago, debidamente indexado.

Pretensiones de Condena

Primera. Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, más intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de vencimiento de la respectiva factura hasta la fecha efectiva de pago, debidamente indexados.

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos, más intereses moratorios a 31 de agosto de 2018 y debidamente indexados es el siguiente:

- Retenciones + intereses moratorios: COP\$3.638.500.000 + COP\$1.386.600.000 = COP\$5.025.100.000
- Descuentos + intereses moratorios: COP\$6.822.100.000 + COP\$2.553.600.000 = COP\$9.375.700.000

Frente a este grupo de pretensiones principales, el Tribunal considera que no proceden las declaraciones impetradas por la parte convocante por cuanto no

pudo probar que los impuestos, tasas y contribuciones materia de descuento sobre los pagos realizados por **TRANSCARIBE S.A.** a través de la Fiduciaria vocera del patrimonio autónomo asignado para la administración del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 para el diseño y construcción del portal El Gallo y El Patio – Taller del SITM Transcaribe, no resultaban aplicables al mismo.

Por el contrario, de las normas tributarias nacionales, departamentales y distritales, se desprende que sí eran procedentes los descuentos y retenciones de los impuestos, sobretasas y contribuciones que le fueron aplicados a los pagos realizados por **TRANSCARIBE S.A.** al concesionario.

Debemos agregar que la parte convocante tenía la carga no sólo de probar por qué no eran aplicables los descuentos tributarios mencionados, a los contratos de concesión iguales, similares o equivalentes al que se estudia en este panel arbitral, sino que, además, tenía la carga de argumentar con base en qué postulados jurídicos, singularmente del derecho tributario, no consideraba viables tales retenciones, todo lo cual se echa de menos, tanto en la demanda, como en los alegatos finales.

Por el contrario, la parte convocada aportó tanto jurisprudencias como doctrinas, así como posiciones adoptadas por funcionarios o asesores del orden departamental y distrital relativos a oficinas de Hacienda, que soportan las razones de derecho por las cuales sí procedían esos descuentos.

Por economía procesal, podemos citar el siguiente apartado de lo alegado por la apoderada de la parte convocada, que resume los razonamientos formulados en la audiencia de alegaciones finales:

“... Acorde con lo anterior, es claro que las deducciones que por motivo de impuestos y retenciones realizó mi mandante son completamente lícitas y procedentes, de conformidad con la forma de pago pactada mediante otrosí N° 5 y las normas tributarias vigentes al momento de la suscripción del mismo. Para su mayor comprensión es menester entender cuáles son los hechos generadores de los impuestos y retenciones cobrados, los cuales se encuentran consagrados en la ley, el Acuerdo N° 041 del 21 de diciembre de 2006, y la Ordenanza 018 de 2011, tal y como se explicó con la contestación de la reforma de la demanda, y se encuentra soportado además con los conceptos rendidos por el señor Rafael Morales Hernández

6787

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

en calidad de Secretario de Hacienda de la Gobernación de Bolívar⁶² y David D. Díaz Duran, en calidad de Asesor Código 105 Grado 55 de la Alcaldía Distrital de Cartagena⁶³, los cuales hacen parte del acervo probatorio...”.

De contera, el Ministerio Público fue claro en señalar que acogía los planteamientos de procedencia de retenciones ofrecidos por los funcionarios o asesores de las Haciendas departamental y distrital, con lo cual adhirió a las argumentaciones planteadas por la parte convocada.

Todo lo expuesto no hace viable que el Tribunal despache favorablemente las pretensiones principales del Segundo Grupo de Pretensiones de la parte convocante ni, por ende, las de condena de este grupo de principales.

Por lo anterior procede el Tribunal a estudiar las pretensiones subsidiarias presentadas por la Parte Convocante, en su orden así:

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LAS PRETENSIONES DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES

Estas pretensiones fueron planteados por **PORTA CALICANTO S.A.**, así:

Pretensiones declarativas

Primera. *Que se declare que Portal Calicanto S.A.S. confió legítimamente, con fundamento en acciones y declaraciones de Transcaribe S.A., en que los valores pactados serían netos y no se les realizaría descuento alguno al momento del pago.*

⁶² Oficio GOBOL-17-031356 de 15 de agosto de 2017. “(...) Finalmente podemos concluir: a) Que según el artículo 2 de la ordenanza 18 de 2011, el contrato de concesión celebrado entre Transcaribe S.A. y el contratista, si se encuentra gravado con el pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe. B) Que según lo señalado en el artículo 4 de la ordenanza 18 de 2011, el contratista es responsable del pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe y c) Que según lo establecido en el artículo primero del Decreto 128 de 2012, Transcaribe S.A. es responsable del recaudo de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe. Por tal razón consideramos que no resulta jurídicamente procedente la solicitud de devolución presentada por el contratista respecto de los dineros retenidos por concepto de recaudo de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe.”.

⁶³ Oficio AMC-OFI-0108808-2017 de 9 de octubre de 2017. “(...) Ahora bien, TRANSCARIBE S.A., fue creada como una sociedad por acciones constituidas entre entidades públicas, vinculada al Distrito de Cartagena y regida por las disposiciones legales de las empresas municipales y distritales. Lo anterior quiere decir, que en materia de impuestos territoriales, TRANSCARIBE S.A., se encuentra supeditada a los lineamientos normativos del Estatuto tributario Distrital (acuerdo N° 041 de 2006 y sus normas modificatorias).”

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Segunda. Que se declare que Transcribe S.A. vulneró dicha confianza y el deber de buena fe al realizar descuentos y retenciones sobre los valores pactados y no realizar el pago completo de acuerdo con el Otrosí No. 5 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004.

Tercera. Que se declare que Transcribe S.A., al vulnerar la confianza legítima de Portal Calicanto S.A.S. e incumplir el deber de buena fe, incumplió el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004.

Cuarta. Que se declare que, como consecuencia de dichos descuentos y retenciones, en violación de la buena fe y la confianza legítima, Portal Calicanto S.A.S. sufrió perjuicios equivalentes al monto de dichos descuentos y retenciones.

Quinta. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$1.299.400.000 por concepto de Estampilla Pro-Hospital Universitario.

Sexta. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$324.900.000 por concepto de Impuesto de Seguridad Democrática.

Séptima. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Estampilla Pro-Años Dorados.

Octava. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, descontó indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de Sobretasa Deportiva.

Novena. Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, retuvo indebidamente a

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 por concepto de retención en la fuente.

Décima. *Que se declare que Transcribe S.A., como Contratante dentro del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, retuvo indebidamente a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$1.039.600.000 por concepto de retención de ICA.*

Décima Primera. *Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere procedentes, más los intereses moratorios correspondientes a una y media veces el interés bancario corriente desde la fecha de vencimiento de las respectivas facturas hasta su fecha efectiva de pago, debidamente indexado.*

Primera pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión declarativa de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones. *Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere, ajustados con la tasa de descuento utilizada entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Segunda pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión declarativa de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones. *Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere, debidamente indexados entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Pretensiones de condena

Primera. *Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, más intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de vencimiento de la respectiva factura hasta la fecha efectiva de pago, debidamente indexados.*

6790

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos, más intereses moratorios a 31 de agosto de 2018 y debidamente indexados es el siguiente:

- *Retenciones + intereses moratorios: COP\$3.638.500.000 + COP\$1.386.600.000 = COP\$5.025.100.000*
- *Descuentos + intereses moratorios: COP\$6.822.100.000 + COP\$2.553.600.000= COP\$9.375.700.000*

Primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión de condena de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones: *Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, ajustadas con la tasa de descuento utilizada entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos debidamente actualizados conforme a la tasa de descuento a 31 de agosto de 2018 es el siguiente:

- *Retenciones actualizadas conforme tasa de descuento: COP\$4.152.900.000*
- *Descuentos actualizados conforme tasa de descuento: COP\$7.481.800.000*

Segunda pretensión subsidiaria a la primera pretensión de condena de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones: Primera. *Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, indexadas entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos debidamente indexados a 31 de agosto de 2018 es el siguiente:

- *Retenciones indexadas: COP\$3.781.200.000*
- *Descuentos indexados: COP\$7.087.300.000*

Entiende el Tribunal que la parte convocante sustentó estas primeras pretensiones subsidiarias a las pretensiones del Segundo Grupo de Pretensiones tanto en expresiones extraídas de la demanda arbitral corregida, como de los alegatos finales, documentos de los cuales se extraen los siguientes y pertinentes apartes:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

De los Hechos de la demanda corregida:

"... 131. Transcaribe, con sus acciones y afirmaciones, siempre dio a entender que los valores pactados no estaban sujetos a descuentos o retenciones, por tratarse de la misma participación en la tarifa, pues no se modificaba el objeto ni la naturaleza del Contrato.

(...)

"139. A pesar de lo pactado por las Partes y lo que fue su verdadera finalidad e intención y las razones y sustentos técnicos que dieron lugar a la modificación de la forma de pago y la determinación del valor a pagar, sin perjuicio de los hechos relacionados con los efectos del retardo en los pagos acordados y la mayor permanencia en obra, Transcaribe retuvo a Portal Calicanto un total de COP\$10.410.610.536, luego de haber generado en Portal Calicanto un total estado de confianza en cuanto a que jurídicamente no habría lugar a dichos descuentos..."

De los Alegatos de conclusión:

"... Si el H. Tribunal llegare a admitir la procedencia de las retenciones y descuentos, en todo caso, ha de llegarse a la conclusión de que el valor de remuneración pactado en el Otrosí No.5 del Contrato debía ingresar al patrimonio de mi representada íntegramente.

"Lo anterior en la medida en que Portal Calicanto confió legítimamente en que los valores pactados serían netos y que no se les realizaría descuento alguno al momento del pago.

(...)

"Reiteramos que la modificación a la forma de pago no podía implicar una desmejora de la situación económica de mi representada. Fue este y no otro el entendido que tenían las partes durante la discusión de la modificación de la forma de pago y de la filosofía detrás del Otrosí No.5. Precisamente en razón a la finalidad de la modificación pactada y atendiendo a que el documento CONPES 3823 fue claro en indicar que la expectativa económica de Portal Calicanto no se vería afectada, la entidad Convocada generó en mi representada la confianza legítima consistente en que el valor finalmente consignado en el Otrosí No.5 y luego en el Otrosí No. 8, se pagarían de forma íntegra y oportuna. Lo anterior, inclusive, para

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

evitar causarle a la Convocante mayores perjuicios a los que ya se habían generado durante la etapa de ejecución del Contrato.

"Las actuaciones de Transcaribe no solo comportan una vulneración de las legítimas expectativas creadas en Portal Calicanto, sino también una transgresión al principio de buena fe, cuya observancia debe regir toda relación contractual. En virtud de este principio, las partes deben comportarse lealmente en sus relaciones contractuales, respetar la confianza que suscitan en su contraparte y no provocarle falsas expectativas.

(...)

"La transgresión por parte de la Convocada del principio de la buena fe es manifiesta, pues esta no solo conocía plenamente la finalidad perseguida por mi representada, sino que le dio a entender que su expectativa de ingresos no se vería afectada con la modificación de la forma de pago del Contrato. Transcaribe defraudó las expectativas que tenía Portal Calicanto en la relación contractual, expectativas estas que ella misma promovió y mantuvo durante la ejecución del Contrato.

(...)

"Transcaribe, con sus acciones y afirmaciones, siempre dio a entender que los valores pactados no estaban sujetos a descuentos o retenciones, por tratarse de la misma participación en la tarifa, pues no se modificaba el objeto ni la naturaleza del Contrato. Por consiguiente, la Convocada, al realizar los descuentos y retenciones y no realizar el pago completo de conformidad con la real intención de las partes vertida en el Otrosí No.5, vulneró la confianza que Portal Calicanto había legítimamente depositado en ella, así como el deber de buena fe que impera durante todo el iter contractual. En otras palabras, mi representada confió de buena fe, porque así se lo hizo creer la Convocada, que el pago se haría íntegramente, esto es, que no variarían las condiciones de la remuneración, pues solo así podría ver satisfecha su expectativa de ingresos, ya deteriorada por las imposiciones efectuadas por Transcaribe.

(...)

"Si Transcaribe se hubiese comportado de conformidad con los cánones de la buena fe, en lugar de dar a entender a la Convocante que su expectativa de ingresos permanecería inalterada, ha debido informarle acerca de la procedencia de las retenciones y descuentos con el fin de realizar las adecuaciones necesarias para conservar la remuneración originalmente

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

pactada. Lo cierto es que, a pesar de la verdadera finalidad e intención de las partes con la suscripción del Otrosí No. 5 y, posteriormente, del Otrosí No.8 y las razones y sustentos técnicos que dieron lugar a la modificación de la forma de pago y la determinación del valor a pagar, Transcaribe retuvo a Portal Calicanto la suma de COP\$10.460.610.534, luego de haber generado en esta un total estado de confianza en cuanto a que jurídicamente no habría lugar a retenciones o descuentos por ningún concepto...”

Aun cuando la parte convocada no profundizó en los alegatos de conclusión en los aspectos relativos a la buena fe en las negociaciones, en punto del Segundo Grupo de Pretensiones, hay una referencia que puede observarse para el análisis de estas primeras pretensiones subsidiarias del Segundo Grupo de Pretensiones, que reza así:

“... Por último se reitera que de ninguna de las pruebas decretadas y debidamente practicadas es dable colegir que existió abuso de una supuesta posición dominante o de la confianza legítima, inducción al error por parte de Transcaribe, o vicio del consentimiento alguno en la suscripción de los otrosí modificatorios al contrato de concesión, o en las Actas de Reunión en las que se plasmaron los acuerdo transados mediante Arreglo Directo (Acta de Reunión de 23 de junio de 2015, y Acta de Reunión de 26 de agosto de 2016), motivo por el que se solicita que toda afirmación en ese sentido no sea tomada en cuenta por carecer de asidero jurídico y probatorio, aunado al hecho de que tampoco se desvirtuó por parte del convocante, la buena fe comercial que en todo momento permeó las actuaciones de Transcaribe...”

De otra parte, se señala que el representante del Ministerio Público, aunque fue profuso en el análisis del principio de buena fe en el concepto ofrecido al Tribunal en la audiencia de alegaciones finales, no se refirió expresamente a estas precisas primeras pretensiones subsidiarias que se analizan.

Frente a este grupo de pretensiones, y la argumentación propuesta por las partes convocante y convocada, considera el Tribunal que no son procedentes las Primeras Pretensiones Subsidiarias a las pretensiones del Segundo Grupo de Pretensiones por cuanto, aun cuando del material probatorio recaudado se puede concluir con certeza que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** confió legítimamente, con

6794

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

fundamento en actos y declaraciones de **TRANSCARIBE S.A.**, en que los valores pactados serían netos y no se les realizaría descuento alguno al momento del pago, también lo es que no encuentra el Tribunal probanzas que le permitan concluir que la referida confianza fue traicionada mediante actos que pudieran vulnerar el deber de buena fe por parte de la convocada.

En efecto, como se explicará en el análisis de las Segundas Pretensiones Subsidiarias a las Pretensiones del Segundo Grupo de Pretensiones, puede inferirse que **TRANSCARIBE S.A.** desconocía que eran procedentes retenciones a los pagos a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, por cuenta de los gravámenes que ya fueron materia de mención en este apartado del segundo grupo de pretensiones.

Tan cierto es lo expuesto, que **TRANSCARIBE S.A.** no ordenó descuentos ni retenciones en los dos primeros desembolsos efectuados por medio de las órdenes de pago del 16 de mayo de 2016 (No. 201605), y del 27 de septiembre de 2016 (No. 201609), ambas por diez mil millones de pesos. Y tampoco la fiduciaria vocera del patrimonio autónomo procedió en consecuencia. A ello se suma que, como quedó probado, debió **TRANSCARIBE S.A.** solicitar conceptos a las Haciendas de los entes territoriales (Departamento de Bolívar y Distrito de Cartagena de Indias), en una clara muestra de su inseguridad sobre la aplicabilidad de los descuentos impositivos a ésta específica concesionaria (**PORTAL CALICANTO S.A.S.**), pues también quedó patente que esos descuentos no fueron imputados a otros concesionarios dentro del marco de la operación del Sistema de Transporte Integrado Masivo de la ciudad.

En contrario, la mala fe se podría predicar de la convocada, si del material recabado en el proceso arbitral habría traslucido que **TRANSCARIBE S.A.**, a pesar de conocer la procedencia de los gravámenes ya mencionados, no lo reveló a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** y, al haberlos ocultado, a sabiendas, le hizo creer a ésta última que el pago acordado sería neto y sin descuentos no dialogados o concertados, para lograr la firma del Otrosí No. 8, y después sí aplicar los descuentos por tributos y contribuciones.

Semejante conducta, que de haberse dado, tendría que calificarse como de inadmisibles mala fe contractual, no fue probada por la parte convocante, ni puede inferirse de las pruebas allegadas por las partes, ni de las practicadas por disposición o ante este panel arbitral. De hecho, de ninguno de los testimonios

6795

recaudados por el panel arbitral pueden llevar a la conclusión de que tal fuera el actuar de la convocada.

Siendo ello así, el Tribunal se abstendrá de declarar que frente a los descuentos y retenciones sobre los valores pactados y tras no realizar el pago completo de acuerdo con el Otrosí No. 5 del Contrato de Concesión No. TC-LPN-004, tal como lo pide **PORTAL CALICANTO, TRANSCARIBE S.A.** vulneró la confianza legítima de la convocante ni que vulneró el deber de buena fe, y que, por ende, incumplió el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004. Por lo tanto, se denegarán este grupo de pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena, en los términos analizados.

SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LAS PRETENSIONES DEL SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES

Estas Segundas Pretensiones Subsidiarias a las Pretensiones del Segundo Grupo de Pretensiones, son las siguientes:

Pretensiones declarativas

Primera. Que se declare que las Partes pactaron en el Otrosí No. 5 del Contrato una forma de pago que debía corresponder al valor presente de la expectativa de ingresos del Concesionario de acuerdo con lo pactado en el Contrato, aplicando un descuento a valor presente de 30 de septiembre de 2016.

Segunda. Que se declare que los descuentos y retenciones en los pagos, efectuada por Transcaribe S.A., como Contratante en el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010 a la Concesionaria Portal Calicanto S.A.S. ocasionaron un desequilibrio económico del contrato, en detrimento de la Concesionaria.

Tercera. Que se declare que Transcaribe S.A., como Contratante, estaba en la obligación de restablecer dicho equilibrio prestacional, para realizar a favor de Portal Calicanto S.A.S. el pago completo e íntegro de la prestación dineraria proyectada, negociada y pactada.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Cuarta. Que se declare que Transcribe S.A., al negarse a restablecer el equilibrio económico del Contrato, incumplió el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010.

Quinta. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S. la suma de COP\$1.299.400.000 descontada por concepto de Estampilla Pro-Hospital Universitario.

Sexta. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S. la suma de COP\$324.900.000 descontada por concepto de Impuesto de Seguridad Democrática.

Séptima. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 descontada por concepto de Estampilla Pro-Años Dorados.

Octava. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S., la suma de COP\$2.598.900.000 descontada por concepto de Sobretasa Deportiva.

Novena. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S. la suma de COP\$2.598.900.000 retenida por concepto de retención en la fuente.

Décima. Que se declare que Transcribe S.A. debe pagar a Portal Calicanto S.A.S. la suma de COP\$1.039.600.000 retenida por concepto de retención de ICA.

Décima Primera. Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere, ajustados con la tasa de descuento utilizada entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.

Primera pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión declarativa de las segundas pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones. Que se declare que Transcribe S.A. está obligado a pagar a Portal Calicanto S.A.S. el valor de la totalidad de los descuentos y retenciones realizados, o los que el Tribunal considere,

6797

debidamente indexados entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.

Pretensiones de condena

Primera: *Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, ajustadas con la tasa de descuento utilizada entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos debidamente actualizados conforme a la tasa de descuento a 31 de agosto de 2018 es el siguiente:

- *Retenciones actualizadas conforme tasa de descuento:
COP\$4.152.900.000*
- *Descuentos actualizados conforme tasa de descuento:
COP\$7.481.800.000*

Primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión de condena de las segundas pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones: Primera. *Que se condene a Transcribe S.A. a pagar a Portal Calicanto S.A.S. la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, o las que el Tribunal considere, indexadas entre la fecha de vencimiento de la factura y la fecha efectiva de pago.*

Para efectos de referencia, el cálculo de los valores descontados y retenidos debidamente indexados a 31 de agosto de 2018 es el siguiente:

- *Retenciones indexadas: COP\$3.781.200.000*
- *Descuentos indexados: COP\$7.087.300.000*

En cuanto a estas segundas pretensiones subsidiarias a las pretensiones del segundo grupo de pretensiones, **PORTAL CALICANTO S.A.S.** resume su posición, así:

6798

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Sostiene que la modificación a la forma de pago tenía como propósito traer a valor presente la expectativa de ingresos de la Convocante, y que, por lo mismo, el hecho de que el extremo Convocado haya efectuado las deducciones y retenciones, ello significó un rompimiento de la ecuación financiera o económica del negocio jurídico celebrado.

En efecto, indicó que la modificación a la forma de pago obedeció a la expedición del CONPES 3823, todo lo cual, a juicio de la Convocante, constituyó la materialización de un alea normal e imprevisible al momento de la suscripción del Contrato. Señaló, en consecuencia, que el tratamiento que le dio **TRANSCARIBE S.A.** a los pagos afectó gravemente la ecuación contractual, habida consideración de que el cambio de la forma de pago habría de significar exclusivamente un cambio en la modalidad, pero no una variación sustancial en el monto a percibir.

Por lo anterior, adujo la Convocante que la expectativa de ingreso se vio altamente afectada, toda vez que recibió sustancialmente menos ingresos de los que tenía proyectado con el Contrato. Ciertamente, explicó que la causa y motivación para la suscripción del Otrosí No. 5 y el posterior Otrosí No. 8 era recibir íntegramente la remuneración del Contrato, y que la práctica de retenciones y descuentos por parte de **TRANSCARIBE S.A.** afectó la economía del contrato en su desmedro, circunstancia que calificó como *“ajena a su control y responsabilidad y que no hubiere podido preverse al momento de la celebración del Contrato”*, señalando además que ello constituye un riesgo extraordinario cuya carga no correspondía al **PORTAL CALICANTO S.A.S.**

Igualmente, precisó que la Convocante requirió a **TRANSCARIBE S.A.** para que efectuara los pagos completos, no obstante lo cual se negó aun cuando, dice la Convocante, no se le realizó a ninguna de las otras Concesiones del sistema.

Concluyó señalando, entonces, que **TRANSCARIBE S.A.** se encontraba en la obligación de tomar medidas necesarias para restablecer *“la pérdida de equilibrio que la expedición del documento CONPES 3823 supuso para el Contrato”*, reiterando que debió pagarse a la Convocante la prestación dineraria proyectada, negociada y pactada.

La parte Convocada, frente a las anteriores pretensiones relacionadas con el desequilibrio económico del contrato, indicó que en el Otrosí No. 5 se estableció la renuncia expresa por parte del Concesionario a presentar cualquier reclamación

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

que guardara relación con la fuente de pago, aunado a que no se elevaron pretensiones tendientes a cuestionar la validez de la aludida modificación al Contrato de Concesión, todo lo cual, a su juicio, torna en improcedentes las reclamaciones de la Convocante.

Recalcó el extremo Convocado, que en ello fue claro el Representante Legal de la Convocante cuando señaló, en la declaración de parte, que las pretensiones no apuntaban a buscar declaraciones del Tribunal respecto a lo acontecido con anterioridad al Otrosí No. 8, resaltando que el Tribunal, por lo mismo, deberá tener en cuenta aquello a la hora de fijar el litigio.

Sostuvo, adicionalmente, que en la matriz de riesgos -que hace parte integral del Contrato de Concesión- se pactó o asignó el riesgo tributario al Concesionario **PORTAL CALICANTO S.A.S.** y que aquella, a la fecha, no había sufrido modificación alguna, motivo por el cual no podría la Convocante *“desviar del riesgo previamente consagrado en la matriz de riesgos, documento que atendió a la bilateralidad de las partes, y que en virtud de ésta se entiende incorporado al contrato”*⁶⁴.

Por lo anterior, solicitó negar todas las pretensiones de la Convocante y declarar probadas las excepciones de *“cumplimiento de la ley”* y *“falta de legitimación en la causa por activa”*.

El Agente del Ministerio Público, en su concepto, tampoco efectuó pronunciamiento concreto respecto a las pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones, es decir, de desequilibrio económico con ocasión de las retenciones efectuadas por **TRANSCARIBE S.A.**

Pues bien, con el propósito de establecer la vocación de prosperidad de las segundas pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones, el Tribunal abordará preliminarmente los problemas jurídicos que se extraen de dichos pedimentos.

Para tal efecto, se estudiará, de manera concreta, el régimen del equilibrio económico o financiero de los contratos estatales, para luego abordar el estudio de la procedencia de su restablecimiento de acuerdo con el negocio jurídico

⁶⁴ Contestación de la demanda arbitral en su versión reformada, página 13.

6800

suscrito, la normatividad vigente y la jurisprudencia aplicable; todo lo anterior de la mano con las pruebas practicadas al interior del proceso.

1.- El equilibrio económico de los contratos estatales:

Como una manifestación del carácter conmutativo y recíproco de los contratos sinalagmáticos, la institución del equilibrio financiero o económico de los contratos celebrados por la administración pública se erige como un instrumento cuyo propósito es preservar, a lo largo de la ejecución del contrato estatal celebrado, la equivalencia de las prestaciones contraídas; es decir, tiende a que los intereses y expectativas de las partes de una relación comercial se mantengan en correspondencia. Lo anterior, de tal forma que, finalizada la ejecución prestacional por parte de los contratantes, *“cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato”*⁶⁵.

La doctrina explica que dicha institución refiere a *“la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes”*⁶⁶

El Consejo de Estado ha explicado el alcance de los aludidos intereses y expectativas de los sujetos negociales en un contrato como el que nos ocupa, explicando al respecto lo siguiente:

“Se sabe que en las relaciones contractuales con el Estado existe un interés económico claramente definido por ambas partes, y por eso en su celebración y ejecución la entidad pública busca satisfacer el interés general, y el contratista aspira a obtener una utilidad económica. Cada una de estas expectativas debe alcanzarse en los términos inicialmente pactados, al punto en que el incumplimiento de las obligaciones de cada parte, generaría responsabilidad y las respectivas indemnizaciones, y cuando se trate de desequilibrio en la ecuación contractual, el tema comprendería la respectiva

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14.043.

⁶⁶ MARIENHOFF, Miguel. *Contratos Administrativos. Teoría General*. En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A, 4ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 469, en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 2015, exp. 31837, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

*compensación. "Así las cosas, todo contrato estatal exige que los acuerdos alcanzados se respeten y materialicen durante la ejecución. Por esto, las condiciones económicas pactadas deben permanecer incólumes durante este momento."*⁶⁷

Así, de la mano con la conmutatividad y la justicia contractual, la equivalencia económica de las prestaciones irradia la actividad contractual pública y, en ese orden, el equilibrio económico de los contratos busca la intangibilidad de las prestaciones contractuales.

De esta forma, la modificación de las condiciones contractuales por distintas variables puede ocasionar la ruptura de dicha ecuación y, allí, se origina el deber de restablecerlo. Ciertamente, en el evento en que las prestaciones económicas resulten desventajosas y se alteren en desmedro de uno de los sujetos del contrato, surge el deber de restablecer o reparar la economía de ese contrato; ello, desde luego, sujeto a determinados y precisos presupuestos de procedencia que más adelante se abordarán.

Este principio encuentra consagración expresa en el Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, el cual estatuye en su artículo 27 lo siguiente:

"Artículo 27°.- De la Ecuación Contractual. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 31.210, C.P. Enrique Gil Botero.

6802

reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

Igualmente, ese mandato se encuentra vertido en otras normas del Estatuto General de Contratación. Ciertamente, como deber de las entidades estatales, dispone aquel, lo siguiente:

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

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

Además, la norma establece como derecho de los contratistas que:

“Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”.

Tal como se señaló al inicio de este apartado, el Contrato de Concesión objeto de controversia, dispone de una cláusula sobre equilibrio económico, que es del siguiente tenor:

6803

CLÁUSULA 63

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas se pacta en el presente contrato y, por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la contraprestación que TRANSCARIBE S.A. ha concedido al Concesionario y que éste solicitó en su oferta económica conforme a lo previsto en el presente contrato, bajo las condiciones y términos que le son aplicables de la regulación contractual.

Por lo anterior, EL CONCESIONARIO no podrá solicitar algún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente contrato o de la asignación de riesgos que le corresponda. No obstante, podrá formular reclamaciones de restablecimiento económico derivadas de los eventos que constituyan un alea o contingencia extraordinaria, que no tengan relación de causalidad con la actividad que se propone desarrollar, ni con variables relacionadas con tal actividad.

Para todos los efectos legales EL CONCESIONARIO declara con la suscripción de este contrato que al obedecer su propuesta a un análisis juicioso de las posibilidades y riesgos involucrados en la operación, el que existan riesgos, es decir, que exista la probabilidad de que los flujos de fondos arrojados por una determinada proyección no correspondan a los que se presenten en la realidad, es connatural al negocio, y por tanto no reclamable bajo el esquema del restablecimiento del equilibrio económico.

Como se ve, el equilibrio económico se consagró en el Estatuto General de Contratación Pública como un principio de la contratación administrativa, en cuya virtud, cuando se rompiere la equivalencia prestacional, *"las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas para su restablecimiento"*.

Pues bien, las causas que originan el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, en los términos de la jurisprudencia nacional y la doctrina extranjera, se sintetizan en (i) actos y hechos de la administración y (ii) factores extraños a las partes contratantes.

Así lo explica el Consejo de Estado:

"Dicho equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración -modificación, interpretación y terminación unilateral- y el incumplimiento de ésta.

También lo puede ser por actos de la administración como Estado y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como "el hecho del príncipe", según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse.

6804

Y en un tercer evento lo puede ser por factores exógenos a las partes del negocio.”⁶⁸

En otra providencia, al respecto esa Corporación explicó:

“Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes. El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que, de manera imprevista, surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión. (...)

Sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. (...) La norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el ius variandi) y no frente al hecho del príncipe”⁶⁹

De acuerdo con los pedimentos de la versión reformada de la demanda, con la naturaleza jurídica de las retenciones efectuadas y, sobre todo, de su

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, exp. 11194, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020, M.P. Enrique Gil Botero.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

proveniencia, el Tribunal abordará el estudio del desequilibrio económico del contrato desde la órbita de la teoría de la imprevisión.

En efecto, como quiera que las retenciones y deducciones efectuadas por **TRANSCARIBE S.A.** a la hora de efectuar los pagos pactados por las partes en el Otrosí No. 8, obedecieron a circunstancias exógenas a los contratantes, como lo son la existencia de impuestos del orden nacional, departamental y local, el Tribunal analizará, de acuerdo con los requisitos fijados jurisprudencial y doctrinariamente para la operancia de la imprevisión, si lo ocurrido en el presente caso tiene tal connotación, y si ello dio lugar al rompimiento de la ecuación contractual.

Lo anterior, por demás, con apoyo en pronunciamientos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que en sendos pronunciamientos ha abordado el estudio y análisis del desequilibrio financiero de los contratos estatales por la introducción de nuevos tributos a partir de dicha causal de rompimiento de la economía del contrato, esto es, la imprevisión.

Se precisa, en todo caso, que no es esa la circunstancia que se presenta en este litigio, pues esos diferendos, objeto de estudio del Consejo de Estado, refieren a controversias suscitadas con ocasión de tributos nuevos expedidos en la vigencia del contrato estatal, distinto al conflicto que nos ocupa, donde el problema jurídico a resolver no es *per se* la expedición de un gravamen sino, por el contrario, si las retenciones y descuentos padecidos por el **PORTAL CALICANTO S.A.S.** afectaron gravemente la economía del contrato estatal celebrado ante el cobro de tributos preexistentes.

Efectivamente, el Consejo de Estado ha señalado y recordado que cuando los tributos no son impuestos por la entidad pública contratante, ello es un típico caso de teoría de la imprevisión, como puede leerse a continuación:

- *“En materia contractual, ha entendido la Sección Tercera que la entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato, advirtiendo en todo caso que si el tributo es impuesto por la entidad estatal contratante se está*

6806

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien crea el tributo se está en teoría de la imprevisión".⁷⁰

- *"La Sección Tercera ha señalado en algunas oportunidades que la imposición de nuevos tributos, que afecten por vía de reflejo la economía del contrato, pueden, eventualmente, fracturar la ecuación contractual por el acaecimiento del denominado "hecho del príncipe" y en otras oportunidades, en cambio, ha señalado que tal supuesto se ajusta a la llamada teoría de la imprevisión".⁷¹*
- *"Ahora bien, en materia contractual, ha entendido la Sección Tercera que la entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato, advirtiendo en todo caso que si el tributo es impuesto por la entidad estatal contratante se está frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien crea el gravamen se está en la teoría de la imprevisión"⁷².*
- *"El presente caso por tratarse de un gravamen creado por una ley expedida por el Congreso de la República, que no fue expedida por la entidad pública contratante, el daño no es imputable a una de las partes de la relación contractual y por consiguiente, no puede decirse que se está frente a un hecho del príncipe. No cabe duda, sin embargo, que la medida en mención fue imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato 0411 de 1989, pero no lo fue al momento de suscribir los contratos adicionales, como quiera que para ese momento ya se había creado la contribución y así se consignó en los referidos contratos."⁷³*

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 20.344.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 2014, exp. 14.445

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2012, 21.990.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433.

6809

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

De esta manera, corresponde ahora estudiar los elementos propios de la teoría de la imprevisión, el alcance de dicha causal de rompimiento de la ecuación contractual, para luego aterrizarlo al presente caso.

2. La teoría de la imprevisión en los contratos estatales: alcance conceptual y requisitos de procedencia:

Esta causal de ruptura de la ecuación financiera del contrato, hace referencia al acaecimiento de circunstancias extraordinarias y ajenas, posteriores a la celebración del contrato, que ocasionan una ruptura a la equivalencia prestacional prevista en ese negocio jurídico.

A pesar de que su desarrollo ha sido propio de la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, el Estatuto General de Contratación Pública lo consagra en forma clara, cuando en el numeral primero del artículo 5º se lee que los contratistas “... *tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*”

Así las cosas, la teoría de la imprevisión, “*persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra*”⁷⁴.

En similar sentido, ha explicado la doctrina que:

“*La teoría de la imprevisión tiene cabida cuando situaciones extraordinarias, ajenas a la voluntad de las partes, que sean de naturaleza imprevisibles y que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato, alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución*”⁷⁵

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de Junio de 2012

⁷⁵ Matallana Camacho, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*, 3.ª ed., Bogotá: Universidad Externado, 2013, pp. 356-357.

6828

La justicia arbitral ha explicado la finalidad de ese instrumento, en los siguientes términos:

“La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.”⁷⁶

Por otra parte, su aplicación procede cuando se cumplan las siguientes condiciones⁷⁷:

- A) El hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales debe ser extraño a las partes;
- B) El hecho o acontecimiento que altere las condiciones contractuales debe ser posterior a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato;
- C) El hecho o acontecimiento que altere las condiciones contractuales debe consistir en un alea extraordinario;
- D) La alteración debe afectar la economía del contrato en forma grave.

Ahora, antes de ahondar en el estudio de los requisitos y condiciones para la procedencia de la teoría de la imprevisión de cara a los hechos probados en el proceso, para el Tribunal es menester efectuar una precisión metodológica, y es que, como lo reiteró el representante legal de la Convocante, Arturo Cepeda Faciolince, y como lo indicó la parte Convocada en el escrito de alegaciones, las reclamaciones sometidas a decisión del presente panel arbitral versan exclusivamente con lo causado u ocasionado después del Otrosí No. 8.

⁷⁶ Tribunal de Arbitraje de Acciona Construcción Colombia y OINCO vs. Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá. Laudo del 5 de octubre de 2017, Cámara de Comercio de Bogotá.

⁷⁷ Rodríguez Rodríguez, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. Editorial Temis, Bogotá, 2ª ed, 2012, págs. 116 y ss.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

En efecto, el representante legal de la Convocante sostuvo en su interrogatorio lo siguiente:

“ARTURO CEPEDA FACIOLINCE: Nuestro reclamo es posterior al otrosí 8. Yo vuelvo y recuerdo que es posterior al otrosí 8 y que no tiene nada que ver, el contexto es que porqué estoy haciendo referencia a esto, a dos palabras que yo quiero que le queden muy claras al Tribunal: la palabra concesión y la palabra de dificultad de la financiación por la forma como le tocó a TRANSCARIBE abarcar el tema de la financiación.

(...)

DR. TONCEL: Se le pregunta al Doctor Arturo Cepeda, si tiene algo más por adicionar, agregar, corregir, en relación con lo que ha dicho, o quiera agregar algo que no haya dicho?

ARTURO CEPEDA FACIOLINCE: Solamente agradecerles la paciencia que me han tenido en esta mañana de oír con calma lo que estoy diciendo, y simplemente sí quiero reiterar, y reitero, que nuestras reclamaciones son solamente posteriores al Otrosí 8, nosotros, todo lo que hablé antes fue para contextualizar a los presentes, al honorable Tribunal, no estamos reclamando nada de lo anterior, nos limitamos a los puntos relacionados con la demora en el pago posterior al Otrosí 8 cuando ya tenían los créditos aprobados (...) Segundo: reiteramos que la práctica de las retenciones fue totalmente contraria al espíritu de las negociaciones, siempre se negoció que era en valor presente los pagos que nos iban a hacer, y que no había ningún tipo de retención porque jamás se pensó.”

Por su parte, en el escrito de alegato de conclusión la Convocada señaló que las anteriores manifestaciones deberán ser tenidas en cuenta por este Tribunal a la hora de proferir el Laudo Arbitral, *“toda vez que influye en la fijación del litigio en la presente controversia”*.

El Tribunal debe reiterar que no hay duda que las circunstancias que contraen a la presente controversia versan exclusivamente con lo acaecido con posterioridad al aludido Otrosí No. 8; ciertamente, el Tribunal no analizará el desequilibrio

6872

económico del contrato a la luz de la expedición del CONPES 3823 de 2014, así como tampoco valorará, de cara a las pretensiones de la reforma de la demanda, las particularidades que envolvieron el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Otrosí No. 5 del 20 de agosto de 2015.

Para este panel de árbitros hay plena certeza de que la expedición del CONPES 3823 de 2014 se constituyó como un típico hecho irresistible e imprevisible para las partes, y de hecho así se incluyó en las consideraciones del Otrosí No. 5 que a continuación se ilustra, pero también la hay con relación a que dichas circunstancias no son objeto de controversia en el presente arbitraje. Las consideraciones del aludido Otrosí No. 5, señalaron:

En esta medida, se está bajo un hecho nuevo imprevisible y extraordinario al momento de la estructuración del contrato de concesión (2010), como fundamento para redireccionar los recursos de la tarifa con el fin de destinar la porción que se libera, como consecuencia de la política pública, a generar una mejor condición a la financiación de las actividades propias de la operación.

✓ *No se puede considerar que la modificación obedece a falta de planeación dado que dicho Documento CONPES constituye un hecho nuevo imprevisible y extraordinario.*

No obstante lo anterior, también debe resaltarse que el Otrosí No. 8 versaba y contenía prestaciones contractuales relacionadas directamente con el Otrosí No. 5, y las circunstancias que llevaron a su suscripción son inseparables, dentro de las cuales estaba, *verbi gratia*, el pago de la remuneración del Concesionario, que, se recuerda, habría de efectuarse al tenor de lo pactado en el Otrosí No. 8, objeto de discusión en el presente proceso arbitral.

Para este Tribunal es claro que el fundamento del desequilibrio económico no refiere a la expedición del CONPES 3823 de 2014, y menos a lo estipulado en el Otrosí No. 5, sino a lo acontecido una vez se efectuaron los pagos pactados en el Otrosí No. 8 y las consecuencias de ello, más concretamente de las deducciones y retenciones que se hicieron a los pagos efectuados a la parte Convocante luego de sustituir la fuente de pago.

Efectuada la aclaración anterior, se estudiará la vocación de prosperidad de las pretensiones de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato.

Está probado que la expedición del CONPES 3823 tuvo una importante incidencia en el Contrato de Concesión No. TC-LPN-004 de 2010, habida cuenta que en dicho documento se estableció la necesidad de modificar la forma de pago del Contrato para liberar la fracción de la tarifa que sería adjudicada a la parte Convocante y destinarla a los operadores del sistema de transporte masivo.

Señaló dicho documento lo siguiente:

Para optimizar la operación del SITM Transcaribe, se requiere redireccionar los recursos de la tarifa que se prevé desembolsar al concesionario a cargo de la construcción de la infraestructura, destinándolos al financiamiento de actividades propias de operación, lo que redundará en mayores recursos invertidos en alcanzar y mantener adecuados niveles de servicio del sistema. Por estas razones, en el presente documento CONPES se plantea un ajuste en la forma y/o fuente de pago al Concesionario Sociedad Portal Calicanto S.A.S., con nuevos aportes que se adicionarán con el presente documento y acciones complementarias de la administración Distrital de Cartagena requeridas para atender este objetivo.

Así pues, los recursos en ese momento destinados a atender el pago de la construcción e implementación de la infraestructura que demandaba el sistema, pasarían a cubrir la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, todo lo cual, según dicho documento, permitiría mejorar el flujo de caja de la operación, sin que ello supusiera una afectación a las expectativas del Concesionario.

Bajo estas premisas, las partes iniciaron un periodo de negociación tendiente a darle aplicación a lo establecido en el CONPES 3832 en lo que atañe a la forma de pago, de suerte que la remuneración no dependería -como inicialmente se pactó- en el cobro de la tarifa de operación, sino en una suma determinada.

Para ello, al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** debía respetársele la expectativa de ingreso respecto a la tarifa, es decir, que el cambio en la forma de pago no frustrara tal expectativa y, por el contrario, la suma determinada debía ser concordante con el valor proyectado, trayendo esa proyección a valor presente.

El testigo José López Amaris ofreció una explicación detallada de lo anterior, en los siguientes términos:

6812

“JOSÉ LÓPEZ AMARIS: Iniciamos un proceso de negociación con el PORTAL CALICANTO, en respuesta a lo establecido en el CONPES 3832, paralelamente hicimos una gestión ante el gobierno nacional para poder conseguir esos recursos (...) Por aprobación de la junta directiva, se hizo un contrato de prestación de servicios, contrato 043 entre Transcaribe y la banca de inversión SPS, y ese contrato tenía la finalidad, entre otros aspectos, de hacer una valoración a la expectativa de ingresos del concesionario portal calicanto frente al cambio de la forma de pago. Como usted lo decía, antes era una participación en la tarifa, antes era una concesión a tantos años, la idea era cambiar la forma de pago a esos recursos de la nación y el distrito (...)

Una vez aprobados todos, y después de suscribir el contrato con banca de inversión, se hicieron acercamientos con los concesionarios, si mal no recuerdo quien representaba al Consorcio Portal Calicanto era la firma NEXUS, y la metodología que se planteó en su momento para poder hacer un cambio de la forma de pago, es que NEXUS, a través de su modelo financiero y sus revisiones que tenía que hacer frente a presentarnos una propuesta, para traer a valor presente neto todas esas expectativas de ingreso que tenía producto de un contrato ya firmado, como usted lo dijo Dr. Toncel, a 18 años, ello tenían que hacer una valoración a valor presente neto, ellos presentaban los números de ellos, hicieron presentación de varias variables para ser evaluadas por Transcaribe y poder llegar a una cifra (...)”.

Así las cosas, finalizado el período de negociaciones, se estableció una suma de **\$121.425.000.000** que debía ser pagada a la parte Convocante, suma aprobada en la Junta Directiva de **TRANSCARIBE S.A.** y posteriormente suscrita a través del Otrosí No. 5 del 20 de agosto de 2015.

Está igualmente probado que **TRANSCARIBE S.A.** no pudo pagarle al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en los tiempos previstos en el Otrosí No. 5, razón por la cual, luego de una solicitud de arreglo directo iniciada por la parte Convocante, se suscribió el Otrosí No. 8, como se lee:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

6813

5. Que a la fecha del presente Otrosí TRANSCARIBE no ha obtenido el desembolso del crédito que se encuentra tramitando para efectos de realizar el pago a favor del CONCESIONARIO, razón por la cual no ha realizado la totalidad del pago descrito en el numeral (i) de la Cláusula 38 del Contrato de Concesión, tal como ésta fue modificada a través del Otrosí No. 5, en los términos descritos en el numeral 3 anterior de estas Consideraciones.

6. Que el Concesionario presenta solicitud de ARREGLO DIRECTO, mediante escrito de fecha 11 de julio de 2016; trámite previsto en la Cláusula 78 del contrato de concesión. El desarrollo de dicho trámite consta en ACTA DE REUNION de fecha 26 de agosto de 2016, la cual para todos los efectos legales hace parte del presente OTRO SI, del cual se extrae lo acordado por las parte, así:

P

MK

Así las cosas, a través del Otrosí No. 8, se pactaron que los valores previstos en el Otrosí No. 5 serían pagados en los momentos dispuestos en ese contrato.

Los dos primeros pagos efectuados por **TRANSCARIBE S.A.** al **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, se hicieron así:

El primer pago, ordenado por el Gerente de **TRANSCARIBE S.A.** mediante comunicación del 13 de mayo de 2016, se concretó por medio de Orden de Pago No. 201605 de **TRANSCARIBE S.A.**, del 16 de mayo de 2016, fecha en la que se produjo el pago según certificación expedida por la Fiduciaria BBVA S.A. de fecha 30 de octubre de 2018:

LIQUIDACION PAGO		
	Valores	%
Valor Bruto	10,000,000,000.00	
Base Gravable	10,000,000,000.00	
Iva	0.00	
Deducciones		
Total Deducciones		
Anticipos / Amortizaciones		0.00
Valor Neto Cuentas Por Pagar	10,000,000,000.00	

\$ 9.975.000

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

6814

Para el segundo pago de \$10.000.000.000, efectuado el 27 de septiembre de 2016, la Orden de Pago 201609 estableció:

LIQUIDACION PAGO		
	Valores	%
Valor Bruto	10,000,000,000.00	
Base Gravable	10,000,000,000.00	
Iva	0.00	
Deducciones		
Total Deducciones		
Anticipos / Amortizaciones	0.00	
Valor Neto Cuentas Por Pagar	10,000,000,000.00	

\$ 9.975.000.000
 J. J. J.

Respecto a las retenciones, en ambas Órdenes de Pago dichos espacios se dejaron en blanco:

RETENCIONES		
RETEFETE SERVICIO DE CONSULTORIA	2%	
RETEICA	1%	
S.T.D	2%	
SEGURIDAD DEMOCRÁTICA	2,5%	25.000.000 ✓
RETEIVA	15%	
E.U.C	1%	
E.A.D	2%	
TOTAL RETENCIONES		25.000.000
	NETO A CANCELAR	9.975.000.000 ✓

Pues bien, frente a los dos anteriores pagos, se tiene que el primero se hizo con anterioridad a la suscripción del Otrosí No. 8, y allí no se efectuaron las retenciones que nos ocupan; igual consideración frente al segundo pago por igual valor, realizado con posterioridad al Otrosí No. 8 del 26 de agosto de 2016, donde tampoco se hicieron. Debe señalarse que la única retención realizada, y que fue aceptada expresamente por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** en comunicación que ya fue comentada al inicio del análisis del Segundo Grupo de Pretensiones, fue el relativo al denominado de "Seguridad Democrática".

A pesar de lo anterior, para el tercer pago de la remuneración por sustitución de la fuente de pago, que se realizó el 6 de febrero de 2017, por \$67.211.200.000,00 **TRANSCARIBE S.A.** en la orden de pago incluyó diversas retenciones, así:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

6815

VALOR FACTURA		20,788,800,000
RETENCIONES		
RETEFETE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN	2%	415,776,000
RETEICA	0.80%	166,310,400
S.T.D	2%	415,776,000
E.A.D.	2%	415,776,000
RETEIVA	15%	-
SEGURIDAD DEMOCRATICA	0.25%	51,972,000
E.P.H.U.C	1%	-
TOTAL RETENCIONES		1,465,610,400
NETO A CANCELAR		19,323,189,600

VALOR FACTURA		67,211,200,000
RETENCIONES		
RETEFETE SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN	2%	1,744,224,000
RETEICA	0.80%	697,689,600
S.T.D	2%	1,744,224,000
E.A.D.	2%	1,744,224,000
RETEIVA	15%	-
SEGURIDAD DEMOCRATICA	0.25%	168,028,000
E.P.H.U.C	1%	872,112,000
TOTAL RETENCIONES		6,970,501,600
NETO A CANCELAR		60,240,698,400

Luego de ello, para el cuarto pago, solo se aplicó la estampilla E.P.H.U.C:

DESCRIMINACION DE FACTURA			
CTA. No.	BASE DE RETENCION	IVA	TOTAL FACTURA
TC-008-17	5.000.000.000	-	5.000.000.000
RETENCIONES PRACTICADAS			
		12.500.000	
		-	
		-	
		-	
		-	
		-	
		50.000.000	
TOTAL RETENCIONES		62.500.000	
TOTAL FACTURAS			5.000.000.000
MENOS RETENCIONES			62.500.000
NETO A PAGAR			4.937.500.000

Y, finalmente, luego de ello para los tres pagos que componían los \$8.950.000.000, se aplicaron la totalidad de las retenciones que se hicieron para el segundo y tercer pagos.

6876

De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal, luego de dos pagos (propios del Otrosí No. 8) efectuados por **TRANSCARIBE S.A.** con una retención de 0.25%, el hecho de que se hubiere aumentado la retención hasta un 8.05%, deviene en una circunstancia imprevisible que no pudo advertir la aquí Convocante al momento de suscribir el Otrosí No. 8. Como también es claro que no lo advirtió tampoco la Convocada ni aún la entidad fiduciaria llamada a hacer tales pagos.

En efecto, es menester insistir en que los dos primeros pagos se efectuaron, el primero, con anterioridad a la suscripción del Otrosí No. 8, y el segundo, con posterioridad a dicha modificación, y en ninguno de los anteriores se hicieron retenciones.

En consecuencia, para el Tribunal, la imprevisibilidad o, lo que es lo mismo, la "sorpresividad" de las retenciones no sólo ha de predicarse frente al momento de suscribir dicho negocio jurídico, donde ya se había adelantado un pago sin que se hiciera alguna retención, pues las retenciones no sólo no fueron mencionadas o no fueron materia de discusión o acuerdo entre las partes, sino que además no fueron advertidas por **TRANSCARIBE S.A.** en su condición de agente retenedor, "sorpresividad" que se profundizó luego de suscrito el Otrosí No. 8, donde el pago número dos (2) tampoco conllevó retención alguna.

Ciertamente, a juicio del Tribunal, la circunstancia de que los dos primeros pagos efectuados a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** fueran hechos sólo con la retención de la Seguridad Democrática, del 0.25%, aceptada por ésta, y luego de ello se aplicara un catálogo de retenciones, es un hecho imprevisible para el contratista, quien se sometió a dicho acuerdo comercial bajo la premisa y, sobre todo, atendiendo a la conducta de la Convocada respecto al primer pago, donde no hizo ninguna retención distinta a la ya reseñada, aunado a que a la suscripción del Otrosí No. 5 (que estableció los pagos que finalmente se acordaron en el Otrosí No. 8, indexado, objeto de debate) **TRANSCARIBE S.A.** no atendió a las cargas mínimas de información que como sujeto contratante y agente retenedor le asistían.

Lo anterior debe leerse de la mano con la intención de los contratantes de traer a valor presente neto (VPN) la remuneración del contratista, quienes entendieron dicho valor como una cifra única. Ello, además, a juicio del Tribunal, hace que las elevadas retenciones se escapen de la esfera de previsibilidad del contratista **PORTAL CALICANTO S.A.S.**

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

En efecto, para este panel de árbitros, la cifra negociada, proyectada y traída a valor presente neto (VPN) debía permanecer incólume para la parte Convocante, toda vez que así lo dispuso el CONPES 3832 cuando con meridiana claridad señaló que la liberación de los recursos no podía significar una afectación “a la expectativa de ingresos del concesionario”, aunado a que ese documento condicionó los aportes de la Nación a que se estableciera la estrategia de negociación para el ajuste en la forma de pago del **PORTAL CALICANTO S.A.S.**

El testigo José López Amaris, Gerente de **TRANSCARIBE S.A.** para la época de los hechos, precisó cómo se llegaba al valor presente neto aludido, indicando al respecto que se llegaba a un número después de impuestos:

“APODERADO CONVOCANTE: ¿Qué fue lo que se trasladó al Despacho del Alcalde?

JOSÉ LÓPEZ: El valor presente neto de la negociación. Es que, al ser una concesión, donde se estimaba unos ingresos o se tenían ingresos esperados por 18 años del Portal Calicanto, ellos tenían el ejercicio de traer todo esa estimación de ingresos que ellos pensaban iban a tener por la participación de la tarifa, y traer al presente, lo que se llama VPN, valor presente neto, cuando hacen esa valoración del VPN ellos intuyen, entendemos nosotros, y en todos los modelos financieros se entiende así, ellos deben incluir todos los aspectos correspondientes a sus utilidades, netas y operativas, después de impuestos, y basado en esos números y cifras, y variables acordadas por la entidad, se llega a un número. Cuando se llega a ese número hay un margen de negociación (...) al final se llega a un acuerdo, las partes suscriben una modificación que le es bien tanto para el portal como para el ente gestor.”

Sumado a lo anterior, las pruebas practicadas en el proceso apuntan a que la remuneración del contratista sería la pactada desde el Otrosí No. 5 y fijada en el Otrosí No. 8, de tal forma que las retenciones efectuadas por la Entidad Pública Convocada fueron sorpresivas, no sólo para quien aquí demanda sino, como quedó expuesto, para **TRANSCARIBE S.A.**

Así lo explicó el representante legal del **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, quien al respecto narró:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

“ARTURO CEPEDA FACIOLINCE: En febrero del 17 nos hacen en pago de 87 mil millones, a mí me anunciaron Doctor Cepeda ya vamos a girar, ya vamos a girar, pero resulta que el día que nos giran 87 mil millones nos descuentan aproximadamente 8 mil ochocientos millones, y yo llamo (...) ¿pero perdón, si nosotros somos una concesión? Yo no lo acepto. No lo recibí así. Desde el primer día le pasé un mail al gerente de transcaribe, que nosotros solamente dábamos por recibido el neto de la plata entregada (...)

*En cada uno de esos pagos nos retuvieron, dedujeron, 25 millones de pesos. En cada pago de 10 mil millones, 25 millones de pesos. Yo no recuerdo cual fue el concepto pero nos retuvieron 25 millones de pesos en esos dos pagos. Esos dos pagos se produjeron cuando nosotros estábamos totalmente asfixiados y requiriendo fondos porque la obra estaba demandando el máximo de recursos, entonces fue un pago, realmente, con las deducciones de 25 millones no hicimos ningún reclamo. **Nuestra sorpresa total fue cuando, terminada la obra, Doctor Arrubla es que yo regreso ahí, ya estaba terminada la obra, estábamos ya en proceso de reversión, TRANSCARIBE nos gira los 87 mil millones descotándonos en esa oportunidad aproximadamente 8.700 millones si mal no recuerdo, en esa oportunidad.**” (Se resalta).*

De las pruebas practicadas en el proceso también se desprende que lo anterior, a su turno, fue sorpresivo para la Convocada, quien una vez recibió las comunicaciones y correos electrónicos por parte de la Convocante, procedió a solicitar conceptos a entidades del orden municipal y departamental para que brindaran su opinión frente a la procedencia de dichas retenciones.

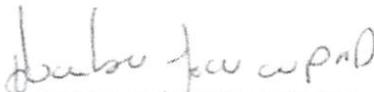
En efecto, mediante comunicación del 8 de marzo de 2017 suscrita por el Gerente de **TRANSCARIBE S.A.**, se indicó lo siguiente:

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

A fin de atender su solicitud de autorizar a la fiduciaria FIDUBBVA de revertir las deducciones realizadas sobre los descuentos aplicados al pago por valor de Ochenta y Ocho mil millones de pesos (\$88.000.000.000,00), realizado el pasado 6 de febrero de 2017, y entregar al concesionario la totalidad del desembolso, le solicitamos a la firma asesora jurídica externa DE VIVEROS Y ASOCIADOS concepto jurídico sobre el particular, el cual anexamos para su conocimiento, manifestando que lo acogemos en su integralidad, respecto a que no existe la posibilidad de suspender los descuentos realizados a los pagos del Concesionario de las sumas pactadas en los Otrosíes 7 y 8, en tanto es una función que la ley nos encomienda y que su incumplimiento puede constituir responsabilidad penal y fiscal.

Aprovechamos para informarle que en el día de hoy le hemos solicitado a la Secretaría de Hacienda Distrital y a la Secretaría de Hacienda Departamental como sujetos activos del tributo, concepto respecto a la aplicabilidad de los gravámenes en mención. Una vez se reciban sus respuestas se las pondremos en conocimiento.

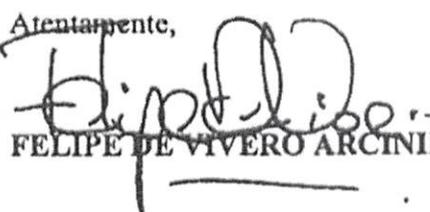
Atentamente,


 HUMBERTO J. RIPOLL DURANGO
 Gerente General

Ahora bien, si se lee la respuesta dada por el asesor externo de **TRANSCARIBE S.A.**, si bien aquél concluye que las retenciones obedecieron al cumplimiento de obligaciones de orden legal, más adelante señala:

Diferente será la controversia que quiera generar el Concesionario frente a la entidad por el efecto económico que en el contrato de concesión le generó que se causaran los descuentos por estampillas o por cualquier concepto. Al respecto, se debe distinguir (i) entre el hecho generador, que implica la causación inmediata del tributo, y la obligación de asumirlo, (ii) en contraste con la estructuración de la sustitución de la fuente de pago de la infraestructura relacionada con el Patio Portal.

En los anteriores términos presento el concepto solicitado, quedando atento a aclarar cualquier duda que surja sobre este particular.

Atentamente,

 FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS

Todo lo anterior debe leerse de la mano con el alcance que le ha dado la jurisprudencia a la imprevisión:

“El carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del

6820

mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre. (...)

“Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia.”⁷⁸

En consecuencia, la conducta negocial de **TRANSCARIBE S.A.**, de haber efectuado dos pagos sin que se hicieran retenciones, impidió a la parte Convocante conocer, prevenir e imaginar al momento de suscribir el Otrosí No. 8, que posteriormente se aplicarían unas retenciones con pagos provenientes del mismo negocio jurídico.

Ha de recalcar que, como lo ha dicho la jurisprudencia arbitral de la imprevisibilidad en los contratos, *“debe entenderse la circunstancia cuya ocurrencia no es posible considerar o contemplar al momento de la celebración del contrato correspondiente, añadiéndose una condición especial consistente en el carácter sorpresivo, súbito o de rara ocurrencia del hecho acaecido”*, lo cual a juicio del Tribunal ocurrió en el presente caso, se reitera, no sólo a la celebración del Otrosí No 8., donde ya se había efectuado un pago, sino también luego de suscribir dicha modificación cuando en el segundo pago tampoco se hizo alguna retención tributaria, razones por las cuales se acredita la imprevisibilidad de las retenciones efectuadas por **TRANSCARIBE S.A.** a los pagos propios del Otrosí No. 8.

Ahora bien, en cuanto al requisito según el cual dicha circunstancia consista en un alea extraordinario, lo cual fue el fundamento de la defensa de la Convocada, quien señaló que estamos en presencia de una típica asunción de riesgos contractuales y, concretamente, frente a la materialización del riesgo tributario, se hacen necesarias algunas precisiones conceptuales a las ya expuestas.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

3.- Los riesgos en los contratos de concesión:

Aun cuando otro acápite del presente pronunciamiento ya se hizo un análisis sobre los riesgos propios del contrato de concesión específico que nos ocupa, en el que señalamos que, en aplicación a principios procesales como el de congruencia de las sentencias, se aprovecharon apartes del varias veces mencionado proceso de arbitraje tramitado ante este mismo centro de Arbitraje y Conciliación, entre las mismas partes, cuyo laudo arbitral fue proferido el 2 de mayo de 2016, al mismo nos volvemos a remitir ahora por razones analógicas pues los árbitros de aquel proceso analizaron el concepto de riesgo contractual, igual a como debe hacerse en el sub – lite, el cual ya fue valorado en el presente laudo.

Por economía procesal, no se transcribe lo que ya se ha hecho anteriormente, pero tiene sentido traer a colación lo que se dispuso a manera de conclusión en el Laudo Arbitral antecedente entre las mismas partes en lo relativo al reparto de riesgos en el contrato No. TC-LPN-004 DE 2010:

“Como conclusión general del punto, el Tribunal considera que, de acuerdo con el análisis de lo pactado, el proceso de construcción de las obras se encuentra en cabeza de Calicanto SAS, sociedad a quien le correspondía, con cargo a la suma acordada, asumir todos los aleas normales de ejecución del Contrato, pero los áreas anormales o extraordinarios que se presentaran en la ejecución del mismo, así como las decisiones de autoridad de Transcribe S.A. o de entidades del orden nacional o territorial, se encuentran efectivamente sujetos al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato...”.

Huelga agregar, en todo caso, que los riesgos contractuales son contingencias o sucesos inciertos que pueden ocurrir en la ejecución de un contrato estatal. Su acaecimiento puede afectar lo proyectado por el colaborador de la administración e, incluso, pueden romper la ecuación financiera del contrato, incluyendo desde luego a la concesión, cuya naturaleza es conmutativa y onerosa.

Las partes, en consecuencia, con el fin de precaverse de alteraciones a esa economía del contrato, han de gestionarlos y distribuirlos en sede precontractual para un cabal control y manejo de los mismos, todo lo cual implicará una correcta ejecución y desarrollo del objeto contractual.

6812

El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, dispuso en cabeza de toda entidad estatal, junto con los colabores de la administración, a gestionar los riesgos contractuales previsibles, así:

“Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

Mediante documento CONPES 3714 de 2011, se resaltó importancia de los riesgos previsibles y se trató lo atinente a la tipificación, estimación y asignación de los mismos, así:

“La asignación es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo.

“De acuerdo con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto en la reglamentación, corresponderá a la entidad estatal en el proyecto de pliego de condiciones, proponer las asignación de los riesgos, esto es, señalar cuál de los sujetos contractuales tendrá que soportar total o parcialmente el riesgo en caso de presentarse para luego discutir su distribución definitiva con los interesados en la audiencia de riesgo, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los proponentes de manifestar sus opiniones ante la Entidad desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Esta asignación, al incluir los riesgos previsibles dentro de la ecuación contractual, permite dar un tratamiento específico a los mismos, suprimiendo la posibilidad de alegar posibles alteraciones al equilibrio económico.

Para el ejercicio de asignación de los riesgos previsibles y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 423 de 2001 para la política del riesgo, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1. El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al Contratista (por ejemplo, en un contrato de obra común, existirán mayores limitaciones para la transferencia efectiva del riesgo que en el contrato llave en mano que, por la naturaleza de las prestaciones, admite un mayor grado de riesgo para el contratista).*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

2. *La transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación.*

3. *Se sugiere la realización del ejercicio de asignación de los riesgos previsibles atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador del proyecto.*

4. *El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación."*

Así pues, según dicho documento, al contratista sólo pueden trasladársele o asignársele los riesgos previsibles, teniendo cuenta la capacidad de mitigación, control y administración del mismo, de donde se sigue que un riesgo imprevisible no puede ser asignado al contratista, así como tampoco puede existir un traslado ilimitado y absoluto de aquellos.

La Justicia Arbitral se ha pronunciado ampliamente sobre el alcance de los riesgos en el contrato de concesión, de la siguiente forma:

- *"Según lo expuesto, es preciso tener claro que los riesgos constituyen un elemento de la esencia de la concesión y corresponden a aquéllos inherentes a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario, al funcionamiento mismo de su organización, sin importar en estos eventos que sus consecuencias sean o no favorables para el contratista. No obstante, es importante advertir que esa asignación se restringe a los riesgos corrientes, normales u ordinarios, los "razonables", "proporcionados o equilibrados", vale decir, los que entran dentro del alea normal, siendo contrario a su estructura genética y funcional, a su utilidad, buena fe, equidad y a las directrices, reglas y principios de la contratación, extenderlos a todos en forma abstracta, general e ilimitada, pues sería inadmisibile "...que en una relación contractual de derecho público [o en cualquier relación], el contratista deba asumir afectaciones imprevisibles o extraordinarias, de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato".*

*Estos postulados permiten entender el abandono de la concepción del “riesgo y ventura” como sistema de asignación de riesgos respecto al contrato de concesión, y en general, frente a la contratación de la Administración Pública, pues bajo los postulados de este esquema, que se fundamentaba en una interpretación extrema de los principios *lex contractus* y *pacta sunt servanda*, el contratista tenía que soportar la mayor onerosidad que llegare a presentarse durante la ejecución, sin poder exculparse en ello para liberarse de sus obligaciones y sin tener derecho a que se incrementara el precio inicialmente pactado que le permitiera cubrir tales desequilibrios, en fin -en su totalidad-, “...los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista”⁷⁹*

- *En línea con lo anterior, el Tribunal destaca en este punto que la valoración de los riesgos del contrato estatal y la definición tendiente a establecer el alcance de los mismos debe realizarse comprendiendo que las contingencias asignadas al particular contratista son asumidas bajo condiciones de normalidad o razonabilidad. Ha dejado claro la jurisprudencia que los riesgos que corresponden al contratista del Estado son aquéllos considerados como internos o empresariales, al tratarse de contingencias normales y previsibles que pueden ser tratadas o manejadas con el fin de mitigar sus efectos, al ser inherentes a la organización empresarial del colaborador del Estado y que, por tanto, se encuentran en su órbita de manejo o administración. De esta forma, en la asignación de las contingencias del contrato estatal debe tenerse presente que dicha distribución concierne a los riesgos corrientes, normales u ordinarios, esto es, a los que corresponden al alea normal del respectivo negocio jurídico, sin que puedan asignarse los riesgos de forma abstracta, general e ilimitada. El particular contratista no podrá, entonces, asumir riesgos que sean imprevisibles o extraordinarios y que tengan la suficiente entidad de alterar la ecuación económica de la relación contractual”⁸⁰*

Pues bien, de lo anterior se desprende que los riesgos contractuales son los razonables para las partes, aquellos cuya contingencia sea normal para los contratantes y tengan el carácter de previsibles, encontrándose entonces en el

⁷⁹ Laudo arbitral: Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil y Codad, 2006.

⁸⁰ Laudo Arbitral: Coviandes contra Agencia Nacional de Infraestructura, 2016.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

alea normal del contrato celebrado. Por lo mismo, como ya se dijo, no pueden los sujetos contractuales asignar ilimitadamente los riesgos, y menos hacer lo mismo frente a los anormales, imprevisibles y extraordinarios, habida cuenta que ello tornaría al negocio jurídico en aleatorio.

De lo anterior se sigue que el riesgo externo y anormal -que no previsible- es aquél ajeno a la esfera del Concesionario, y a partir del cual éste encuentra habilitación legal y contractual de solicitar que, ante el acaecimiento de alguno, se restablezca la economía del contrato.

Para el Tribunal, las retenciones efectuadas se escapan del alea que habría de soportar el **PORTAL CALICANTO S.A.S.** luego de la suscripción del Otrosí No. 5, modificatorio de la forma de pago, al igual que el Otrosí No. 8 que estableció los momentos en los que se efectuarían los pagos. En efecto, las retenciones practicadas al concesionario desbordaron lo razonado por los contratantes, quienes, como se probó en el proceso, entendieron que al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** habría de pagarle, como remuneración, una suma única traída a valor presente neto, de suerte que las retenciones se escapan de lo acordado y desnaturalizan el carácter "neto" de dicho valor a pagar.

Como bien lo enseña la más alta doctrina en la materia, *"si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente"*⁸¹.

Para el Tribunal, por la conducta de la convocada y las demás pruebas obrantes en el expediente, las retenciones efectuadas por **TRANSCRIBE S.A.** no fueron un riesgo previsible, que por demás privarían a la parte Convocante de las ganancias razonables, correspondientes al valor fijo establecido de consuno con la Entidad Pública Convocada tras un periodo de negociaciones. Ciertamente, dichas retenciones desbordan lo proyectado a la hora de cambiar la forma de pago, y no atienden lo establecido por el CONPES 3823, que previó, como requisito para los aportes de la Nación, que al contratista se le respetara su expectativa de ingreso.

⁸¹ ESCOLA, Héctor Jorge: Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 453.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

El Consejo de Estado ha explicado lo anterior, de la siguiente manera:

“La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados”⁸².

De esta forma, para este panel las retenciones no son conductas que pudieran ser previstas por el **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, habida cuenta que ello es un factor externo a su organización y/o dependencia, que no se informó en dichas negociaciones y que, sobre todo, a la hora suscribir el Otrosí No. 8 ya se había hecho un pago en el que no se efectuó retención alguna, premisa bajo la cual **PORTAL CALICANTO S.A.S.** suscribió ese negocio jurídico modificatorio.

En consecuencia, el comportamiento comercial de **TRANSCARIBE S.A.** a la hora de efectuar el primer pago fue determinante para que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** suscribiera dicho Otrosí No. 8 y, por la misma razón, las ulteriores retenciones se escapan de la normalidad contractual, tornándose en extraordinarias para la aquí Convocante y haciendo más gravosa su situación económica.

En consonancia con lo anterior, la gravedad de dicho desequilibrio debe analizarse a partir de la exigencia del CONPES 3823, según el cual la sustitución de la fuente de pago no podía afectar los ingresos del Concesionario. Ello demuestra lo grave que fue la aplicación de dichas retenciones para la Convocante, quien vio afectadas sus expectativas con tales, al punto que significaron más del 8% del valor que esperaba percibir el Concesionario por concepto de remuneración.

Ahora, en cuanto al argumento de la parte Convocada según el cual el extremo Convocante renunció expresamente a cualquier reclamación respecto a la sustitución de la fuente de pago, el entendimiento del Tribunal sobre dicha

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151.

cláusula es que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** renunciaba a cualquier reclamación relativa al cambio de la forma de pago, que pasaría de ser de un porcentaje sobre la tarifa, a una cifra única trayendo a valor presente las expectativas del Concesionario. Frente a ello es que hubo renuncia por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** y sobre esto no se elevaron pretensiones, pues lo que se reclama, en lo que atañe al desequilibrio económico del contrato, es que las retenciones lo alteraron y no la forma de pago misma.

Para abundar en razones y a manera analógica, puede traerse a colación el reciente fallo de mayo 24 de 2018 dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, bajo radicación número: 68001 23 33 000 2013 00682 01 (21243), cuyo consejero ponente fue el magistrado Julio Roberto Piza Rodríguez, del cual puede colegirse sobre la importancia de preservar el debido proceso de los contratistas o concesionarios de obras públicas frente al Estado, mediante el pleno ejercicio del derecho de defensa, cuando se procede al cobro de impuestos preexistentes.

En efecto, aun cuando el caso no es exacto al que nos ocupa, por cuanto en el citado sí hubo una previa advertencia al concesionario (Estaciones Metrolínea Ltda.) por parte del municipio de Bucaramanga, de que se le comenzarían a hacer retenciones por sobretasas que no habían sido acordadas y la retribución permaneció como pagos periódicos de los recaudos de peaje sin cambiar la modalidad de remuneración, el Consejo de Estado advirtió, entre otros apartes, las siguientes valoraciones para el caso que es materia de análisis en el presente panel arbitral:

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala decide sobre la nulidad de la Resolución 1043 del 21 de junio de 2012, mediante la que el municipio de Bucaramanga liquidó las estampillas de previsión social municipal, pro cultura y pro bienestar del anciano a cargo de Metrolínea Ltda. por la suscripción del contrato de licitación pública M-LP-001-2008 del 8 de febrero de 2008, y de la Resolución 755 del 18 de abril de 2013, que la confirmó.

Se discute si los actos administrativos demandados son nulos porque, previo a su expedición, no se expidió un emplazamiento para declarar y si el contrato de concesión suscrito por la demandante estaba gravado con las estampillas en discusión.

(...)

La Sala también ha precisado que la importancia que reviste el emplazamiento para declarar radica en que tiene como finalidad garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del obligado, permitiéndole que pueda expresar las razones de hecho y de derecho frente a lo planteado por la administración, solicitar pruebas y, en general, ejercer en forma integral sus derechos de contradicción y defensa (Sent. del 25 de octubre de 2017. CP Stella Jeannette Carvajal Basto. Exp. (20499).

(...)

En la práctica, el cumplimiento de esta regla de unificación, a nivel nacional, del régimen procedimental en materia tributaria tiene la dificultad de que en la estructura de los procedimientos tributarios para la aplicación de los impuestos nacionales el punto de partida es la declaración, lo que no ocurre con todos los tributos del orden territorial, porque algunos son liquidados por la propia administración, como es el caso de las estampillas, en las que, por su naturaleza, no es posible que el contribuyente presente una declaración, es decir, no existe la obligación formal de declarar.

(...)

De la norma referida se advierte que las estampillas de previsión social municipal, pro cultura y pro bienestar del anciano no están sujetas a la obligación de declarar. Por tanto, la Sala considera que la demandante no estaba obligada a cumplir esa obligación formal.

De acuerdo con lo expuesto, en tanto que la demandante no tenía la obligación presentar declaraciones por las estampillas de previsión social municipal, pro cultura y pro bienestar del anciano, el municipio de Bucaramanga tampoco estaba en la obligación de adelantar el procedimiento de aforo previsto en el Estatuto Tributario Nacional pues, como se precisó, el aforo supone ese incumplimiento.

(...)

Es claro, del material probatorio recaudado, que ni el **DISTRITO DE CARTAGENA** ni **TRANSCARIBE S.A.** le dieron a conocer previamente a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, incluso en el marco de las negociaciones que llevaron a cabo con miras a la celebración del Otrosí No. 8, sobre la aplicabilidad de las retenciones por tributos de los resortes territoriales, a partir de la cuantificación de la base gravable, por cuenta de los pagos que se efectuarían ni con anterioridad ni con posterioridad a la celebración y entrada en vigor del plurimencionado otrosí.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Para el panel arbitral salta a la vista que de la conducta contractual de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** se infería el convencimiento de que el valor pactado sería neto, y de que su cálculo no incluía las retenciones de impuestos, por una parte; y por la otra, de la conducta contractual de **TRANSCRIBE S.A.** también resulta claro que no consideró las deducciones de impuestos en su calidad legal de agente retenedor, sino sólo después de haber hecho los dos primeros abonos de los que hemos tratado anteriormente; dichas circunstancias imponían a **TRANSCRIBE S.A.**, como ente que forma parte del Estado en el nivel territorial, el deber de actuar con toda claridad en aquello que seguramente afectaría los intereses del contratista, en este caso, del concesionario hoy convocante, pues si en las negociaciones y, superadas estas, después del inicio de los actos de liquidación y pago de los primeros abonos, tampoco se percató de la procedencia de los descuentos o retenciones mencionados, lo razonable, equilibrado y proporcional, y sin que se dejara de atender el interés público, era que evitara sorpresas al concesionario.

De manera que el sentido de lo correcto y del deber ser, lo responsable frente al desconocimiento en que se encontraba **TRANSCRIBE S.A.** frente al tema tributario y en la que también estaba **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, confiada, como lo mostró, en que no habría cambios en temas tributarios por la variación en la forma de pago, el tratamiento similar al de los demás concesionarios, y a la procedencia de dos pagos sin retenciones por considerar que el precio finalmente ajustado era neto, antes de impuestos, incluso, uno de tales pagos realizado sin descuentos después de negociado el Otrosí No. 8, imponía a **TRANSCRIBE S.A.** un comportamiento que evitara sorpresas al concesionario, que claramente podían suponer un desequilibrio si se tienen en cuenta, además, que ni en los pre-pliegos, ni en los pliegos, ni en el contrato celebrado entre las partes de este arbitramento, ni en los otrosís comentados, se contempló una situación como la que alteró uno de los extremos negociales que más importancia normalmente tiene para un contratista, como es, la fuente y forma de pagos.

Siendo todo lo anterior así, la corrección contractual imponía a **TRANSCRIBE S.A.**, frente a su evidente estado de desconocimiento en torno de obligaciones de retenedor de impuestos y sobretasas, el deber de adoptar un comportamiento de cara a su contratista, por el cual, conocidas las obligaciones tributarias a continuación del segundo pago, esto es, el primero realizado después de celebrado y firmado el Otrosí No. 8, correspondía el deber de informarle a

6832

- ✓ *Con relación a los descuentos por concepto de Retención en la fuente por servicios de construcción, el numeral 1.2.4.9.1 del Decreto 1625 de 2016, estableció que todos los pagos en abonos en cuenta correspondiente a contratos de construcción o urbanización deben someterse a una retención equivalente al 2%.*

Se precisa que si bien la modalidad de contrato suscrita con el convocante fue la de Contrato de Concesión, para la determinación de la aplicación de regímenes tributarios aplicables a las modalidades de contratos debe tenerse en cuenta las definiciones establecidas por la DIAN, quien entiende por contratos de construcción y urbanización aquellos en los cuales "el contratista directa o indirectamente edifica, fabrica, erige o levanta las obras, edificios, construcciones para residencias o negocios, puentes, carreteras, represas, acueductos y edificaciones en general y las obras inherentes a la construcción en sí", definición dentro de la cual encaja el objeto del contrato de concesión suscrito con el convocante.

Esas discordancias en torno de la aplicación de la retención en la fuente para este contrato, así como las novedades surgidas con la expedición de la mencionada reforma tributaria, no desvanecen los fundamentos de las valoraciones que este panel arbitral ha hecho en relación con todos los descuentos y retenciones aplicados intempestivamente por **TRANSCARIBE S.A.** a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, con el consecuente desequilibrio contractual que se ha analizado anteriormente, ni aún para las retenciones en la fuente practicadas.

Ello es así, si además tenemos en cuenta las dispares interpretaciones que naturalmente suceden con ocasión tanto de la expedición del Decreto 1625 de 2016, y la seguida por la entrada en vigor, pocos meses después, de la reforma tributaria contenida en la Ley 1819 de 2016, disposiciones que podían generar la adopción de posiciones sobre la interpretación de sus normas, para lo cual basta señalar que frente al contrato de concesión de que trata el presente proceso arbitral, procedía determinar qué tratamiento tributario había que asumir, si tenemos en cuenta que varias de las normas, tanto del Decreto 1625 de 2016 como de la Ley 1819 de 2016, dan trato distinto dependiendo si el único objeto del contrato es sólo la construcción o únicamente la administración, operación y mantenimiento, en cuyo caso debe verificarse a la luz de estas normas del régimen tributario, si a los ingresos, costos y gastos les aplica o no lo consagrado

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

en el artículo 32 del Estatuto Tributario. O si, por el contrario, se tendría para el contrato de concesión que nos ocupa la norma relativa a las entregas por unidades funcionales, hitos o similares, en cuyo caso, cada unidad funcional, hito o similar se sujetaría o bien al tratamiento previsto en el Decreto 1625 de 2016 a partir del momento de la entrega a satisfacción de las unidades funcionales, hitos o similares a **TRANSCARIBE S.A.S.**, de conformidad con lo contemplado en los artículos 1.2.1.25.12. y 1.2.1.25.14. Decreto 1625 de 2016; o si se aplicaría a plenitud el nuevo texto del artículo 32 propuesto por la Ley 1819 de 2016. Todo esto sin mencionar el tratamiento que regulan los artículos 1.2.1.23.15. y 1.2.1.23.16. del Decreto 1625 de 2016, reformados en lo pertinente por la Ley 1819 de 2016.

En el marco de las consideraciones anteriores, se reitera que se accederá parcialmente a la segundas pretensiones subsidiarias principales declarativas y de condena del segundo grupo de pretensiones de la demanda arbitral reformada, pues habrá que deducir o excluir el que las partes denominaron Impuesto de Seguridad Democrática, por haberlo aceptado expresamente la convocante en la comunicación que fue mencionada en el plenario.

En conclusión, se accede parcialmente a esta pretensión en la forma indicada, al estar probado que los descuentos y retenciones realizadas a los pagos hechos al **PORTAL CALICANTO S.A.** fueron imprevisibles y rompieron la ecuación contractual y así lo dispondrá en la parte resolutive condenando a **TRANSCARIBE S.A.** a pagarle tales dineros no cancelados, sumas que se indexarán con el IPC operado desde cuando se dedujeron hasta la fecha del laudo, aplicando la fórmula que de usanza tiene en cuenta el Consejo de Estado y ordenará reconocer intereses moratorios pero sobre la suma a que se condena y a partir de la ejecutoria del laudo arbitral en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Por la misma razón, y teniendo en cuenta que, como ya se acreditó, en las singularidades del caso concreto las retenciones fueron imprevisibles y constituyeron un alea extraordinaria para el Concesionario, y de que **TRANSCARIBE S.A.** no puso previamente de presente a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** el advenimiento de retenciones por impuestos y sobretasas, lo que impidió a ésta ejercer su derecho de contradicción en cumplimiento del debido proceso que es acorde con la naturaleza de estas relaciones bilaterales entre el

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

contratante estatal y el concesionario privado, el Tribunal declarará no probada la excepción de mérito "*Falta de legitimación en la causa por activa*".

El Tribunal se sustrae del estudio del tercer grupo de pretensiones subsidiarias a las pretensiones del segundo grupo, por haber prosperado las de esta apartado.

ESTUDIO DEL TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES REFERIDAS A LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA

PORTAL CALICANTO S.A.S. en su demanda ajustada incluye un tercer grupo de pretensiones, principales y subsidiarias declarativas y de condena, donde en rigor pide que se declare que por circunstancias atribuibles o imputables a **TRANSCRIBE S.A.** aquella incurrió en una mayor permanencia en la obra que impidió que la construcción de la misma terminara en octubre de 2016 como fue pactado en el Otrosí No. 8 al Contrato de Concesión, lo que implicó la causación de perjuicios materiales a título de daño emergente por concepto de gastos administrativos y costos indirectos, por valor de COP \$1.202.900.000, cuya condena solicita debidamente indexados.

Solicita que se debe declarar que por la extensión de la etapa de reversión del Contrato y la fecha prevista para el pago de los COP\$42.734.272.500, se le causó perjuicios que **TRANSCRIBE S.A.** le debe indemnizar, cuya condena solicita debidamente indexados, que debió asumir por no haber recibido oportunamente ese pago que corresponden:

- Por costos financieros asumidos por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** entre el 1 de noviembre de 2017 y el 26 de febrero de 2018: COP\$653.000.000
- Por costos financieros asumidos por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** entre el 26 de febrero de 2018 y el 06 de julio de 2018: COP\$610.000.000.

En el tercer grupo de pretensiones incluye, de forma condicionada, al caso de que no hubiese prosperado ninguno de los grupos de pretensiones principales o subsidiarias del primer grupo de pretensiones, caso en el cual se debe declarar y condenar a **TRANSCRIBE S.A.** pagar a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** los perjuicios por concepto de daño emergente correspondiente a los costos

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

financieros que asumió debido a la mayor permanencia en obra, equivalentes a COP\$6.610.060.000, debidamente indexados.

De los hechos de la demanda y pretensiones planteadas como tercer grupo, encontramos estos problemas jurídicos que pasa al estudio del Tribunal Arbitral según las argumentaciones, pruebas y excepciones.

PROBLEMA RELATIVOS CON LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA

1. ¿Se presentaron, en el tiempo, hechos u omisiones atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.** que obligaron al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a permanecer en la obra un tiempo mayor al previsto en el Otrosí No. 8 del Contrato de Concesión?
2. ¿De haberse demostrado que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** permaneció en la obra un tiempo mayor al previsto en el Otrosí No. 8 por hechos atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.** ello implicó unos mayores costos y/o sobrecostos en esa etapa de la ejecución del contrato que deban ser asumidos por la convocada?

ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE A ESTE GRUPO DE PRETENSIONES

Básicamente **PORTAL CALICANTO S.A.S.** plantea pretensiones declarativas y de condena del tercer grupo bajo la perspectiva fáctica y argumentativa indicadas en los hechos 149 a 184, donde en síntesis dijo:

Sin haberse terminado las obras y sin pacto en tal sentido, para el 15 de noviembre de 2015, **TRANSCARIBE S.A.** permitió a los operadores el uso de las obras quienes en consecuencia, con pocos buses, iniciaron servicio, y para octubre de 2016 ya operaban 122 buses, todo lo cual dificultaba el avance las obras, o sea, ello impedía la normal construcción de aquellas, además deterioraba lo construido y obligaba a mantenimientos no previstos en el objeto del Contrato, lo que generaba daño emergente: los gastos de dicho mantenimiento y la mayor permanencia en obra, y lucro cesante, por cuanto la terminación de las obras se prolongó, lo cual afectaba la remuneración del Contratista condicionada a la terminación y reversión de las obras (hechos 149, 150, 151).

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

También la expedición del documento CONPES 3823 produjo afectaciones de flujo de dinero por falta de financiación, que provocaron graves demoras en la ejecución de las obras (hecho 153).

Afirma que presentó solicitud de arreglo directo, buscando reparación por los perjuicios, no solo derivados del incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo de **TRANSCARIBE S.A.** en el Otrosí No. 5 al Contrato, sino por los efectos de la mayor permanencia en obra que estaba sufriendo por el uso no previsto en el Contrato que se le estaba dando a los sitios de obra. (hecho 162).

Reconoce que en el Otrosí No. 8 se adicionó el valor del Contrato y **PORTAL CALICANTO S.A.S.** dio por transadas su mayor permanencia en obra y el plazo prorrogado hasta el 30 de octubre de 2016, pero también dice que para los otrosí suscritos después del No. 8, **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no renunció a sus reclamaciones relacionadas con mayor permanencia (hechos 165, 166 y anteriores al 170).

En definitiva **PORTAL CALICANTO S.A.S.** insiste en que se vio perjudicada por una mayor permanencia en obra desde el 30 de diciembre de 2016, plazo previsto en el Otrosí No. 8 para la terminación de las obras, hasta la suscripción del Acta final de recibo de obras firmada el 28 de febrero de 2018 por hechos imputables a **TRANSCARIBE S.A.** (hecho 177 a 180).

Elabora un cuadro resumen de los sobrecostos por gastos administrativos y costos indirectos por la mayor permanencia en obra que imputa a **TRANSCARIBE S.A.**, así:

GASTOS	costos
ADMINISTRATIVOS	INDIRECTOS

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

Enero de 2017	COP\$90.698.908.00	COP\$16.500.248.00
Febrero de 2017	COP\$60.236.720.00	COP\$12.110.832.00
	COP\$58.234.651.00	COP\$12.110.832.00
Marzo de 2017	COP\$137.214.384.00	COP\$12.348.832.00
Abril de 2017	COP\$85.642.831.00	COP\$12.348.832.00
Mayo de 2017	COP\$54.282.290.00	COP\$12.348.832.00
Junio de 2017	COP\$55.111.813.00	COP\$12.348.832.00
Julio de 2017	COP\$65.178.294.00	COP\$12.348.832.00
Agosto de 2017	COP\$72.870.662.00	COP\$12.348.832.00
Septiembre de 2017	COP\$47.790.327.00	COP\$12.348.832.00
	COP\$44.541.720.00	COP\$12.348.832.00
Octubre de 2017	COP\$55.088.485.00	COP\$12.348.832.00
	COP\$58.993.097.00	COP\$12.348.832.00
Noviembre de 2017	COP\$49.594.824.00	COP\$12.348.832.00
Diciembre de 2017		
Enero de 2018		
Febrero de 2018		
Subtotal	COP\$935.479.009.00	COP\$176.559.064.00
Total		COP\$1.112.038.073.00

Asimismo, aduce que sufrió perjuicios por valor de COP\$6.878.800.000, correspondientes al costo financiero que tuvo que asumir por no haber recibido el pago de la segunda cuota, sujeta a la terminación de las obras y la reversión, para la fecha en que tendría que haberse producido dicha reversión y no se produjo por causa imputable a **TRANSCARIBE S.A.**

De acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, el último pago correspondiente a COP\$16.945 millones debía realizarse una vez cumplida la etapa de reversión, esto es, el 31 de octubre de 2017. Sin embargo, el último pago se realizó en dos contados extemporáneos, uno de COP\$3.950 millones pagado el 29 de diciembre de 2017 y el saldo de COP\$12.995 millones el 6 de junio de 2018.

**DEFENSA DE TRANSCARIBE S.A. ANTE LOS HECHOS REFERIDOS A UNA
 MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA**

6838

La convocada **TRANSCARIBE S.A.** niega las afirmaciones que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** hace en los hechos 149 a 183 sobre causación de sobrecostos por mayor permanencia en la obra; dice que la mayor permanencia referidas en los Otrosíes N° 9, 10, 11, 12, 13 y 14 fue por causas a ella atribuibles.

Excepciona a las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra, la **“INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE SE DECLARE LA MAYOR PERMANENCIA”** y se apoya en las directrices del Consejo de Estado para que proceda la indemnización por ese concepto, para ello se deben acreditar estos presupuestos que **PORTA CALICANTO S.A.S.** no acreditó: (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra.

Agrega que la suscripción de los contratos modificatorios u Otrosíes N° 9 al 14, mediante los cuales se prorrogó el plazo de terminación, *“no sólo atendió a la voluntad bilateral de las partes en aras de preservar y garantizar la ejecución del contrato y el interés público, sino que además atendió a motivos no imputables a mí representada”*.

Del OTROSÍ N° 9. La causal de la modificación del plazo fue el incumplimiento de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** que atribuyó a demoras ocasionadas por el período de lluvias, así como a la entrada en funcionamiento de SITM, pero agrega que el inicio de operación del SITM se autorizó sólo en relación con los espacios habilitados por el Concesionario, y fue el concesionario mismo quien aportó plan de contingencias que implicó la ampliación del plazo suscrita. Así mismo, se agrega que no hubo salvedad alguna formulada por parte del concesionario.

Del OTROSÍ N° 10. La causal de la modificación del plazo fue la voluntad de las partes y no existe salvedad alguna formulada por **PORTAL CALICANTO S.A.S.**

Del OTROSÍ N° 11. La causal de la modificación del plazo fue la solicitud Representante Legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, de ampliación de la etapa de reversión. Portal Calicanto tampoco dejó salvedad de supuestos perjuicios que pudiera ocasionar la mayor permanencia.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Del OTROSÍ N° 12. La causal de la modificación del plazo fue el requerimiento del supervisor del contrato a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, por *“los retrasos en la toma de detalles que son necesarios para subsanar y poder proceder a la recepción definitiva y de la etapa de reversión”*. Oficio TC-DT-07.01-0428-2017 fechado 25 de abril de 2017 que llevó a pactar de común acuerdo la ampliación del plazo a que hace referencia el otrosí ibídem, *“la extensión del plazo para permitir la ejecución y la finalización del objeto del contrato no condona los presuntos incumplimientos del contratista, incluyendo los que con antelación a la suscripción del presente OTRO SI ha sido objeto de apremio o requerimiento por la entidad”*.

Del OTROSÍ N° 13. La causal de la modificación del plazo fue otro requerimiento del supervisor del contrato a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** por Oficio TC-DT-07.01-0764-2017 fechado 28 de junio de 2017 por los *“retrasos en la toma de detalles por subsanar en el edificio administrativo del operador 2, zona de lavado del operador 3 y corrección de sifón que hace parte del colector Terraza de Granadas”* quedando constancia de los defectos en las zonas habilitadas por el Concesionario, detectados por otros concesionarios y operadores. **PORTAL CALICANTO S.A.S.** tampoco dejó salvedad respecto a los supuestos perjuicios que pudiera ocasionar la mayor permanencia, pero si se dijo que *“la extensión del plazo para permitir la ejecución y la finalización del objeto del contrato no condona los presuntos incumplimientos del contratista”*.

Concluye que en el Acta N° 35 de recibo final de obra suscrita el 27 de febrero de 2018 quedó constancia *“del estado de recibo de las obras que deben repararse por garantía, obras que deben ser acometidas bajo el concepto de corrección de defectos, por estabilidad de la obra y los compromisos adquiridos por las partes”* y las modificaciones del plazo pactadas mediante Otrosíes N° 9 al 14 *“... no atendieron en momento alguno a causal imputable a mí representada sino, por el contrario, a demoras ocasionadas por el convocante”*. Por ello no le es dable colegir la procedencia de pretensión alguna con asidero en la mayor permanencia que pudo haber ocasionado la suscripción de los enunciados Otrosíes.

Agrega que en gracia de discusión, debe recordarse que en materia contractual cuando se trata de reclamaciones, observaciones o salvedades por desequilibrio económico ocasionado por mayor permanencia, la oportunidad para presentarlas

68/10

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

es al momento de la suscripción de la correspondiente modificación o adición. Al respecto, el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha establecido que:

*"Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, **la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional**. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.*

"En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato."⁸³ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

ALEGATO DEL CONVOCANTE

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

En la audiencia de alegatos celebrada el 5 de agosto de 2019 el apoderado principal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, Dr. **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**, presentó su alegato de conclusión y afirmó en general que *“las pretensiones de la demanda reformada están plenamente justificadas desde el punto de vista fáctico y jurídico y deben prosperar, mientras que las excepciones de la contestación no tienen otro destino que un inexorable fracaso, por ser completamente ajenas a nuestro ordenamiento jurídico y a la realidad fáctica que se ha probado ante el H. Tribunal.”*

Del tercer grupo de pretensiones, relacionadas con la mayor permanencia en obra reitera lo que explicó en su demanda pero no vemos que para defender su postura inicial y final invoque apoyo probatorio alguno a excepción de la cita que hace de la testigo Verena Camacho y simplemente sostiene en que fue **TRANSCARIBE S.A.**, quien antes de que se encontraran terminadas las obras por parte de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, *“... a los operadores del sistema se les permitió el uso de la infraestructura que se encontraba en proceso de construcción. Esta situación no estaba contemplada en el Contrato y como se comprende con meridiana claridad, la construcción traslapada con el uso de las obras por parte de los operadores imposibilitaba la normal conclusión del proyecto y deterioraba constantemente lo que ya se había construido, obligando a Portal Calicanto a asumir labores y gastos de mantenimiento que no se encontraban contemplados en el Contrato”*, o sea, ello fue lo que impidió concluir las obras dentro de los plazos pactados en el Otrosí No. 8 y justificó la celebración de los Otrosí No. 9 de 28 de octubre de 2016; Otrosí No 10 de 29 de diciembre de 2016; Otrosí No 11 de 28 de febrero de 2017; Otrosí No 12 de 28 de abril de 2017; Otrosí No 13 de 29 de julio de 2017 y el Otrosí No 14 de 29 de septiembre de 2017, en los que, a diferencia de lo ocurrido en el Otrosí No. 8, en ninguno de los otrosíes subsecuentes las partes transaron los conflictos de intereses actuales o potenciales en relación con el manejo irregular y dañoso que le dio **TRANSCARIBE S.A.** a la ejecución del Contrato.

Concluye que en *“... definitiva, Portal Calicanto se vio perjudicada por una mayor permanencia en obra imputable a **TRANSCARIBE**, desde el 30 de diciembre de 2016, plazo determinado en el Otrosí No. 8 para la terminación de las obras – documento en el cual se renunció a reclamaciones anteriores por mayor permanencia en obra– hasta la suscripción del Acta final de recibo de obras firmada el 28 de febrero de 2018 y dicha mayor permanencia en obra provocó que*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Portal Calicanto incurriera en sobrecostos equivalentes a \$935.479.009 por concepto de gastos administrativos y de \$176.559.064 correspondientes a los costos directos; para un total de \$1.112.038.073”.

De las excepciones de **TRANSCARIBE S.A.** a ese tercer grupo de pretensiones afirma, sin analizar pruebas, que “...del material probatorio allegado al proceso se desprende con toda claridad que fue la Convocada y no la Convocante quien incumplió con las obligaciones contraídas durante la ejecución del objeto contractual. Así las cosas, como se ha venido advirtiendo, Transcaribe no realizó el pago del 50% del valor pactado que se obligó a realizar dentro de la vigencia de 2015 y adicionalmente entorpeció la construcción de las obras con ocasión de la habilitación del uso de los tramos que ya habían sido construidos...”

“En el Otrosí No. 8, suscrito precisamente debido a los incumplimientos imputables única y exclusivamente al actuar de **TRANSCARIBE**, se acordó la adición del valor y se establecieron nuevos plazos para la entrega de las obras y con ello para el pago por parte de la Convocada. Sin embargo, tampoco las obligaciones allí contenidas a cargo de **TRANSCARIBE**, fueron cumplidas a cabalidad. No se trata pues de hechos imputables a Portal Calicanto, sino de decisiones e incumplimientos de la entidad Convocada a partir de los cuales mi poderdante se vio obligada a incurrir en una serie gastos imprevisibles al momento de la suscripción del Contrato, los cuales se derivaron de la mayor permanencia en obra”.

“En el Otrosí No. 8 **TRANSCARIBE**, reconoció que la modificación del plazo se debía al incumpliendo del pago de sus obligaciones y, si bien en dicha oportunidad Portal Calicanto dio por transadas las pretensiones económicas que hasta dicha fecha hubiese podido reclamar de la entidad Convocada, en los otrosíes subsiguientes, dejó expresamente la salvedad consistente en que no renunciaba a futuras reclamaciones. Por supuesto, dentro de estas se encuentran aquellas relacionadas con los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra y con aquellos derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo de Transcaribe, así como de las reclamaciones originadas con ocasión de las retenciones practicadas indebidamente.”

ALEGATO DE CONCLUSIÓN DE TRANSCARIBE S.A.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

En general, es del criterio que debe absolverse a **TRANSCARIBE S.A.** de todo cargo y condena; de las pretensiones que se estudian en este apartado del laudo, o sea, las relacionadas con la mayor permanencia en la obras por parte de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, reitera las explicaciones dadas al contestar la demanda, precisando que las razones para la suscripción de los otrosí No 9 al 14, como lo dijo en aquel momento, fueron circunstancias atribuibles al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** que llevaron a que el contrato se extensión del contrato en el tiempo más allá a lo previsto en el Otrosí No. 5, afirma que de ello quedaron probados, entre otros estos extremos:

- Los retardos que llevaron a la suscripción de los otrosíes N° 9 y 10 atendieron a hechos fortuitos no atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.**, y las partes, por mutuo acuerdo, pactaron las ampliaciones de plazo allí contenidas. En la parte considerativa tanto del Otrosí N° 9 como del No. 10 se dan las razones determinantes para ampliar el plazo del contrato. Para el Otrosí No. 9 fue por el período de lluvias, siendo la convocante quien presentó a la convocada un plan de contingencias en el que se recomendaba la ampliación de plazo. En cuanto al Otrosí No. 10 fue por retrasos del contratista en el cumplimiento del plan de contingencias y la voluntad de las partes fue la de extender el plazo. Dice que ello se respalda por lo establecido en Oficio TC-DT-07.02-015-2016, suscrito por el Ing. Dionisio Arango, donde consta las obras faltantes y la necesidad de suscripción del mencionado otrosí.
- Se apoya en pronunciamientos del Consejo de Estado, corporación que afirma no encontrar razonable para que el contratista, después de finalizado el contrato por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas: "... *En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas...*".
- Atribuye a **PORTAL CALICANTO S.A.S.** ser causante para la suscripción del Otrosí No. 11 por solicitud de su Representante Legal de **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, de ampliación de la etapa de reversión en virtud de requerimientos que le habían sido formulados por el Supervisor del Contrato,

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

afirmación que no fue desvirtuada en ninguno de los testimonios practicados, ni de las pruebas documentales allegadas.

- En cuanto a las razones de la suscripción del Otrosí No. 12, dice **TRANSCARIBE S.A.** que también en la parte considerativa de ese otrosí se consignó la causa y fue atribuida a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, y fueron los retrasos que presentaba el contratista en la toma de detalles necesarios para subsanar y poder proceder a la recepción definitiva de las obras construidas, y agrega que ello no fue desvirtuada en ninguno de los testimonios practicados, ni de las pruebas documentales allegadas.
- Del Otrosí N. 13 estima que también fueron los retardos los que llevaron a su suscripción cuyas causas atribuibles a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, retrasos de éste en la toma y ejecución de detalles necesarios para subsanar en el edificio administrativo 2, en la zona de lavado del operador 3 y la necesidad de corrección de sifón (dispositivo que permite el paso de la red de alcantarillado por debajo del canal construido para evacuar las aguas lluvias provenientes de las urbanizaciones aledañas al Patio Portal), esta última por exigencia expresa de la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., y encargada de dar el aval respecto de dicha obra en específico detalle este que se aprecia en el Acta de 16 de diciembre de 2016 (anexa al Otrosí No. 13) donde el concesionario se había comprometido a realizar los arreglos que en relación con el sifón se le exigían, correcciones necesarias para que **TRANSCARIBE S.A.** pudiera, a la recepción definitiva de las obras. dice que, además, ello consta en el Oficio TC-DT-07.01-0764-2017 aportado con la contestación de la reforma de la demanda y reconocido en las declaraciones de los señores Enrique Chartuni, Rafael Mendoza Goes y Arturo Cepeda.
- En cuanto a los retardos que justificaron la suscripción del Otrosí No. 14, agrega **TRANSCARIBE S.A.** de igual manera a lo dicho en los motivos de los otrosís ya referidos, estos constan en su parte considerativa y fueron por causas atribuibles a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, en este caso específicamente la construcción de una cámara que haría las veces de una trampa de grasas, con la función de optimizar el funcionamiento del sifón, y dice que ello fue así reconocido por el señor Enrique Chartuni, quien afirmó que el problema sanitario que representaba el sifón fue un error de obra y de diseño mismo, que hacía imposible la recepción de la obra, error que además

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

ratificó era únicamente atribuible a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, por ser responsabilidad de éste la elaboración de los diseños. En igual sentido se pronunció el Ingeniero Rafael Mendoza Goes y hace las transcripciones de esas declaraciones.

- En resumen, la postura final planteada por **TRANSCARIBE S.A.** en su alegato de conclusión que apoya en testimonios, documentos aportados en su momento procesal y a citas jurisprudenciales, que en los Otrosí 9 al 14 **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no dejó constancia expresa o "... *salvedades respecto de los supuestos perjuicios ocasionados con la mayor permanencia en que se incurrió con la suscripción de los mismos.*" "En ningún momento el concesionario impugnó tales ampliaciones de plazos, de ello no hay demostración alguna en las pruebas decretadas y debidamente practicadas en el proceso"; pero sí quedó plasmado en los mismos otrosí las salvedades que **TRANSCARIBE S.A.** hizo; y la posición reiterada en el tema por el Consejo de Estado Ha sido que en materia contractual cuando se trata de reclamaciones, observaciones o salvedades por desequilibrio económico ocasionado por mayor permanencia en obra la oportunidad para presentarlas es al momento de la suscripción de la correspondiente modificación o adición, no siendo válidas las reclamaciones que se presenten con posterioridad a ésta⁸⁴.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080): "Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificadorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, "...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento", suscribiendo para tales efectos "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

- Afirma **TRANSCARIBE S.A.** que al momento de suscribirse el Acta de Recibo final de obras existían detalles por corregir de parte del concesionario, lo cual consta en comunicado Interno N° TC-DJ-07.02-013-2018 de 26 de febrero de 2018⁸⁵, de lo que también se dejó constancia en Acta N° 35 de Recibo Final de Obra suscrita el 26 de febrero de 2018, todo ello respaldado con las declaraciones rendidas por los señores Rafael Mendoza, Ercilia Barrios, Carlos Coronado y Dionisio Arango, de las que en parte transcribe en su alegato.
- De la entrada en operación del sistema antes de recibo final de las obras el argumento medular de **TRANSCARIBE S.A.** es la de que *“Quedó demostrado que el inicio de la operación del sistema, se autorizó sólo en relación con los espacios habilitados, entregados y autorizados por el concesionario a Transcribe S.A., motivo por el cual no son ciertas las manifestaciones que la parte convocante hiciera referentes a que los retrasos en los cronogramas de obra del concesionario pudieran ser ocasionados por la entrada en operación del sistema.*

Dice que así consta en las consideraciones del señalado Otrosí, y fue reconocido en las declaraciones de los señores Ercilia Barrios⁸⁶, Rafael Mendoza Goes y, Dionisio Arango, las que en parte **TRANSCARIBE S.A.**, pero de aquellas resaltó lo siguiente:

En fin, la postura analítica de **TRANSCARIBE S.A.** es consistente: *“ninguno de los retrasos que llevaron a la suscripción de los otrosí N° 9 al 14 fue (sic) ocasionado por la entrada en operación del sistema **SITM CARTAGENA**”* y concluye: *“... no es cierto que la entrada en operación del sistema **SITM CARTAGENA** fuera la causa determinante para la mayor permanencia en obra, o que la misma motivase*

vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.”

⁸⁵ Comunicado Interno N° TC-DJ-07.02-013-2018 de 26 de febrero de 2018. *“VII RECOMENDACIONES A través del presente documento recomendamos el recibo final de las obras con la observación de que el concesionario debe acometer el arreglo por garantía o corrección de defectos o estabilidad de la obra, de las actividades que en este documento se relacionan.”*

⁸⁶ Declaración rendida por Ercilia del Carmen Barrios Flórez, el 21 de febrero de 2019:

6847

la suscripción de los otrosí N° 9 al 14, sino que la suscripción de éstos atendió a causas únicamente atribuibles al concesionario."

CRITERIO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El abogado **LUIS GUILLERMO GONZALEZ ZABALETA**, Procurador 130 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, asignado a este proceso, conceptúa de manera general que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas, pero no se detiene en analizar por separado cada grupo de pretensiones contenidas en la demanda y todo lo incluye en el desequilibrio y principio de la buena fe.

Lo más aproximado al tercer grupo de pretensiones es su afirmación de que *"...si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual..."*, lo que apoya en posturas del Consejo de Estado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SEGÚN LAS PRUEBAS RECAUDADAS

Así las cosas, el Panel Arbitral, en lo tocante al tercer grupo de pretensiones entra a resolver los problemas jurídicos encontrados, estudio que se hace a la luz de la valoración probatoria y precedentes jurisprudenciales aplicable al caso.

Se itera, los problemas jurídicos que se entran a estudiar son estos:

1. ¿Se presentaron, en el tiempo, hechos u omisiones atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.** que obligaron al **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a permanecer en la obra un tiempo mayor al previsto en el Otrosí No. 8 del Contrato de Concesión?
2. ¿De haberse demostrado que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** permaneció en la obra un tiempo mayor al previsto en el Otrosí No. 8 por hechos atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.** ello implicó unos mayores costos en esa etapa de la ejecución del contrato que deban ser asumidos por la convocada?

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

CONCEPTO DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA

Tanto la doctrina como los precedentes jurisprudenciales especializados entienden por mayor permanencia en una obra, el evento por el cual el tiempo pactado en un contrato para la ejecución de su objeto, se prolonga o sobrepasa el límite acordado por las partes por hechos atribuibles solo a la parte contratante, o en todo caso por circunstancias ajenas al contratista, lo que cuando se presenta, de ordinario rompe la fórmula económica del contrato que *ab initio* y de mutuo acuerdo consensaron las contratantes, lo que lleva al contratista a asumir unos mayores costos para poder terminar el objeto contractual, lo que en justicia y en derecho deben ser reembolsados por la parte contratante para así restablecer la ecuación económica del contrato, mayores sumas que debe acreditar el contratista.

El doctrinante Luis Guillermo Dávila de ello dice que *"responde al cambio del factor tiempo en la ejecución del contrato. Por hechos no imputables al contratista y en la inmensa mayoría por el desconocimiento de obligaciones y deberes, especialmente surgidos durante la fase preparatoria y de planeación, el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado sino en uno mayor." (...)* "el oferente estructura sus costos según el periodo dispuesto para la ejecución. Si éste cambia, así la obra sea la misma por lo general se causan unos costos mayores a los previstos que en tanto obedezcan a incumplimientos de obligaciones y cargas de la entidad, deben ser reconocidos en aras de mantener incólume la ecuación contractual."⁸⁷

La Sección Tercera del Consejo en decisión de 2016⁸⁸ en la cual invoca precedentes suyos nos precisa:

"(...) 86. En términos de la jurisprudencia de la Sala, la mayor permanencia en obra:

... se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al

⁸⁷Dávila Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 2ª edición. Bogotá Legis Editores. 2003. pp. 501 y 502

⁸⁸ Expediente 29368. Radicación. 25000-23-26-000-1993-08717-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección B de la Sección Tercera. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 30 de noviembre de 2016

incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento.

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato⁸⁹, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida.⁹⁰...

(...)

"87. La extensión en el plazo de ejecución del contrato de obra por fuera de los plazos inicialmente previstos es un daño contractual cuyo entendimiento se justifica por la importancia del factor tiempo en la estructuración de los elementos de contrato, particularmente en el precio⁹¹, y

⁸⁹"La Sala ha dicho que "para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada entre otras providencias por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052."

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01(17031). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹¹ "El concepto de mayor permanencia en obra responde al cambio del factor tiempo en la ejecución del contrato. (...) Sin duda el factor tiempo es uno de los determinantes en el precio del contrato. El oferente estructura sus costos según el periodo dispuesto para la ejecución. Si este cambia, así la obra sea la misma, por lo general se causan unos costos mayores a los previstos que en tanto obedezcan a incumplimientos de obligaciones y cargas de la entidad, deben ser reconocidos en aras de mantener incólume la ecuación contractual." (DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. "Régimen jurídico de la contratación estatal" 3ª ed. Legis. Bogotá D.C. 2016, p. 716.)

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

que ha sido desarrollado por la jurisprudencia en tanto se demuestren, además de la prolongación, que esta sea atribuible a la administración, que no se deba al incumplimiento de las obligaciones del contratista, y que se demuestren los mayores costos generados por el exceso temporal..."

PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN POR MAYOR PERMANENCIA DEL CONTRATISTA EN LA OBRA

Ciertamente como lo dice **TRANSCARIBE S.A.** en su defensa, en armonía con la posición del Consejo de Estado en el tema, para que proceda el reconocimiento de la indemnización por mayor permanencia del contratista en la obra, al tiempo pactado en el contrato, deben acreditarse estos presupuestos o requisitos, con la carga probatoria que recae en el demandante, conforme la regla general probatoria establecida en el artículo 167 del CGP, que dice "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*":

1. Que la ejecución del contrato se haya extendido por un lapso superior al acordado por las partes en el contrato celebrado entre ellas;
2. Que esa mayor extensión no sea por hechos imputables al contratista;
3. Que el contratista haya cumplido debidamente sus obligaciones; y,
4. Que los mayores costos sean fruto de imprevistos que impliquen el rompimiento del equilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista.

La tesis del Tribunal es que en el presente caso **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no acreditó todos los presupuestos exigidos para que en el Laudo Arbitral se le pueda reconocer la indemnización solicitada por mayor permanencia de aquel en la obra. En consecuencia, habrá de disponerse en la parte resolutive del laudo denegar este tipo de pretensiones tanto las declarativas como las de condena. Veamos:

1. EXTENSION DEL CONTRATO POR UN TIEMPO SUPERIOR AL PACTADO

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

En cuanto al primer requisito, la extensión del plazo del contrato al acordado en el celebrado entre ellas no tiene discusión alguna, para lo cual no se toma el plazo acordado a la firma del contrato el 4 de febrero de 2011, sino el establecido por aquellas en la suscripción del Otrosí No. 8 del 26 de agosto de 2016, en el cual de un lado **PORTAL CALICANTO S.A.S.** renunció a cualquier reclamación precedente a esa fecha, del monto del contrato y forma de pago, y acordaron prorrogar el plazo de la etapa de construcción del Contrato de Concesión hasta el día treinta (30) de octubre de 2016, plazo extendido en los otrosí subsiguientes hasta la suscripción del Acta final de recibo de obras, firmada el 28 de febrero de 2018.

Los otrosí posteriores al No. 8 del 26 de agosto de 2016, fueron estos: (i) el Otrosí No. 9 firmado el 28 de octubre de 2016, en el que acordaron extender la etapa de construcción hasta el 30 de noviembre de 2016 y se disminuyó la etapa de reversión en un mes hasta el 30 de diciembre de 2016; (ii) el Otrosí No. 10 del 29 de diciembre de 2016, donde en su primera cláusula acordó la reversión hasta el 28 de febrero de 2017; (iii) el Otrosí No. 11 suscrito el 28 de febrero de 2017; (iv) el Otrosí No. 12 de 28 de abril de 2017 en el que se convino prorrogar el plazo de la etapa de reversión del Contrato de Concesión hasta el día 30 de junio de 2017; (v) El Otrosí No. 13 firmado el 29 de junio de 2017, que en su cláusula primera acordaron otra vez modificar el plazo del contrato en su etapa de reversión hasta el 30 de septiembre de 2017; (vi) suscripción del Acta final de recibo de obras del 28 de febrero de 2018.

Así las cosas y sin mayores análisis, por existir prueba documental del contrato de concesión, de sus otrosí y del Acta final de recibo de obras del 28 de febrero de 2018, documentos estos aceptados por ambas partes, se tiene por demostrada la existencia de la prolongación del contrato en el tiempo.

2. QUE LA MAYOR EXTENSIÓN DEL CONTRATO EN EL TIEMPO NO SEA POR HECHOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA

PORTAL CALICANTO S.A.S. simplemente adujo que las obras del contrato no se terminaron dentro de los tiempos previstos a partir del Otrosí No. 8 por las razones que arguye, o sea, la causa que encuentra es la entrada en vigencia anticipada del sistema sin concluir todas las obras, pero no probó que ello fuere la causa de los retardos en la entrega de las obras, y como dice la demandada, al revisar con detenimientos el texto contentivo de los Otrosí 9 al 14 no se aprecia que

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

PORTAL CALICANTO S.A.S. dejare "... *salvedades respecto de los supuestos perjuicios ocasionados con la mayor permanencia en que se incurrió con la suscripción de los mismos...*" (...) "*En ningún momento el concesionario impugnó tales ampliaciones de plazos, de ello no hay demostración alguna en las pruebas decretadas y debidamente practicadas en el proceso*", pero sí quedó constancia en los otrosí de las distintas salvedades que de ello hiciera **TRANSCARIBE S.A.**

Hay más: también aprecia el Tribunal en contrario al dicho de la demandante, que con el comunicado Interno N° TC-DJ-07.02-013-2018 de fecha 26 de febrero de 2018, queda probada la recomendación hecha al demandante al recibo final de las obras del deber de "... *acometer el arreglo por garantía o corrección de defectos o estabilidad de la obra, de las actividades que en este documento se relacionan...*", pues se demostró el dicho de **TRANSCARIBE S.A.** que al momento de suscribirse el Acta de Recibo final de obras existían detalles por corregir de parte del concesionario, lo cual consta en el Acta N° 35 de Recibo Final de Obra suscrita el 26 de febrero de 2018.

TRANSCARIBE S.A. dejó sentada en los textos de los Otrosí 9 al 14 de las causas de la suscripción de aquellos, aceptado por **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, y en ninguno de los otros si citados dice que la extensión del contrato fuere por hechos atribuibles a **TRANSCARIBE S.A.**, o que el uso de las obras sin la terminación total de aquellas, fuere la causa de los retardos en el avance de la construcción y, por el contrario, de mutuo acuerdo consensaron todos los Otrosí; es decir, no hay prueba documental al fundamento del petitum de **PORTAL CALICANTO S.A.S.** de su tercer grupo de pretensiones.

Pero además, el Panel Arbitral encuentra en el plenario prueba testimonial de personas que estuvieron actuando en la escena de los hechos y, con su dicho, explican en parte lo ocurrido y en ninguno de ellos se afirma que cuando se dio inicio a la operación del servicio, con pocos buses y luego a partir de octubre de 2016, fuere causa del retardo en el avance de las obras. En efecto, se recaudaron afirmaciones testimoniales en ese sentido, que el Tribunal retoma de esta manera:

El declarante **RAFAEL MENDOZA GOEZ** en su versión rendida a este Tribunal el 21 de febrero de 2019 expresó entre otras cosas lo siguiente:

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

"PREGUNTADO: Sírvase decirle al Tribunal si para iniciar la operación se necesitaba que estuviera totalmente terminada la infraestructura del Portal Patio y Taller, o no.?"

CONTESTADO: Los buses tienen su zona de parqueo que es la construcción del pavimento que es necesaria para poder operar, luego entonces TRANSCARIBE no podía exigir que antes del cumplimiento de las normas técnicas del pavimento se pudiera dar uso de éste.

Las normas técnicas tienen un tiempo de duración de cada uno de los proyectos que se están construyendo, para el tipo de pavimento que se hizo con solo 21 días de haber terminado, cualquier vehículo de los que está operando en el sistema podía hacer uso del pavimento; luego si usted mira en las actas de entrega eso fue mucho antes de que se iniciara la operación. Desde este punto de vista considero que no es cierto la afirmación que hace Portal Calicanto, es más, nosotros para poder permitir el uso de los ejes, llamo ejes la zona por donde van a circular los vehículos, luego entonces la operación al patio 1 debe ser desde el momento en donde parquea hasta el recorrido que hacen por el interior del portal para salir al sistema. Los buses no tienen nada que ver con la infraestructura que se construye entiéndase: almacén, edificio administrativo y lo que concierne a manejo de personal (...)

PREGUNTADO: Por favor nos aclara ¿En qué consistió la etapa de reversión?"

*CONTESTADO: La etapa de reversión es el momento en que el contratista le informa a **TRANSCARIBE** "ya terminé, voy a entregarle las obras", entonces es decir, lo que ya hizo se lo entrega a **TRANSCARIBE**, le revierte el trabajo que se hizo. Entonces en ese momento ya hay entrega definitiva, es decir que si en un mes todas las obras cumplen con la calidad y la normatividad, en un mes se vence la etapa de reversión y en un mes se hay que pagar el saldo, pero eso no se cumplió y no se cumplió por todo lo que acabo de explicar desde el principio hasta ahora, incumplimientos reiterativos en la entrega de las obras que se ejecutaron, se hicieron 35 actas de recibo parcial, el recibo parcial es diferente al recibo definitivo, el recibo parcial si yo entrega una vía, esa vía es para el uso, porque por calidad presuntamente debe estar lista para su uso, precisamente se hace para no entorpecer tanto la operación de sistema, es decir lo que ya esté apto para el uso, dese para*

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

el uso, pero no quiere decir que si las voy a entregar al servicio se me van a dañar, si se dañan es porque no cumple con la calidad ni con las especificaciones técnicas para la cual fueron diseñadas,

(...)

PREGUNTADO: Explíqueme al Tribunal que obras de detalles o que otros efectivos aún se encuentran pendientes de entrega.

CONTESTADO: Hay unas redes de telecomunicaciones que nunca se colocaron

(...)

Hay una construcción que hizo portal que es un pase de alcantarillado, que es el sifón de la red de alcantarillado, el cual de acuerdo a lo convenido con Aguas de Cartagena es la empresa la que debe recibir esos trabajos

(...)

El tema más álgido y que nos preocupa son las redes contraincendios, las redes contraincendios presentaron muchos defectos constructivos en el momento en que se quiso hacer la prueba de tanquidad.”

El testigo explicó el concepto de qué es la prueba de tanquidad:

“Es una cantidad de agua a presión que se le inyecta a las tuberías y se cierre herméticamente, se le mide la presión y este detecta en un tiempo determinado si hay pérdida de presión. Si hay pérdida de presión quiere decir que la tubería por algún punto de su recorrido está fugando líquido, en esos momentos hay que detectar las fugas y hay que corregirlas. Desde que comenzó la etapa de reversión Portal Calicanto efectivamente empezó a hacer las correcciones.

(...)

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

PREGUNTADO: ¿Qué otros pendientes quedaron, no en el informe al que usted viene haciendo referencia sino en el acta de recibo final que se hubieren adelantado o se hubieren cumplido ya?

CONTESTADO: Hay unos pendientes por calidad que hemos tenido algunas diferencias desde que se recibió la obra, el referente a la instalación de unos zócalos, dentro del edificio de Transcaribe. Hay unos pendientes con los operadores, en el operador, el Edificio Administrativo

Sobre el mismo tema de la entrada en operación del sistema antes de la terminación total de las obras el 21 de febrero de 2019 **ERCILIA BARRIOS FLÓREZ** declaró en sentido concordante al anterior testimonio:

PREGUNTADO: ¿Es lógico que hubieran recibido la obra con todos los pendientes que tenían o por el contrario era mejor suspender la obra y no firmar el acta de recibo en los términos en que se firmó?

CONTESTADO; El acta de recibo final los pendientes fueron básicamente, que yo recuerde, está el de aguas de Cartagena, está el de bomberos, porque no hemos recibido la red contraincendios aun cuando ellos pagaron y todo, no se ha recibido y es que debe recibir bomberos, nosotros no podemos recibir, tiene que recibirlo es bomberos, y lo de aguas de Cartagena, los demás son asuntos que se refieren es a calidad de la obra, no realmente que no se hayan ejecutado las actividades, por eso es que nosotros recibimos y suscribimos el acta de recibo final, dejamos la anotación. Nosotros llevamos un expediente en Transcaribe sobre como ha sido el comportamiento del contratista y como se han ido evacuando cada una de estas situaciones que para nosotros no se han terminado

El testigo **DIONISIO GERARDO ARANGO CANTILLO** quien declaró el 7 de marzo de 2019 expresó:

PREGUNTADO: Sírvase explicar al Tribunal todo lo que recuerde en relación con esos detalles que usted plasmó en su momento en los informes.

CONTESTADO: Como lo he venido, sosteniendo se presentaban ciertos inconvenientes en la ejecución de las obras, y como lo manifesté

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

recientemente, habían detalles constructivos que de inmediato los poníamos de presente para su corrección. A veces el momento de la elaboración de los otrosí habían ciertos detalles que no se habían tomado, entonces nosotros los plasmábamos ahí para que quedara constancia de que el concesionario o contratista debía tenerlos en cuenta, porque eran detalles importantes para el buen funcionamiento de las obras.

(...)

PREGUNTADO: Sírvase decirle al Tribunal si esos detalles del proceso constructivo que se debían corregir y que dieron lugar a los otrosí constituyeron en su momento un reconocimiento por mayor permanencia en obra, o debieron haber constituido un reconocimiento por mayor permanencia en obra.

CONTESTADO: No, para nada, en mí concepto no. Eso fue una cuestión concertada sin ninguna pretensión explícita del constructor. Decíamos “hay que ampliar el plazo del contrato por tales razones de tipo técnico”, pero que se puso de manifiesto en algún momento que fue por lo que usted expresó que había inconformidad de parte del contratista, o de parte de Transcaribe por efecto de esa ampliación, no.

PREGUNTADO: Diga si usted suscribió las actas de entrega parcial que se realizaron y si en esas actas se fueron habilitando espacios por parte de Portal Calicanto. Fueron recibiendo espacios determinados, y si esos espacios corresponden a los mismos que posteriormente fueron dados en operación, o se inició la operación a través de ellos, o si fueron espacios diferentes que nos estaban recibidos a satisfacción.

CONTESTADO: A medida que se iban recibiendo ciertas áreas de una vez se procedía a informarle a los operadores de que ya esas áreas estaban habilitadas para su funcionamiento.

PREGUNTADO: Si esas áreas que estaban habilitadas y esos espacios entregados por Portal Calicanto, como bien usted lo ha dicho, cuando no se necesitaban complementos entraron en operación porque se les entregaron a los otros operadores, ¿ello impedía que se continuara construyendo en las

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

otras áreas que no estaban habilitadas? ¿Eso impedía que Portal Calicanto pudiera seguir con su proceso constructivo?

CONTESTADO: Para nada, ellos entregaban esas áreas y se continuaban las obras en las otras áreas que les hacía falta detalles o algo de obras básicas.

El señor Carlos Coronado, quien fungió como secretario de la Alcaldía de Cartagena y gerente de **TRANSCARIBE S.A.S.**, dijo lo siguiente en su declaración judicial:

PREGUNTADO: Le pregunto sobre esa primera parte cuando usted todavía era Secretario de la Alcaldía, no había llegado a la Gerencia de Transcaribe, ¿Considera usted que todo este proceso que nos ha contado que fue bastante traumático, que lograron sacar con bastantes esfuerzos de adjudicación de la operación tuvo algún impacto en el contrato con Portal Calicanto que ya estaba celebrado? CONTESTADO: Bueno, fijate que a pesar de que hace parte de todo el proyecto Portal Calicanto podía tener independencia completa porque ellos estaban en el Gallo, ¿sabes dónde queda verdad? Es allá; que afectara la operación, no. Porque si no se podía entrar como al principio era, dábamos la vuelta por la rotonda y seguíamos por la troncal y el mantenimiento se hacía en un sitio que se habilitó allí.

PREGUNTADO: ¿Por qué se inició tomó esa decisión de iniciar a operación es esa etapa pedagógica que usted nos menciona antes de la entrega? CONTESTADO: Todos los proyectos funcionan así, los mejores de la clase son los paisas, los mejores de la clase son Metro Medellín, y los mejores de la clase nos asesoraban. Yo hice un contrato con Metro Medellín para que nos asesorara en la puesta en práctica de ese proyecto. Yo estaba de Gerente, y Dionisio era el Alcalde, y Metro Medellín nos asesoró, que la forma de ponerlo a funcionar era “empecemos a ver cómo nos va; que no está listo Portal Calicanto, que estaría listo dentro de un año, pero ¿qué está listo? Está listo donde van a tanquear, está listo la plataforma principal donde pueden dar la vuelta los buses”, había una porción que ya estaba lista, entonces “¿Cuántas estaciones estaban listas?, hay 5 estaciones de las 16 ,17; entonces nos vamos con 5”, de hecho nos fuimos con 2 estaciones: Bodeguita y María Auxiliadora. A la semana siguiente metimos otra estación más, esas no correspondían al contrato de Cepeda, sino de otros

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

contratistas. Así fue uno habilitando las 17 hasta llegar al Gallo, la 18, allí estaba Cepeda, o sea portal, la 18, Portal Calicanto, que fue la última que quedó lista. Todavía no está lista, todavía tiene muchos detalles.

Sin discusión alguna, el punto que se estudia constituye una posición pacífica reiterada en el tema por el Consejo de Estado, ha sido el que en materia contractual, cuando se trata de reclamaciones, observaciones o salvedades por desequilibrio económico ocasionado por mayor permanencia en obra, la oportunidad para presentarlas es al momento de la suscripción de la correspondiente modificación o adición, no siendo válidas las reclamaciones que se presenten con posterioridad a ésta, por vía de ejemplo citamos algunos apartes del Consejo de Estado:

“Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el

mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.”⁹²

3. QUE EL CONTRATISTA HAYA CUMPLIDO DEBIDAMENTE CON SUS OBLIGACIONES.

Este extremo queda subsumido en el estudio probatorio hecha para el tercer presupuesto particularmente a la prueba documental contenida en los Otrosí mencionados, especialmente en lo referido a las obras pendientes después de suscrito el acta de entrega de obras, lo que lleva al Tribunal a establecer que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** tampoco cumplió a tiempo con todas sus obligaciones de construcción de las obras, en los tiempos pactados, siendo pertinente aplicar de oficio la “exceptio non adimpleti contractus”

4. QUE LOS MAYORES COSTOS SEAN FRUTO DE IMPREVISTOS.

Al revisar el contenido de los Otrosí, fácil es apreciar que los mayores costos reclamados por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no son atribuibles a la convocada. Peor aún, no hay prueba que acredite perjuicio material en ese sentido o que se hayan causado y, de causarse, sea por imprevistos achacables a **TRANSCARIBE S.A.** que implicare el rompimiento del equilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista; o sea, que, además, la demandante debió probar los mayores costos reales en que hubiere incurrido al ejecutar actividades durante el plazo extendido, pero se limitó a cuantificar el valor de los mayores costos que reclama mediante dictamen rendido por peritos de la firma **INVERCOR S.A.S.** cuando en el dictamen aportado responde en el ítem 4.19 a la pregunta de “cuál fue el valor por mayor permanencia en la obra en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2017 y el 26 de febrero de 2018, ajustado la (sic) descuento a 31 de agosto de 2018” y afirman que a partir del 1 de enero de 2017 hasta el 26 de febrero de 2018, cuando se firmó el acta de recibo final de la obra, el CONCESIONARIO tuvo

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080): “

que incurrir en unos costos administrativos e indirectos (comisiones de la Fiduciaria y Revisoría Fiscal) que no fueron contemplados dentro del presupuesto, dado que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** finalizó las obras el 30 de noviembre de 2016; y luego presentan el monto de tales costos por la suma de \$1.202,9 millones de pesos colombianos, pero no discrimina aquellos costos. Por lo tanto, por medio de ese dictamen tampoco se probó los elementos que integran esos valores.

Al respecto, el Tribunal de Arbitramento considera ilustrativo presentar algunas decisiones judiciales precedentes en el tema:

“88. Sobre la prueba de los sobrecostos ocasionados, la Sala ha sido particularmente precisa en señalar que la sola premisa del exceso en el tiempo previsto para la ejecución del contrato no concede automática ni presuntivamente el reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en obra, por lo que resulta insuficiente probar este daño a partir de meras operaciones aritméticas que simplemente multipliquen los valores propuestos en la oferta por el tiempo extra en el que efectivamente se ejecutó la construcción. En criterio completamente pertinente para el caso que nos ocupa, la Sala ha establecido:

Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.⁹³

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1994. Exp. 8092. Actor: Agenor García. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterado por la misma Corporación en sentencia del 29 de enero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

89. Entonces, en aplicación del principio de la carga de la prueba, de acuerdo con el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen⁹⁴, la jurisprudencia exige que la prueba sobre sobrecostos por este concepto se concrete en aspectos puntuales (v.gr. el mayor costo de personal, de arrendamiento de equipos y máquinas, etc.), que no queden librados a la suposición del demandante o de los auxiliares de la justicia⁹⁵:

Si se hace una valoración de la manera como se calculó el perjuicio, se encuentra que lo que hizo el perito fue tomar los costos indirectos presupuestados por el oferente desde el momento de suscribir el contrato y duplicarlos en el nuevo período, en efecto “si el plazo se extiende a 20 meses más, se supone que se duplicaría su costo la suma (sic) que contempla los ítems siguientes.” (...)

Para la Sala esta operación o sistema de identificación del perjuicio resulta equivocada, y es inadmisibles, pues las pruebas que obran en el expediente no acreditan la existencia del mismo, y sólo demuestran el hecho presuntamente causante de este. En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.

⁹⁴ Código de Procedimiento Civil – Artículo 177 – inciso 1º: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

⁹⁵ Por ejemplo, sobre el perjuicio por mayor permanencia de la maquinaria en obra, la Sala encontró que el dictamen pericial practicado en el proceso analizado no estudió ni determinó “si la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta en realidad estuvieron permanentemente en la obra, pues bien puede suceder que algunos de ellos no se necesitaran en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las suspensiones, como es normal en la construcción y, siendo así, también cabe la posibilidad de que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueren utilizados sino hasta el momento en el cual realmente se necesitaran...” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de febrero de 2009. Rad. 25-000-23-26-000-1992-07929-01 (16103). C.P. Mauricio Fajardo Gómez)

El perito se circunscribió a “suponer” -tal como se expresa literalmente en el dictamen- que en el doble del tiempo inicial se causaban los mismos “costos indirectos” previstos en la propuesta, o en cifras y conceptos muy parecidos.

Incluso, se limitó a tomar el presupuesto de la oferta del contrato inicial para deducir el perjuicio a partir de allí. Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria -toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e items, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos.⁹⁶ ...”

La posición reiterada y consistente de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a las consecuencias del acuerdo de las partes en el acta de liquidación del contrato es de que no proceden pretensiones cuando de ello no se dejan salvedades en el acta de liquidación:

“Se advierte desde ahora que no proceden las pretensiones sobre aspectos no incluidos en las salvedades del acta de liquidación bilateral, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado (...) La Sala precisa que el fundamento de la jurisprudencia citada se encuentra en la fuerza vinculante del acta de liquidación bilateral, la cual se evidencia con apoyo, en la legislación vigente, en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 11 de la

⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008. Rad. 13001-23-31-000-1998-06856-01(15600). C.P. Enrique Gil Botero.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

Ley 1150 de 2007 , este último citado en el contrato sub júdice como regla de la liquidación del mismo.”⁹⁷

“Se reitera que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma la liquidación contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo en los siguientes puntos: i) en los aspectos que hayan sido materia de salvedad expresa; ii) en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o la falta de competencia de los representantes que suscriben la liquidación.”⁹⁸

“La Sala reitera nuevamente la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, acerca de la fuerza obligatoria de los acuerdos contractuales y del acta de liquidación bilateral del contrato, cuando se encuentran suscritos por los representantes de las partes contractuales, tal como ha sido expuesta en esta providencia. Con fundamento en todo lo anterior, se deniegan las pretensiones de la apelante en relación con los aspectos relacionados con las supuestas obras adicionales causadas por la apertura de vía de acceso al arroyo, manejo de lodos y sedimentos y/o por los cambios en los diseños.”⁹⁹ ...

97

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2016. Exp. 25000-23-26-000-2011-01090-01(50907), CP. Marta Nubia Velásquez Rico.

98

Sentencia 13 de abril de 2016, Exp. 26000-23-26-000-2007-00622-01(43764), CP. Marta Nubia Velásquez Rico.

99

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia de 17 de agosto de 2017. Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00006-01(52988)

6864

También invocamos ciertos precedentes proferidos en Laudos Arbitrales de este Centro de Arbitraje y Conciliación aplicables al sub lite:

“No hay duda entonces de los requerimientos especiales exigidos jurisprudencialmente para tener por comprobados los perjuicios generados por una mayor permanencia, de ahí que las pruebas que con tal objeto sean aportadas al proceso o practicadas en el mismo, deben ser demostrativas de la realidad misma de la obra y, de esta forma, dar cuenta de los sobrecostos en que efectivamente incurrió el contratista durante plazo adicional. Vale advertir que estos pronunciamientos jurisprudenciales se han proferido debido a la forma en que los contratistas del Estado han pretendido probar los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra, pues en no pocos casos, la prueba pericial practicada con este objeto se ha restringido a proyectar los sobrecostos supuestamente sufragados por el contratista, aplicando para ello una simple operación matemática en la que se multiplican (i) los valores convenidos en el contrato para los distintos ítems - generalmente contenidos en la propuesta económica-, por (ii) el tiempo en que resultó prorrogado el contrato...”¹⁰⁰

En otro laudo proferido en el año 2014 donde el Tribunal estuvo integrado por dos de los árbitros de este proceso se expresó:

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

¹⁰⁰Laudo Arbitral proferido en marzo 4 de 2013. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena. Perjuicios por mayor permanencia en la obra. Parte Convocante: Consorcio Vial Isla Barú Parte Convocada: Distrito Turístico Y Cultural De Cartagena De Indias Y Departamento Administrativo De Valoración Distrital De Cartagena De Indias. ÁRBITROS: Juan Carlos Expósito Vélez, Germán Alonso Gómez Burgos, Wilson Toncel Gaviria.

mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.... Así las cosas, atendiendo el principio de libertad probatoria, quien solicite la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de una mayor permanencia en obra, tendrá la carga de demostrar los costos adicionales efectivamente sufragados ...para lo cual deberá probar los pagos efectuados por concepto de la maquinaria y los equipos que se requerían para la ejecución de la obra y, además, que estos estuvieron en la zona a intervenir de forma permanente, esto es, durante el tiempo convenido en el contrato y, adicionalmente, durante el término de las prórrogas, pues solo así podrá considerarse como un sobre costo. ... Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 14.854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. ”¹⁰¹

Por último, en el Laudo Arbitral proferido en proceso donde fueron partes **PORTAL CALICANTO S.A.S.** y **TRANSCARIBE S.A.**, donde también se ocupó de estudiar los elementos estructurales de perjuicios por mayor permanencia en obra, pero referidos a situaciones acaecidas en el tiempo antes de la suscripción del otrosí No. 8, donde dijeron los Árbitros:

“.... La mayor permanencia en obra ha sido definida como aquella situación en la que el tiempo de ejecución de un contrato se ha prolongado más allá del término

¹⁰¹ Laudo Arbitral proferido en octubre 14 de 2014. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena. Parte convocante: constructora Montecarlo S.A.S. Parte Convocada: Distrito De Cartagena De Indias D.T Y C. Departamento administrativo de Valorización. Árbitros: Juan Carlos Expósito Vélez, Wilson Toncel Gaviria, Carlos e. Pareja Emiliani

inicialmente previsto y acordado, como consecuencia de hechos imputables a la administración pública o por circunstancias extrañas y ajenas a las partes contratantes. Cuando dicha circunstancia se presenta, generalmente ocasiona el rompimiento del equilibrio económico del contrato, toda vez que el contratista debe asumir unos sobrecostos los cuales deben ser reembolsados por la administración, con lo cual se restablece la ecuación económica del contrato. ... Dicho lo anterior, es preciso determinar cuáles son los presupuestos o requisitos que llevan a la prosperidad del reconocimiento del reembolso de sobrecostos por mayor permanencia en la obra. a) El primer requisito que se identifica, consiste en que la ejecución del contrato se haya extendido por un lapso superior al suscrito por las partes al momento de contratar, pues como ya se explicó, si no es así, no se estaría en presencia de una mayor permanencia en la obra, sino que simplemente se ajustaría al plazo pactado para su ejecución. En otras palabras, la mayor permanencia siempre debe sobrepasar el término inicialmente pactado para la ejecución del contrato. Al respecto es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que sostiene la necesidad de que "la mayor permanencia de obra se refiera a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato" 91655 (sic) 91 655 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 17.C31. En el mismo sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de abril de 1999. Expediente 14.855; Consejo de Estado, 100 b) En segundo lugar, como requisito de la mayor permanencia, es necesario acreditar que esa mayor extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, puesto que, si así lo fuera, se trataría de un incumplimiento por su parte, circunstancia que no permitiría el reconocimiento de los sobrecostos incurridos. El Consejo de Estado ha manifestado, que los hechos que originan la mayor permanencia deben ser ajenos al control y responsabilidad del contratista (...) e) Como tercer requisito aparece que el contratista haya cumplido con su débito contractual, puesto que si éste no ha ejecutado debidamente sus obligaciones, también se encontraría en un incumplimiento que podría dar origen a la extensión del tiempo por su conducta. En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido. De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un periodo más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida(sic) (Subrayas y negrilla fuera del texto) d) Por último, el cuarto

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

requisito hace referencia a que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra, por ello, se debe acreditar que dichos sobrecostos hayan sido imprevistos y. (sic) a su vez, que se haya generado el rompimiento del equilibrio económico del contrato en su perjuicio. En este punto, el Consejo de Estado ha dejado de reconocer el reembolso al que conlleva la mayor permanencia en obra, por la falta de prueba que acredite los costos adicionales en que incurrió el contratista en razón de esa prolongación en el tiempo (...). ...¹⁰²

De todo lo estudiado y pruebas analizadas el Panel Arbitral reitera su tesis del deber de negar las pretensiones planteadas como tercer grupo de pretensiones principales en razón a que **PORTAL CALICANTO S.A.S.** no probó los elementos que viabilizan el reconocimiento dinerario de la mayor permanencia en la obra y está de acuerdo con la postura del Agente del Ministerio Público, quien afirmó que *"...si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual..."*, y así se habrá de disponerse en la parte resolutive de este Laudo Arbitral.

GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS A LOS TRES GRUPOS DE PRETENSIONES

Como quiera que este grupo de pretensiones, la parte demandante la presenta condicionada a que no prosperare ninguna de las pretensiones de alguno de los tres grupos de pretensiones ya estudiado, y como quiera que prosperaron algunas, por sustracción no es de recibo estudiar el grupo de pretensiones subsidiarias propuesta.

En consecuencia, habrá de denegarse estas pretensiones, y así se dispondrá .en la parte resolutive del laudo

¹⁰² Laudo Arbitral proferido en mayo 2 de 2016. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena. Parte convocante: Portal Calicanto S.A.S. Parte Convocada: Transcribe S.A. Árbitros: Rafael Lafont Pianeta, Juan Carlos Expósito Vélez y Patricia Mier Barros.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

GRUPO DE PRETENSIONES COMUNES A TODOS LOS GRUPOS DE PRETENSIONES

En este grupo de pretensiones, lo que pide la parte demandante es: a) que se indexen las condenas; b) el pago de costas y gastos de funcionamiento del tribunal; c) agencias en derecho y d) intereses moratorios a la máxima tasa legal sobre todas las sumas reclamadas, sobre las cuales sea procedente, desde la notificación de la demanda a **TRANSCARIBE S.A.**

Frente a la solicitud de indexación de las condenas, a las ordenadas por el Tribunal ya se refirió a ese punto en el momento de estudiar cada una de las pretensiones de condena, y a las que se accedió se ordenó indexarse, por lo que no es pertinente volver a ordenar lo mismo de manera separada.

Sobre la petición de costas, gastos del tribunal y agencias en derecho, se denegarán por las razones indicadas en el capítulo cuarto de este laudo, y así se dispondrá en la parte resolutive.

En cuanto a la petición de intereses moratorios causados durante el transcurso de este proceso, ciertamente conforme al artículo 94 del Código General del Proceso, cuando la constitución en mora no se ha establecido de otra manera, su causación comienza a partir de la notificación, en este caso del auto admisorio de la demanda arbitral.

Ahora bien, en el presente caso ello fuere así, si los distintos grupos de pretensiones principales y subsidiarios, no tuvieron discusión procesal alguna, lo que no fue cierto, al punto que, muchas de las peticiones fueron negadas y a las que se acceden constituidas a partir del reconocimiento que hace el panel arbitral en esta decisión, por lo que si no se había constituido el valor a deber, es imposible de imposibilidad absoluta, reconocer mora por el no pago de un dinero que aún no se sabe si se adeuda o no; es decir, sólo a partir de este laudo se sabe, en relación con las pretensiones planteadas en la demanda, qué debe **TRANSCARIBE S.A.** a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, razones estas suficientes para denegar la petición de intereses "causadas durante el pleito".

CAPÍTULO CUARTO

COSTAS, AGENCIAS EN DERECHO Y LIQUIDACIÓN DE LOS VALORES A RECONOCER

1. COSTAS

Ciertamente en la cláusula 80.5 del contrato de concesión las partes convinieron en que si había diferencias entre ellas y fueren dirimidas en arbitral, los gastos que se ocasionen serán de cargo de aquella que resulte vencida, pero también es verdad que: (i) el artículo 365 del CGP, aplicable al caso por remisión implícita del Estatuto Arbitral, establece en sus numerales 5º y 9º que en caso de prosperidad parcial de la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, como también que las estipulaciones entre las partes sobre costas se tendrán por no escritas y, (ii) adicionalmente los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 condicionan la condena en costas a conducta temeraria o abusiva, por lo que observando lo anterior aplicable al caso el Tribunal se abstendrá de imponerlas, pues hubo prosperidad parcial de la demanda y los apoderados de ambas actuaron con elegancia iuris durante todo el proceso

G. P en lo pertinente: "*Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas...*".

Para el Tribunal, la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda reprochar y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, tal como han sido interpretados y aplicados por la jurisprudencia administrativa⁷²⁹, al estar condicionada la condena en costas a una actuación temeraria o abusiva. Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal se abstendrá de imponerlas, en consonancia con el artículo 188 del CPACA y especialmente el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P., por remisión expresa del artículo 306 del CPACA.

2. AGENCIAS EN DERECHO

De las agencias en derecho, el Tribunal se abstendrá de imponerlas por las mismas razones indicadas en relación con las costas, antes expresadas.

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcribe S.A.

6870

3. LIQUIDACIÓN DE LOS VALORES A RECONOCER

El Tribunal Arbitral, si bien encuentra el dictamen contable anexo a la demanda como una prueba pertinente de la que toma algunos de sus análisis, se separa del resultado del valor de las condenas, por lo que se indica en este ítem, pero, además, por lo ya estudiado en lo tocante a intereses moratorios en otro aparte de este laudo.

Siendo ello así, la liquidación del valor de las condenas ordenadas en el laudo, o las sumas reconocidas, se hará aplicando la siguiente fórmula de indexación, de conformidad con lo que ha venido estableciendo el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

$$R = Rh \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

En que

R= Valor presente

Rh= Valor que se actualizará

IPC Inicial = Índice de precios al consumidor

IPC Final= Índice de precios al consumidor que corresponde al vigente para el mes en que se profiere el laudo

Con esta claridad procedemos a actualizar las sumas reconocidas así:

El valor del daño emergente por los intereses pagados por **PORTAL CALICANTO S.A.S.** a sus bancos financiadores correspondiente, de conformidad con los documentos aportados con la demanda, es de \$ 4.730.000.000.00, cifra que actualizada en el IPC a la fecha del laudo arbitral utilizando el último IPC publicado por el DANE, correspondiente a junio de 2019, arroja un valor total de \$ 5.218.134.015 como se observa en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR HISTÓRICO	FECHA INICIAL	IPC INICIAL Septiembre 2016	IPC FINAL LAUDO ARBITRAL	FACTOR IPC=IPC INICIAL/IPC FINAL	VALOR ACTUALIZADO
Daño emergente (intereses pagados por Portal Calicanto a sus financiadores)	COP\$4.730.000.000.00	Septiembre de 2016	152,52	168,26	1,10319958038	COP\$ 5.218.134.015,00

El valor de los descuentos y retenciones efectuados por la fiduciaria BBVA por órdenes de **TRANSCARIBE S.A.** y que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato y que deberá pagar la Parte Convocada a la Parte Convocante, corresponden a \$ 10.135.700.000.00, descontado el

6871

Tribunal de Arbitramento
 Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
 Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
 Demandado: Transcaribe S.A.

correspondiente a la seguridad democrática, de conformidad con lo establecido arriba, que correspondió a la suma de \$324.900.000.00, cifra que fue actualizada en el dictamen pericial hasta el 31 de agosto de 2018, por que corresponderá actualizar el valor de la condenada, por este concepto, con el IPC desde septiembre de 2018 a la fecha del laudo arbitral utilizando el último IPC publicado por el DANE, correspondiente a junio de 2019, arroja un valor total de \$10.839.949.000,56, como se observa en el siguiente cuadro:

CONCEPTO		VALOR HISTÓRICO	FECHA INICIAL	IPC INICIAL Agosto 2018	IPC FINAL LAUDO ARBITRAL	FACTOR IPC=IPC INICIAL/IPC FINAL	VALOR ACTUALIZADO
Descuentos y retenciones efectuados por la fiduciaria BBVA por órdenes de TRANSCARIBE S.A. y que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato y que deberá pagar la Parte Convocada a la Parte Convocante	Retenciones Indexadas	\$3.781.200.000.00	Septiembre 2018	163,66	168,26	1,0281070512	\$3.887.478.381.00
	Descuentos indexados	\$6.762.400.000.00	Septiembre 2018	163,66	168,26	1,0281070512	\$6.952.471.125.00

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. Denegar las objeciones formuladas por **TRANSCARIBE S.A.** al dictamen rendido por los peritos **EDUARDO SOTO FERRERO** y **NATALIA RUIZ ORTEGA** en nombre de la Banca de Inversión **INVERCOR** en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO. Abstenerse de ordenar honorarios para los peritos **EDUARDO SOTO FERRERO** y **NATALIA RUIZ ORTEGA** por no haberse causado, por no ser ordenado el dictamen por el Tribunal Arbitral

TERCERO. Declarar infundada la tacha a los testigos **ARTURO CEPEDA FACIOLINCE**, **VERENA CAMACHO DÍAZ** y **CARLOS VERGARA EMILIANI**, en

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.AS.
Demandado: Transcribe S.A.

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

CUARTO. Denegar todas las pretensiones principales declarativas del primer grupo de pretensiones, la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO. Denegar las pretensiones principales de condena del primer grupo de pretensiones; o sea, la primera y segunda, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO. Denegar las primeras pretensiones declarativas subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones; o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SÉPTIMO: Denegar la primera pretensión subsidiaria a la primera pretensión declarativa de las primeras pretensiones subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Denegar las pretensiones de condena subsidiarias a las primeras pretensiones del primer grupo de pretensiones; o sea, la primera y segunda, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Denegar las segundas pretensiones declarativas subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales; o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Denegar la primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión declarativa de las segundas pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO PRIMERO: Denegar la primera y segunda pretensiones de condena de las segundas pretensiones de condena subsidiarias a las pretensiones del primer

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

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

DECIMO SEGUNDO: Denegar la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión de condena de las segundas pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO TERCERO: Denegar la quinta y séptima de las terceras pretensiones subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones declarativas, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO CUARTO: Denegar la primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión declarativa de las terceras pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO QUINTO: Denegar la segunda pretensión de condena de las terceras pretensiones subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones y la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión de condena de las terceras pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO SEXTO: Por sustracción, denegar las cuartas pretensiones subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales; o sea, las declarativas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y la primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión declarativa de las cuartas pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO SÉPTIMO: Por sustracción, denegar la primera y segunda pretensión de condena de las cuartas pretensiones subsidiarias a las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales y la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión de condena de las cuartas pretensiones subsidiarias al primer grupo de pretensiones principales, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

DECIMO OCTAVO: Denegar todas las pretensiones comunes a las pretensiones principales y subsidiarias del primer grupo de pretensiones, declarativas; o sea, la primera, la primera pretensión subsidiaria a esta, la segunda y primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión declarativa del grupo de pretensiones comunes a todas las pretensiones del primer grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO NOVENO: Denegar las pretensiones de condena al anterior grupo de pretensiones declarativas y la primera pretensión subsidiaria a la segunda pretensión declarativa del grupo de pretensiones comunes a todas las pretensiones del primer grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO: Denegar las pretensiones principales declarativas del segundo grupo de pretensiones principales relativas al pago incompleto del valor del contrato; o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y decima primera de este grupo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: Denegar la pretensión de condena del segundo grupo de pretensiones principales, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Denegar las primeras pretensiones declarativas subsidiarias a las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales; o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, decima, decima primera, la primera y segunda pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión declarativa de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: Denegar la primera pretensión de condena subsidiaria a las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales y la primera y segunda pretensión subsidiaria a la primera pretensión de condena de las primeras pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

VIGÉSIMO CUARTO: Denegar, por sustracción, la primera pretensión subsidiaria a la décima primera pretensión declarativa de las segundas pretensiones subsidiarias del segundo grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo

VIGÉSIMO QUINTO: Denegar todas las pretensiones declarativas del tercer grupo de pretensiones principales relacionadas con la mayor permanencia en obra, o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo

VIGÉSIMO SEXTO: Denegar todas las pretensiones de condena del tercer grupo de pretensiones principales; o sea, la primera, segunda y tercera, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Denegar todas las pretensiones declarativas subsidiarias a los tres grupos de pretensiones principales, primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO OCTAVO: Denegar todas las pretensiones declarativas del tercer grupo de pretensiones principales relacionadas con la mayor permanencia en obra, o sea, la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO NOVENO: Denegar todas las pretensiones de condena del tercer grupo de pretensiones principales; o sea, la primera, segunda y tercera de este grupo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TRIGÉSIMO: Denegar todas las pretensiones declarativas subsidiarias a los tres grupos de pretensiones principales, primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Denegar, por sustracción, del grupo de pretensiones comunes a todos los grupos de pretensiones, las siguientes:

6876

- Que se indexen las condenas, por venir resueltas en otro de los grupos de pretensiones, ordenándose indexar las pretensiones a las que se acceden;
- Las atinentes a pago de las costas, agencias en derecho y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral, por las consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo;
- Los intereses moratorios sobre las sumas reclamadas desde la notificación de la demanda.

Todo este grupo de pretensiones se deciden en los estrictos términos indicados en la parte motiva del laudo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Denegar todas las excepciones propuestas por **TRANSCRIBE S.A.**, por las estrictas razones indicadas en la parte considerativa del laudo, así:

- Del primero grupo de pretensiones: la de contrato cumplido, y la de cobro de lo no debido; y,
- Del segundo grupo de pretensiones: la de estricto cumplimiento de la ley, y la de falta de legitimación en la causa por activa.

TRIGÉSIMO TERCERO: Acceder a la excepción propuesta por **TRANSCRIBE S.A.** al tercer grupo de pretensiones, denominada "relacionados con la mayor permanencia en obra", por las estrictas razones indicadas en la parte considerativa del laudo.

TRIGÉSIMO CUARTO: Acceder a estas terceras pretensiones subsidiarias de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales; o sea, declarar la prosperidad de la primera, segunda, tercera, cuarta y sexta de este grupo de pretensiones, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo

TRIGÉSIMO QUINTO: Acceder parcialmente a las segundas pretensiones declarativas subsidiarias a las pretensiones principales del segundo grupo de pretensiones; o sea, declarar la prosperidad de la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava, novena, décima y decima primera pretensiones de este grupo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, excluyendo de estas la relativa al impuesto de seguridad

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcribe S.A.

6899

democrática, que corresponde a la sexta de este grupo de pretensiones subsidiarios.

TRIGÉSIMO SEXTO: Condenar a **TRANSCARIBE S.A.** a pagarle a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, los perjuicios sufridos a título de daño emergente por los intereses que se vio obligada a pagar a sus financiadores, que indexados desde el 30 de septiembre de 2016 al 19 de septiembre de 2019, día del laudo, con la fórmula de usanza del Consejo de Estado en el periodo da la suma a condenar por este concepto, de COP\$5.258.220.759,60, más intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

TRIGÉSIMO SEPTIMO. Condenar a **TRANSCARIBE S.A.** a pagarle a **PORTAL CALICANTO S.A.S.**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la totalidad de las sumas descontadas o retenidas, exceptuando el impuesto de seguridad democrática, que indexados al 19 de septiembre de 2019, día del laudo, con la fórmula de usanza del Consejo de Estado en el periodo da la suma a condenar por este concepto, de COP\$10.839.949.000,56, más intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Sin condena en costas ni agencias en derecho, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. Por lo tanto, denegar la segunda pretensión del grupo de pretensiones comunes a todos los grupos de pretensiones de la demanda

TRIGÉSIMO NOVENO: Las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en los articulas 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUADRAGÉSIMO: Sin sanción en cuanto al juramento estimatorio en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En firme este laudo, se ordena el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de

Tribunal de Arbitramento
Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena
Demandante: Portal Calicanto S.A.S.
Demandado: Transcaribe S.A.

Cartagena de Indias D.T. y C., conforme a lo previsto en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Expedir copias auténticas del presente Laudo Arbitral a cada una de las partes y al señor Procurador Delegado a este Proceso como agente del Ministerio Público, con las constancias de ley para los fines del artículo 114 numeral segundo del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


WILSON TONCEL GAVIRIA
Presidente


NICOLÁS PAREJA BERMUDEZ
Arbitro


CARLOS PAREJA EMILIANI
Arbitro


ERICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA
Secretaria