

**ANÁLISIS DE DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS
ESTATALES**

LAURA MARÍA RODRÍGUEZ QUINTERO



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2016**

**ANÁLISIS DE DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS
ESTATALES**

LAURA MARÍA RODRÍGUEZ QUINTERO

**DIRECTOR
GUSTAVO ZAFRA ROLDÁN**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ABOGADA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2016**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| CARTA DIRIGIDA A LA BIBLIOTECA | 1 |
| ANEXO 2 CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES (LICENCIA DE USO)..... | 2 |
| ANEXO 3 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE GRADO | 4 |
| PORTADA..... | 6 |
| CONTRAPORTADA..... | 7 |
| NOTA DE ADVERTENCIA..... | 8 |
| TABLA DE CONTENIDO | 9 |
| FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (1) FLOR ELCY PACHÓN FUENTES VS. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P | 10 |
| FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (2) BANCO DE LA REPÚBLICA VS. FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE | 22 |
| FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (3) INTERASEO S.A. E.S.P., ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN S.A. Y CONSULTORES UNIDOS S.A. VS. EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. - DISPAC S.A. E.S.P | 45 |
| FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (4) INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA VS. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P | 70 |
| FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (5) UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO VS. CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. EN EJECUCIÓN DE ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN Y CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. | 86 |

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (1)

| I. IDENTIFICACIÓN | |
|---|---|
| Laudo arbitral de: | FLOR ELCY PACHÓN FUENTES Vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P |
| Convocante | FLOR ELCY PACHÓN FUENTES |
| Nacionalidad del convocante | Colombiana |
| Naturaleza del Convocante | Persona natural |
| Sector de Actividad Económica | Distrital |
| Convocado | EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P |
| Nacionalidad del convocado | Colombiana |
| Naturaleza del Convocado | Empresa Industrial y Comercial del Estado |
| Subsector del sector público | Sector de servicios |
| Ciudad y fecha del laudo | Bogotá, 17/02/2012 |
| Centro de arbitraje | Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá |
| Árbitro(s) | Marcel Tangarife Torres |
| Secretario (a) | Eugenia Barraquer Sourdis |
| Se presentó demanda de reconvención | No |
| Cuantía de la demanda principal | \$79.349.689 |
| Cuantía de la demanda de reconvención | N/A |
| | |
| II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO | <p>Se celebró contrato de interventoría número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 entre FLOR ELCY PACHÓN y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. cuyo objeto era la Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera para la construcción de las prolongaciones de alcantarillado sanitario y pluvial de algunos barrios de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá.</p> <p>En anexo de Condiciones Adicionales al Contrato se previó la cláusula compromisoria en virtud de la cual, las controversias y diligencias relativas a la aceptación de la oferta y su ejecución que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de las controversias, serán sometidas a un Árbitro y existiendo controversia contractual, el 17 de septiembre de 2010 se presentó la demanda que dio origen al trámite arbitral, donde pretende la Convocante en primer lugar que se declare que entre las partes se</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>suscribió el contrato de interventoría y a su vez que el mismo se ejecutó a cabalidad dentro del término inicialmente pactado.</p> <p>Pidió también declarar que la empresa demandada le reconozca y cancele, por el hecho de adicionar en tiempo y dinero determinados contratos, el valor dinerario por las respectivas adiciones de la interventoría realizada, recordando que por decisión de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. fue FLOR ELCY PACHÓN, quien realizó y cumplió cabalmente la interventoría a las adiciones en plazo y valor a los contratos de obra indicados, en la forma y términos pactados.</p> <p>Adicionalmente solicitó que se declare que la demandada se encuentra en mora de cancelarle el precio correspondiente a la interventoría realizada a las adiciones en valor y plazo a los contratos indicados y que por tal motivo incurrió en responsabilidad e incumplimiento al no haberle cancelado los precios correspondientes, generando así daños y perjuicios económicos.</p> <p>Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, solicita la demandante que la empresa demandada sea condenada a pagar el valor correspondiente a lo dejado de pagar junto con sus intereses y pretende por último que se liquide el contrato de interventoría debido a que la administración no lo hizo siendo su obligación.</p> <p>Dentro del término pertinente, la empresa demandada formuló las excepciones de mérito denominadas: i) inexistencia del derecho que se pretende debido a que se trata de un caso en donde se aceptaron las solicitudes de la persona interventora; ii) actuaciones contra los actos propios, es decir, que la interventora fue quien solicitó las prórrogas; iii) inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio y; iv) negación plena del derecho acusado.</p> |
| | |
| <p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p> | |
| <p>Problema(s) jurídico(s) principal(es)</p> | <p>¿Existe un incumplimiento del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP al no haberle pagado a la contratista los valores correspondientes a las prórrogas probadas?</p> <p>¿Deben ser pagadas a la convocante las adiciones o prórrogas del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-</p> |

| | |
|-----------------|---|
| | 2006 del 27 de diciembre de 2006, así como actualizaciones e intereses sobre esas? |
| Ratio decidendi | <p>Para saber si existió o no incumplimiento del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 y seguidamente determinar si deben ser pagadas las adiciones o prórrogas del citado contrato a la parte Convocante, el Tribunal tiene en cuenta en primer lugar el régimen jurídico y régimen de contratación aplicable al contrato.</p> <p>Se parte de la base de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, en ese sentido y siguiendo lo establecido en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 17 de la Ley 42 de 1994, el régimen aplicable es el del derecho privado, no obstante, cuando excepcionalmente se incluyen en el contrato cláusulas exorbitantes, el régimen aplicable será el Estatuto de Contratación Estatal. En el caso particular, en las Condiciones Adicionales al Contrato se lee una cláusula denominada “CADUCIDAD ADMINISTRATIVA” en virtud de la cual <i>cuando durante la ejecución de la oferta aceptada y no obstante la aplicación de las multas de apremio previstas, se compruebe que el interventor persiste en el incumplimiento, durante cuatro (4) meses, de sus obligaciones frente a los sistemas generales de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, SENA e ICBF, el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa, en los términos del artículo 1 de la Ley 828 de 2001</i>, las anteriores consideraciones hacen que el Tribunal concluya que el régimen aplicable al Contrato de Interventoría entre las partes, sea el Estatuto de Contratación Estatal.</p> <p>Otro tema determinante para resolver los problemas jurídicos planteados, es el del equilibrio económico del contrato en virtud del cual se pretende el mantenimiento, durante la ejecución del contrato, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de septiembre 18/2003 -Exp. 15119-). De acuerdo con ello, la relación contractual genera contraprestaciones mutuas entre las partes. Por otro lado, en el laudo arbitral que resolvió la controversia surgida entre Marán Ltda. y ByR Construcciones Ltda. con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ</p> |

E.S.P., fechado el 9 de agosto de 2011, se dijo que son varias las situaciones que hacen que el contrato pueda adolecer de factores que afecten el equilibrio económico y financiero, todas ellas que pueden presentarse por errores acaecidos antes de la celebración del contrato como durante la ejecución del mismo, ambos ocasionan un perjuicio para el contratista y alteran notablemente el equilibrio contractual desde el punto de vista económico. Si lo que se busca es equilibrio económico del contrato, se debe ir a la génesis del mismo y a la normatividad que le fue aplicable desde el principio -siendo esta el Manual de Contratación de la EAAB y Estatuto de Contratación Estatal en los vacíos de la anterior- para determinar si existió o no incumplimiento del contrato de interventoría. Del Manual se infiere que, de conformidad con la invitación que hizo la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO, la Convocante presentó **oferta** para la ejecución del contrato y quedó establecido mediante carta la **aceptación** de la oferta y de esa manera surgió el contrato, contrato que establece la posibilidad de ser objeto **de adiciones y prórrogas** pues eso se lee de las cláusulas sobre Forma de Pago establecidas en las Condiciones Adicionales al Contrato: en su parágrafo primero establece en el literal d que *“si el contrato de obra se adiciona en valor y plazo, es optativo para el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ continuar o no con el contrato de INTERVENTORÍA”* (subrayado fuera de texto). Por su parte, el literal b consigna que *“si por alguna razón el contrato de obra al cual se le está haciendo la interventoría se prorroga, se continuará pagando el valor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable proporcional al avance de la obra”*. Existe una clara diferencia entre las adiciones y las prórrogas a los contratos de obra objeto de interventoría, y las prórrogas al contrato de interventoría pues las primeras abren la posibilidad de las adiciones y prórrogas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006.

Así como se hace referencia al equilibrio económico del contrato -tema determinante en el caso- el Tribunal se pronuncia sobre la **doctrina de los actos propios**, en virtud de la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos, ello sustentado en el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. En ese sentido, le correspondía a la Convocante alegar dentro de los momentos correspondientes de la ejecución del contrato, cualquier reclamación relativa al pago de las adiciones al contrato y al no hacerlo, cerró la posibilidad de realizar cualquier solicitud en sede judicial, y esa es la razón por la cual no le asiste razón a la Convocante al

| | |
|---|--|
| | <p>reclamar suma alguna de dinero por las <u>adiciones al contrato</u> de interventoría técnica, administrativa y financiera número 2-15-30100 801-2006. En efecto las adiciones del contrato de interventoría están ligadas a las adiciones de los contratos de obra objeto de aquel, y de acuerdo con el literal d de la cláusula sobre forma de pago de las condiciones adicionales al contrato, es OPTATIVO de la EAAB continuar o no con el contrato de interventoría.</p> <p>Por su parte y siguiendo lo establecido en la cláusula de Forma de Pago en las Condiciones Adicionales al Contrato, le cabe razón a la Convocante al solicitar el pago del valor “del costo fijo mensual pactado” de cada una de las <u>prórrogas</u> acordadas entre las partes, toda vez que, de no reconocerse dicho pago, se afectaría el equilibrio económico del contrato atrás mencionado.</p> <p>Concluye el Tribunal que existió un incumplimiento parcial por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP respecto de las prórrogas acordadas entre las partes y siguiendo ese razonamiento, considera el Tribunal que se debe el reconocimiento y pago del valor del costo fijo mensual de las prórrogas del contrato acordada por las partes, sin hacer referencia a las adiciones del contrato por lo atrás explicado.</p> |
| Tema principal | Contrato de interventoría (régimen jurídico, régimen de contratación, oferta y aceptación) |
| Tema Accesorio 1 | Equilibrio económico del contrato |
| Tema Accesorio 2 | Adiciones y prórrogas al contrato de interventoría |
| Tema Accesorio 3 | Teoría de los actos propios |
| | |
| IV. CLASIFICACIÓN | |
| Tipo de Contrato | Contrato de Interventoría |
| Subclasificación | Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera |
| | |
| V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | |
| Posición del Ministerio Público | El agente del Ministerio Público encargado de intervenir en la diligencia fue el Procurador 127 Judicial II Administrativo, doctor Oscar Yesid Ibáñez Parra, quien presentó solicitud de nulidad de lo actuado por falta de competencia del Tribunal, sin embargo, la misma fue rechazada por parte del Tribunal y en la audiencia de alegatos de conclusión intervino presentando su concepto verbalmente, razón por la cual no se puede determinar si su posición fue a favor, en contra o en contra parcial de la entidad pública. |
| | |

| VI. FUENTES RELEVANTES | |
|-------------------------------|---|
| Normativas | <p>Objeción al dictamen pericial.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil: artículo 238 (contradicción del dictamen). <p>Régimen jurídico y de contratación de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 489 de 1998: artículo 85 (Empresas Industriales y Comerciales del Estado). • Ley 142 de 1994: artículo 17 (naturaleza de las empresas de servicios públicos); artículo 31 (régimen de la contratación de las entidades estatales). • Ley 80 de 1993: artículo 2 (de la definición de entidades, servidores y servicios públicos); artículo 13 (normatividad aplicable a los contratos); artículo 14 (de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual). • Ley 828 de 2003: artículo 1 (norma para el control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social). • Manual de Contratación de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. <p>Equilibrio económico del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 80 de 1993: artículo 4 (de los derechos y deberes de las entidades estatales); artículo 5 (de los derechos y deberes de los contratistas) <p>Oferta, aceptación y contrato de interventoría.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Manual de Contratación de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.: artículo 10 (mecanismo de oferta y su aceptación). <p>Adiciones y prórrogas al contrato de interventoría.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Condiciones Adicionales al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006: cláusula sobre Forma de Pago: literal d (adiciones y prórrogas del contrato de interventoría); literal b (prórrogas de los contratos de obra). |
| Jurisprudencia Judicial | <p>Equilibrio económico del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de septiembre 18/2003. Exp. 15119. “(...) el</u> |

| | |
|--|---|
| | <p><i>llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración. (...)”</i></p> <p>Adiciones y prórrogas al contrato de interventoría / Teoría de los actos propios.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia N° 25000-23-26-000-1994-09845-01 (1485) de agosto 29/2007. “(...) la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual tiene sustento en el principio de la buena de o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas. (...)”</u> |
| Jurisprudencia Arbitral | <p>Objeción al dictamen pericial.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Arbitramento de Prosantana S.A Vs. Distrito Capital, Laudo de 18 de diciembre de 2000, Cámara de Comercio de Bogotá. “El error grave, por consiguiente, no puede hacerse consistir en las apreciaciones, puntos de vista, críticas o inconformidades, que sobre determinados aspectos o respuestas del dictamen tengan las partes, o una de éstas (...)”.</u> <p>Equilibrio económico del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Laudo arbitral entre Marán Ltda. y ByR Construcciones Ltda. con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., del 9 de agosto de 2011. “(...) son varias las situaciones que hacen que el contrato pueda adolecer de factores que afecten el equilibrio económico y financiero, todas ellas que pueden presentarse por errores acaecidos antes de la celebración del contrato como durante la ejecución del mismo (...)”</u> |
| VII. DURACIÓN DEL PROCESO | |
| Duración del Proceso desde la presentación de la demanda | 516 días |
| Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite | 339 días |
| Suspensiones solicitadas por las partes | 63 días calendario |
| Suspensiones por causa legales | 0 |

| | |
|--|--|
| <p align="center">VIII. DECISUM Respuesta al problema planteado</p> | |
| <p align="center">PRETENSIONES</p> <p>1. Que se declare que entre las partes del proceso se suscribió Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, para los contratos de obra números 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611-2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006.</p> <p>2. Que se declare que la demandante, en cuanto a las obligaciones a su cargo, ejecutó el contrato a cabalidad dentro del término inicialmente pactado.</p> <p>3. Que se declare que la demandada debe reconocerle y cancelarle a la demandante, por el hecho de adicionar en tiempo y dinero los contratos 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611-2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006, el valor dinerario por las adiciones de la interventoría realizada a dichos contratos en los montos pactados.</p> <p>4. Que se declare que, por decisión de la demandada, la demandante fue quien realizó la interventoría a las adiciones en plazo y valor a los contratos de obra</p> | <p align="center">DECISIÓN</p> <p>El Tribunal resuelve: DECLARAR que entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y FLOR ELCY PACHÓN FUENTES se suscribió el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.</p> <p>DECLARAR que la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES ejecutó y cumplió sus obligaciones dentro del término inicialmente pactado para la ejecución del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.</p> <p>NEGAR la pretensión relacionada con la declaración de que la EAAB, por el hecho de adicionar en tiempo y dinero los contratos de obras Nos. 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611-2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006, debe reconocerle y cancelarle a la contratista FLOR ELCY PACHPON FUENTES, el valor de las adiciones a la interventoría realizada a dichos contratos de obra porque siguiendo la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos, le correspondía a la Convocante alegar dentro de los momentos correspondientes de la ejecución del contrato, cualquier reclamación relativa al pago de las adiciones al contrato y al no hacerlo, cerró la posibilidad de realizar cualquier solicitud en sede judicial.</p> <p>DECLARAR que la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES realizó la interventoría a los contratos de obra Nos. 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611-2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006, incluidas las adiciones en valor y plazo pactadas por la EMPRESA DE</p> |

| | |
|---|---|
| <p>indicados, en la forma y términos inicialmente pactados; obligaciones que cumplió cabalmente.</p> <p>5.</p> <p>5.1.) Que se declare que la demandada está en mora de cancelar a la demandante el precio correspondiente a la interventoría realizada a las adiciones en valor y plazo a los contratos indicados;</p> <p>5.2.) que se declare que la demandada incurrió en responsabilidad e incumplimiento al no haberle cancelado a la demandante los precios correspondientes a las adiciones y prórrogas del contrato de interventoría número 2-15-30100-801-2006 y;</p> <p>5.3.) que se declare que se causaron daños y perjuicios económicos.</p> | <p>ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. en dichos contratos de obra.</p> <p>NEGAR la pretensión relacionada con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P está en mora de cancelar a la contratista FLORELCY PACHÓN FUENTES, el precio o valor dinerario correspondiente a la interventoría realizada a las adiciones en valor y plazo a los contratos de obra Nos. 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611-2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006, debido a que dichos valores no se deben por lo explicado en la parte motiva.</p> <p>NEGAR parcialmente la pretensión relacionada con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP incurrió en responsabilidad e incumplimiento del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 al no haberle pagado a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, los montos o precios correspondientes a las adiciones del citado contrato de interventoría. En consecuencia de la anterior declaración, el Tribunal resuelve DECLARAR que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., incurrió en incumplimiento parcial del contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100-801-2006 al no haberle pagado a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES los valores correspondientes a las prórrogas probadas del citado contrato de interventoría.</p> <p>NEGAR parcialmente la pretensión relacionada con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., le causó daños y perjuicios económicos a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES en el pago de las adiciones al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006. En consecuencia de la anterior declaración, el Tribunal resuelve DECLARAR que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., le causó daño a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES como consecuencia del no pago de las prórrogas probadas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera</p> |
|---|---|

| | |
|---|---|
| <p>6. Que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, la demandada debe ser condenada a pagar a la demandante el valor correspondiente a o dejado de pagar, junto con sus intereses calculados a la tasa más alta permitida por la ley, o en su defecto los ordenados en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 1 del decreto 679 de 1994, así como la indexación a que hubiere lugar de acuerdo con la ley.</p> <p>7. Que se liquide el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, por cuanto la administración no lo hizo siendo su obligación.</p> <p>8. Que se condene la demandada a pagar de la demandante cualquier otra suma de dinero que resulte probada en el proceso, a título de daños y perjuicios.</p> <p>9. Que el laudo se cumpla a partir de la fecha en que quede ejecutoriado y que las sumas de dinero establecidas</p> | <p>número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.</p> <p>NEGAR parcialmente la pretensión relacionada con la condena a reconocer y pagar a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUEBTES, las sumas correspondientes a los valores dejados de pagar por las adiciones al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, junto con los intereses calculados a la tasa más alta permitida por la ley, o en su defecto a los ordenados en el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 1 del decreto 679 de 1994, así como la indexación a que hubiere lugar, conforme con la ley colombiana. En consecuencia, el Tribunal resuelve CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer y pagar a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, la suma de DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS TRES PESOS (\$17.532.503) correspondiente a los valores dejados de pagar por las prórrogas probadas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, la cual indexada a la fecha del laudo de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, corresponde a DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS (\$19.402.176).</p> <p>DECLARARSE inhibido para pronunciarse sobre la pretensión relacionada con la liquidación del Contrato de Interventoría Técnica por carecer de competencia ya que, de acuerdo con el contenido y alcance de la cláusula compromisoria, su competencia se limita a resolver las controversias relativas a la aceptación de su oferta y ejecución por lo que la liquidación del contrato no corresponde ni a la oferta o a la ejecución del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera.</p> <p>NEGAR la pretensión relacionada con la condena a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a pagar cualquier otra suma de dinero que resultara demostrada y probada en el proceso, a título de daños y perjuicios.</p> <p>DECLARAR que el presente laudo debe ser cumplido por las partes dentro de los plazos establecidos por la ley,</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p>a favor de la demandante devenguen intereses de mora a la tasa que certifique la Superintendencia Financiera desde la fecha de la ejecutoria y hasta que se produzca el pago.</p> <p>10. Que se condene en costas y agencias a la demandada.</p> | <p>NO CONDENAR en costas del proceso ni en agencias en derecho.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Decisión unánime - Salvamento de voto - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención | <p>Sí</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>Sí</p> <p>N/A</p> <p>N/A</p> |
| <p style="text-align: center;">EXCEPCIONES</p> <p>La demandada en la contestación de la demanda formuló las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia del derecho que se pretende; Actuaciones contra los actos propios; Inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio y; Negación plena del derecho acusado.</p> | <p>El Tribunal de Arbitramento convocado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve declarar no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones propuestas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - EAAB ESP.</p> |
| <p>Valor de la decisión</p> | <p style="text-align: center;">\$19.402.176</p> |
| <p>Valor de las costas y agencias en derecho</p> | <p>Como quiera que en el presente trámite arbitral solo prosperarán parcialmente algunas de las pretensiones de la demanda, y que la conducta de las partes ha sido intachable, el Tribunal con fundamento en el numeral sexto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se abstendrá de proferir condena en costas y agencias en derecho.</p> |
| <p>Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la</p> | <p style="text-align: center;">\$59.947.513</p> |

| | |
|--|----|
| probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP) | |
| | |
| IX. EVENTUALES | |
| Recurso de Anulación | No |
| Recurso de Revisión | No |
| Acción de Tutela | No |
| Conciliación total | No |
| Conciliación parcial | No |

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (2)

| I. IDENTIFICACIÓN | |
|---|---|
| Laudo arbitral de: | BANCO DE LA REPÚBLICA Vs. FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE |
| Convocante | BANCO DE LA REPÚBLICA |
| Nacionalidad del convocante | Colombiana |
| Naturaleza del Convocante | Entidad de derecho público con régimen legal y jurídico propio |
| Sector de Actividad Económica | Nacional |
| Convocado | FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE |
| Nacionalidad del convocado | Colombiana |
| Naturaleza del Convocado | Empresa Industrial y Comercial del Estado |
| Subsector del sector público | Sector de Administración |
| Ciudad y fecha del laudo | Bogotá, 8/05/2012 |
| Centro de arbitraje | Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá |
| Árbitros | Nicolás Gamboa Morales |
| | Emilio José Archila Peñalosa |
| | Juan Caro Nieto |
| Secretario (a) | Luis Javier Santacruz Chaves |
| Se presentó demanda de reconvención | Sí |
| Cuantía de la demanda principal | \$5.200.000.000 |
| Cuantía de la demanda de reconvención | \$2.453.519.370 |
| | |
| II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO | <p>Entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (en adelante Fonade) y el Banco de la República (en adelante Banco) se firmó el contrato No. 0310050 (en adelante Contrato) celebrado el 20 de octubre de 2005, cuyo objeto fue <i>“aunar esfuerzos entre el BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca de EL BANCO en la sucursal de San Andrés – Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca”</i>. Según los datos básicos del Contrato, la clase del mismo es de <i>“Gerencia Integral de Proyectos”</i> con un plazo inicial de 18 meses más 4 meses para liquidar, el contrato inició el 1 de diciembre del 2005, tuvo programadas dos prórrogas (cada una de 10 meses).</p> |

El 30 de abril de 2010, el Banco presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral para que éste resolviera las pretensiones de la demanda inicial, para ello, trae a colación la cláusula compromisoria pactada por las partes que en su tenor literal establece: *“las partes acuerdan someter a la decisión de un tribunal de arbitramento institucional cualquier diferencia o controversia que surja entre ellas con relación a la celebración, ejecución o terminación de este contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al comento en que dicha controversia o diferencia haya sido planteada por cualquiera de las partes a la otra (...)”*.

La parte convocante en su demanda refiere a hechos relativos a la celebración del contrato; al desarrollo del convenio; a la contratación derivada a cargo de Fonade (contratos de diseño e interventoría de diseño); a la suscripción del Otrosí No 1 al Contrato, suscrito en marzo 30 de 2007; a la suscripción del Otrosí No 2 al Contrato, suscrito en abril 1 de 2008; relativos a la etapa de diseños del contrato; a la terminación anticipada del contrato y; a la liquidación del contrato. En tal escrito, pretende el Banco se declare que FONADE incumplió el contrato No. 03100500; a su vez, que FONADE es responsable de los perjuicios ocasionados a EL BANCO generados con ocasión del incumplimiento contractual a que se refiere la pretensión primera anterior y; que se liquide el contrato suscrito el 20 de octubre de 2005, por encontrarse frustrada la liquidación del mismo mediante común acuerdo, y por la imposibilidad de llevarla a cabo de forma unilateral. Como consecuencia de las anteriores peticiones declarativas, pretende el Banco se condene a FONADE a pagar al BANCO el valor de los perjuicios de todo orden ocasionados por los incumplimientos contractuales de FONADE; la actualización de las sumas dinerarias que resulten a su favor, hasta la ejecutoria del lado arbitral; los intereses legales comerciales a la tasa más alta autorizada por la ley desde su causación y hasta el pago total y; las cosas y gastos procesales.

En la oportunidad correspondiente, la parte convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; se pronunció sobre los hechos de esta, aceptando algunos, negando otros, con explicaciones al respecto y, en fin, ateniéndose respecto de otros a lo que se probara en el proceso; propuso las excepciones denominadas: i) inexistencia de incumplimiento del contrato; ii) inexistencia de daño a cargo de FONADE;

| | |
|---|--|
| | <p>iii) inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE e; iv) inexistencia de culpa. Por último, acompañó y solicitó la práctica de las pruebas que consideró pertinentes.</p> <p>El 8 de noviembre de 2010 se presenta demanda de reconvencción por parte de FONADE, que trae su versión de los hechos relevantes y las pretensiones declarativas y de condena donde solicita que se ordene y proceda a la liquidación del contrato celebrado entre FONADE y el Banco; que se declare que el Banco incumplió parcialmente el contrato en lo referente con su obligación de pagar lo realmente ejecutado por FONADE, así como otros gastos derivados del contrato; que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Banco a indemnizar a FONADE de manera integral por todos los perjuicios causados o que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual y se condene a pagar los diferentes conceptos que se detallan a continuación, más los intereses y actualización a que haya lugar; que igualmente se condene al Banco a pagar a FONADE el valor de todos los gastos y honorarios que deba asumir por concepto del funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y por honorarios de los Árbitros y el Secretario, así como por la defensa dentro del proceso y por último; que se condene en costas al Banco.</p> <p>Frente la demanda de reconvencción presentada el 14 de enero de 2011 por Fonade, el Banco se opuso a todas y cada una de las pretensiones allí consignadas; se pronunció sobre los hechos básicamente aceptando algunos, negando otros, con explicaciones al respecto y, en fin, ateniéndose respecto de otros a lo que se probara en el proceso; propuso la excepción que denominó “falta de competencia del Tribunal Arbitral” y solicitó que se reconozcan en la sentencia todas las demás excepciones que resulten probadas en el proceso y; finalmente acompañó y solicitó las pruebas que consideró pertinentes.</p> |
| | |
| <p align="center">III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p> | |
| <p>Problema(s) jurídico(s) principal(es)</p> | <p>¿Existe un incumplimiento del Contrato No. 0310050 firmado entre el Banco de la República y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade? ¿Deben ser pagados a la convocante los perjuicios de todo orden, pasados, presentes y futuros ocasionados por los incumplimientos contractuales del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade?</p> |

| | |
|-----------------|--|
| | ¿Deben ser actualizadas las sumas dinerarias que resulten probadas en el proceso? |
| Ratio decidendi | <p>Naturaleza del contrato. En primer lugar, recuerda el Tribunal Arbitral el objetivo básico del Contrato, que es el de aunar esfuerzos para llevar a feliz término la construcción de las bibliotecas del Banco en Neiva y en San Andrés.</p> <p>Se esclareció en el laudo que Fonade no se encargó directamente ni de diseñar ni de construir las dos bibliotecas, sino de seleccionar a los subcontratistas requeridos para la ejecución de las distintas tareas, y asumir la dirección, coordinación y control general de los proyectos. Por eso se estableció en el Contrato que Fonade se obligaba a “celebrar, en su nombre y bajo su responsabilidad, los subcontratos que sean necesarios para la ejecución normal de este contrato (...)”.</p> <p>Se trata entonces de un contrato de <u>gerencia integral de proyectos</u>, para entenderlo, el Tribunal hace referencia a la clasificación de los contratos que traía el Decreto 222 de 1983 pues éste ya está derogado: <i>según la forma de pago, los contratos de ora se celebran: 1) por un precio global; 2) por precios unitarios, determinando el monto de la inversión; 3) por el sistema de administración delegada; 4) por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios y; 5) mediante el otorgamiento de concesiones.</i> (Hoy está vigente la Ley 80 de 1993, artículo 32), sin embargo, trae una caracterización genérica y a título enunciativo unas modalidades de contratos estatales.</p> <p>De las modalidades mencionadas en el decreto derogado, el Contrato combinó tres: los contratos a precio global, de administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios. Si bien el Convenio no encaja dentro de ninguna de las categorías definidas en el ya derogado Decreto 222 de 1983, a la que más se asemeja es a la de un contrato de <i>administración delegada</i>, porque si bien en sus subcontratos Fonade no actuaba como mandatario directo del dueño, su responsabilidad esencial era la dirección técnica de las obras.</p> <p>Por lo anterior se afirma que no se trató de un contrato <i>llave en mano</i> y que la naturaleza del Contrato presenta semejanzas, más no tipicidad plena con los contratos de <i>administración delegada</i>, en especial, con la configuración de un mandato entre el dueño y la firma encargada de la gestión del proyecto, toda vez que el Convenio apareja cierta dicotomía, ya que el Banco, si bien podía enderezar su acción contra Fonade, no lo podía hacer contra los subcontratistas de este, ya que Fonade no los suscribió “por cuenta y riesgo del contratante”.</p> |

Es bajo lo establecido anteriormente como procede el Tribunal a evaluar la conducta y deberes esperados de Fonade como gestor en un contrato de la naturaleza celebrado con el Banco de la República, donde este le endilga: i) no haber actuado con la debida diligencia en el control de los diseños y; ii) no haber actuado con la debida diligencia en el control de las obras.

Obligaciones del contrato. Fonade ha esgrimido que lo pactado con el Banco correspondía a una obligación “de resultado”, cuya liberación incondicional y general se produjo a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato. Se hace referencia entonces al tópico de obligaciones de resultado y obligaciones de medio que fue introducido en el ámbito nacional a través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de noviembre de 1935 de la siguiente manera: *es menester distinguir entre las obligaciones determinadas, precisas o de resultado y las obligaciones generales de prudencia y diligencia. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva. En las segundas el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia (...). En las obligaciones determinadas o precisas, hay inejecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras no hay inejecución por el solo hecho de no haber alcanzado el resultado propuesto: solo hay inejecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente.*

El Tribunal concluye que las obligaciones previstas en el Contrato no pueden ser categorizadas en su integridad como de una u otra de esas modalidades. Pues, si bien es cierto que el objetivo básico del Contrato era “aunar esfuerzos” para llevar a feliz término la construcción de las bibliotecas del Banco en Neiva y en San Andrés -propósito del que fue liberado Fonade a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato- y que no se estipularon entregas parciales de las obras que se iban a ir adelantando con miras al propósito esencial, no es menos cierto que dentro de las obligaciones de Fonade establecidas en la cláusula 3 del Convenio, hay algunas “intermedias” que podían precisarse claramente como susceptibles de evaluación para determinar ausencia o presencia de incumplimiento por parte de Fonade.

Fonade no era ni diseñador ni constructor de los proyectos y, por ende, los defectos de diseño o de construcción considerados de manera aislada no comportaban incumplimiento de sus obligaciones frente al Banco. El incumplimiento surgiría de la indebida recepción de obras defectuosas, violatorias de la obligación de rechazarlas y ese será el parámetro utilizado por el Tribunal.

Finalmente, clara el Tribunal que a pesar que el Contrato fue adicionado en dos oportunidades a través de los Otrosíes, tales documentos no tuvieron la virtualidad de modificar la estructura general del Convenio.

Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato. Tal documento corresponde al suscrito por el Banco y por Fonade el 25 de noviembre de 2008, y su esencia está contenida en la cláusula primera, donde las partes acuerdan “dar por terminado EL CONTRATO, de mutuo acuerdo, a partir de la fecha de este documento.” Esta modalidad de conclusión de la relación comercial no sólo estaba prevista en el propio Contrato, sino que está recogida en la propia ley. Las partes no controvierten el efecto liberatorio del Acuerdo, sino que disputan el efecto del mismo, manteniendo el Banco que su suscripción no enervó la posibilidad de efectuarle reclamos a Fonade con motivo de la indebida ejecución del Contrato, específicamente perjuicios, y sosteniendo Fonade la tesis contraria, esto es que el Acuerdo constituye un “*paz y salvo*” al respecto.

Dada la relevancia que la ley le concede a la intención de las partes para efectos de interpretar lo acordado, el Tribunal procede a evaluar el alcance que pretendieron darles las Partes al Acuerdo y no le cabe duda que la terminación anticipada del Contrato fue consensuada y amistosa, partiendo del Banco la iniciativa para ello y mostrando Fonade ánimo de colaboración, entonces, no se trató de la pugna entre dos partes enfrentadas pues, por el contrario, se planteó tanto la posibilidad de que Fonade continuara con la dirección de las obras, como la de que se le hiciera cesión al Banco de los subcontratos celebrados por Fonade.

El querer principal del Banco y la iniciativa que compartió con Fonade era ponerle fin a la relación con este a fin de retomar de manera directa la dirección de los proyectos y llevarlos a su condición.

De esta suerte, la evaluación sobre terminación unilateral del Contrato con fundamento en un incumplimiento por parte de Fonade, se restringió al interior del Banco, quien arribó a la conclusión de que

ello no era legalmente viable y que bajo las circunstancias y, dado su interés central, debía optarse por proponer un acuerdo sobre cesación de la relación con Fonade, alternativa fundamentalmente distinta de la declaratoria unilateral de terminación con base en un incumplimiento.

Evaluación de las pretensiones de la Demanda.

Para pronunciarse sobre la primera pretensión de índole declarativa (incumplimiento del contrato por parte de Fonade), el Tribunal como punto de partida pone de presente que se ha establecido en el proceso que, acorde con la circunstancia de no ser ni el diseñador ni el constructor de las obras estipuladas en el Convenio, Fonade objetivamente dio cumplimiento a su obligación de vincular subcontratistas y contar con interventorías, por ende, no advierte el Tribunal que quepa deducir yerro contractual por estos aspectos. A pesar de ello, el Tribunal procede a examinar la evidencia aportada al proceso, destacando, en primer lugar, el *informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI)* que consta de dos estudios de los diseños arquitectónicos y técnicos elaborados para las construcciones de las bibliotecas, esta evidencia, según el Tribunal no sirve de prueba para determinar incumplimiento o daño imputable a Fonade.

En segundo lugar, el Tribunal analiza el *informe de PAYC* con miras a demostrar la existencia de yerros de parte de Fonade y sus subcontratistas que consta de informes para ambas bibliotecas: i) respecto de la evaluación de la biblioteca de Neiva, concluye PAYC que hay necesidad de demolición total del reforzamiento estructural, proveniente de graves fallas en su ejecución, lo que evidencia conducta negligente por parte de Fonade, que trae consigo incumplimiento contractual por no haber rechazado obras defectuosas y ii) respecto de la evaluación de la biblioteca de San Andrés, concluye PAYC que se debe demoler en su totalidad la placa y columnas por presentar grandes deficiencias en la protección y en el estado del refuerzo y para el Tribunal ello evidencia una conducta negligente por parte de Fonade, que también apareja incumplimiento contractual por haber aceptado obras con defectos de la magnitud anotada, en contravención a pactado.

Establece el Tribunal que como se trataba de obras tan sensibles destinadas a recibir permanentemente una gran afluencia de público, un estudio de la magnitud y seriedad como el informe de PAYC que concluye que es necesaria la demolición de las estructuras que no cumplen con las exigencias técnicas necesarias para

| | |
|--|--|
| | <p>garantizar la estabilidad y la durabilidad de la construcción, tenía que ser rebatido con una prueba igualmente contundente y en opinión del Tribunal, esa prueba no se presentó y por ello, el Banco demostró que Fonade incumplió su obligación contractual consagrada en el numeral 1.7 de la cláusula 3 del Contrato, valga decir: “Verificar todos los contratos que se suscriban para el desarrollo de los proyectos, se ejecuten de acuerdo con los planos, especificaciones, cantidades de obra y calidad de materiales aprobados. En caso de que así no fuere, deberá rechazar las obras que no se ciñan a los mismos, bien sea por su calidad, los materiales empleados o por la forma de ejecución de los trabajos.”</p> <p>Por ende, será atendida la primera pretensión (declarativa) formulada en la demanda y, como consecuencia de ello la <u>segunda</u> (también declarativa), donde se pide señalar que Fonade es responsable de los perjuicios ocasionados al Banco con motivo de su incumplimiento del Convenio.</p> <p>Para fines de la <u>tercera pretensión</u> de la demanda, el Banco solicitó “designar un perito técnico, ingeniero y/o arquitecto experto en el diseño y ejecución de obras civiles institucionales para que realice la liquidación del convenio interadministrativo, de conformidad con las demás pruebas allegadas al proceso, así como con los documentos a que haya lugar.” Similar pretensión fue formulada por Fonade en la primera pretensión de la reconvención. En tal virtud, el Tribunal designó los peritos, quienes rindieron el dictamen financiero y el dictamen técnico. Estando de acuerdo las dos partes sobre la liquidación propuesta por el Perito Técnico, el Tribunal se remite a la misma.</p> <p>El paso siguiente dentro de la evaluación de las pretensiones del Banco corresponde a la fijación de la indemnización de perjuicios a cargo de Fonade, asunto que corresponde a la <u>cuarta pretensión</u> de la demanda (primera de condena), para ello. El Tribunal acoge los cálculos técnicos, fundamentados y razonables que realizó PAYC que establecen el monto del <i>daño emergente</i> infligido al Banco de la República por el incumplimiento del contrato por parte de Fonade de la siguiente manera: i) respecto de la biblioteca de Neiva: el costo total de un nuevo reforzamiento, contemplando todas las recomendaciones de la formulación estructural, sería de \$1.233.836.532 y ii) respecto de la biblioteca de San Andrés: el costo total de una nueva estructura, contemplando todas las recomendaciones de la formulación estructural, sería de \$395.962.444.</p> <p>En materia de <i>lucro cesante</i>, segundo factor integrante de la reparación de perjuicios, no cabe atender este</p> |
|--|--|

| | |
|--|---|
| | <p>concepto, pues el Banco no acreditó el monto de cualquier ganancia o provecho que hubiera dejado de reportar con motivo del incumplimiento de Fonade.</p> <p>Un aspecto final sobre el tema indemnizatorio atañe a los “<i>perjuicios Morales y extrapatrimoniales</i>”, el Tribunal pone de presente que i) respecto de ninguna de esas dos modalidades de daño se aportó prueba suficiente, puesto que la idea de que existía una expectativa en las dos localidades y la afirmación de la buena reputación al Banco no lo son; y ii) la conducta observada por el Banco no da margen para imponer condena por ese tipo de perjuicios.</p> <p>Seguidamente a la determinación de la indemnización, procede el Tribunal a analizar la actualización monetaria e intereses, tópicos que corresponden a las <u>pretensiones quinta y sexta</u> de la demanda (segunda y tercera de condena). Establece el Tribunal que es evidente que los valores de \$1.233.836.532 y \$395.962.444 establecidos como montos de resarcimiento a cargo de Fonade fueron fijados con referencia a un momento determinado: 12 de noviembre de 2009 y 22 de octubre del mismo año, por consiguiente, se procede al reconocimiento de la actualización dineraria solicitada por el Banco, a cuyo efecto el Tribunal remite a lo expuesto en laudo de abril 21, 2008 rendido en arbitraje que también tuvo como parte al Banco de la República: “La actualización o corrección monetaria, al perseguir exclusivamente la conservación del poder adquisitivo de la moneda atiende, entre otras, la prescripción del inciso final del artículo 1627 del C.C., según el cual ‘el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba...’ y además, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de abril 24, 1979, se abrió el camino del reconocimiento de la actualización monetaria en los siguientes términos: ‘... si el valor del dinero reside no en lo que es sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo. Por tal virtud, acudiendo a los principios o a las reglas generales del derecho, como el de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la equidad, el enriquecimiento injusto y la ruptura del equilibrio entre las prestaciones de las partes, se desentendieron [tribunales y tratadista extranjeros] del postulado nominalista de la moneda y cogieron por el sendero de ajustar la obligación dineraria.’”</p> <p>Por lo anterior los montos actualizados o corregidos monetariamente a cuyo pago será condenado a Fonade, son los siguientes: i) Biblioteca de Neiva: el</p> |
|--|---|

valor ajustado es de \$1.342.789.915y ii) Biblioteca de San Andrés: el valor ajustado es de \$430.674.194

En cuanto a la condena al pago de intereses, que corresponde a la sexta pretensión de la demanda (tercera de condena), el Tribunal procederá a decretar la caución y pago de intereses moratorios en favor del Banco y a cargo de Fonade en los términos del artículo 884 del C.Cio., es decir a la tasa bancaria corriente aumentada en una mitad. Intereses que empezaran a causarse desde el día siguiente al que se determine para el pago de la indemnización debida por Fonade, y correrán hasta que se efectúe el pago de la suma adeudada con la salvedad de que la base para calcular los intereses moratorios no será, sin embargo, el monto ajustado, sino el valor inicial.

Así entonces, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 (modificado por el artículo 105 de la Ley 23 de 1991), Fonade deberá pagar intereses moratorios al Banco sobre el monto de su cuota (\$181.000.000), calculados desde abril 7, 2011 (día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo que tenía Fonade para consignar su cuota de honorarios y gastos), hasta cuando se verifique la cancelación plena del monto principal adeudado.

Evaluación de las pretensiones de la Reconvención. La primera pretensión de la reconvención alude a la liquidación del contrato, tema que se mencionó atrás.

Seguidamente el Tribunal entra a evaluar la segunda y la tercera pretensiones de Fonade, la primera de índole declarativa, encaminada a que se consigne que el Banco incumplió parcialmente el contrato "en lo referente con su obligación de pagar lo realmente ejecutado por Fonade, así como otros gastos derivados del contrato" y la segunda, de índole de condenatoria, consecuencial de la anterior y encaminada a obtener el pago de ciertas sumas y por ciertos conceptos, junto con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

En el contrato se previó que Fonade contrataría a los subcontratistas directamente, sin necesidad de consultar al Banco, en esa medida, los subcontratistas no tuvieron ninguna relación con el Banco, sino sólo con aquel, además, en ese momento se estipuló, en relación con los subcontratos, en la cláusula 2, que "FONADE asume la responsabilidad que legalmente le corresponde frente a los subcontratistas y a terceros por la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los subcontratos descritos en el literal C) de las consideraciones y, en general, por cualquier hecho relacionado con los mismos, aunque su revelación o

| | |
|------------------|---|
| | <p>sus efectos se produzcan con posterioridad, dejando indemne a EL BANCO de cualquier reclamación o demanda relacionada con tales subcontratos."</p> <p>Lo anterior no choca con la obligación del Banco de proveer los recursos para que se pagara a los subcontratistas acudiendo a la forma establecida en el contrato, advirtiéndose allí que las cifras incluidas no eran más que "el valor estimado para la ejecución de los proyectos", y no la cifra tope o única que el banco le suministraría a Fonade. Más aún, a pesar de que se pretendió asimilar el contrato a un contrato llave en mano, el Tribunal observa que los valores acordados no constituyeron el monto recibido por Fonade con cargo al cual debiera responder por las obras, cubrir sus costos y ganar su utilidad, como es típico de este tipo de contratos. Por el contrario, los honorarios de Fonade se pactaron por separado del acuerdo para el suministro de fondos para la ejecución del proyecto, acordándose que Fonade contrataría y pagaría los subcontratistas a partir de un par de cuentas que para ese propósito se abrirían con los recursos suministrados del Banco que, por tanto, fueron distintos de los honorarios de Fonade. Esa obligación, no obstante, no era la de ir cancelando cada una de las cuentas de los subcontratistas, como lo pretende Fonade en la reconvención, sino de mantener una bolsa de recursos en términos y cuantías muy específicas.</p> <p>El Tribunal trae a colación la cláusula séptima donde se previó un "valor estimado" para cada uno de los dos proyectos, valor que se entregaría a través de una suma inicial que se depositaría y que "se irá utilizando hasta un porcentaje equivalente al setenta por ciento (70%) momento en el cual, FONADE solicitará a EL BANCO la entrega de nuevos recursos, hasta concurrencia de la suma inicial transferida, sin sobrepasar en todo caso el costo total del proyecto." Y se resalta que no se allegó ninguna prueba en el sentido que Fonade hubiera hecho petición de recursos al Banco.</p> <p>Así las cosas, concluye el Tribunal que la pretensión declarativa solicitada por Fonade no tiene asidero fáctico, motivo por el cual será denegada y, como consecuencia de ello tampoco fue atendida la pretensión de condena planteada como consecencial de la petición declarativa en comentario.</p> |
| Tema principal | Incumplimiento del contrato |
| Tema Accesorio 1 | Naturaleza del contrato |
| Tema Accesorio 2 | Evaluación de las pretensiones (demanda y reconvención) |
| | |

| | |
|---|---|
| IV. CLASIFICACIÓN | |
| Tipo de Contrato | Contrato de gerencia integral de proyectos |
| Subclasificación | N/A |
| V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | |
| Posición del Ministerio Público | <p>En contra de la entidad pública. El representante del Ministerio Público, consignó su posición en un concepto de fondo donde se plantearon dos conclusiones: i) la firma del Acuerdo sobre Terminación Anticipada del Contrato no enerva la reclamación en esta instancia por incumplimiento, ni va en contravía con la teoría de los actos propios, pues a él no se le puede dar el alcance que tiene un Acta de Liquidación bilateral del contrato, en la medida de que mientras ésta contiene las prestaciones y obligaciones cumplidas o no por ambas partes y constata los acuerdos, conciliaciones y transacciones precisos para superar las diferencias presentadas; esto es. Constituye un acto de aclaración de cuentas que abarca el balance del debe y el haber, el balance de la totalidad de las obligaciones a cargo de las partes, de cómo fueron ejecutadas y del estado en que ellas quedan, en aquél se guarda silencio al respecto y; ii) los diseños para la construcción de las bibliotecas del Banco de la República en las ciudades de Neiva y San Andrés fueron defectuosos; que ello es imputable a FONADE y conlleva el incumplimiento del contrato; que la terminación por mutuo acuerdo suscrita entre las partes no la exonera de responsabilidad; y que, por tanto, resulta procedente el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante.</p> |
| VI. FUENTES RELEVANTES | |
| Normativas | <p>Objeciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil: artículo 238 (contradicción del dictamen); artículo 239 (honorarios del perito). <p>Análisis general.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Decreto 222 de 1983 artículos 82, 88, 90, 91, 101 -derogados-; • Ley 80 de 1993: artículo 32 (de los contratos estatales); • Ley 1106 de 2006; • Ley 782 de 2002. <p>Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil: artículo 1602 (los contratos son ley para las partes); artículo 1625, inciso primero |

| | |
|-------------------------|---|
| | <p>(modos de extinción); artículo 1618 (prevalencia de la intención).</p> <p>Indemnización de perjuicios.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil: artículo 1613 (indemnización de perjuicios) y artículo 1614 (daño emergente y lucro cesante). <p>Actualización monetaria.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil: artículo 1627 (pago ceñido a la obligación) <p>Costas.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil: artículo 392, numerales 1, 2 y 6 (condena en costas) |
| Jurisprudencia Judicial | <p>Análisis general</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Consejo de Estado, Sentencia de septiembre 16 del 2010.</u> Sobre los contratos de administración delegada. <i>“Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de ‘administración delegada’, dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen. De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados, (...) de acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, ‘una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera’, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante</i> |

respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177)”.

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 31 de 1938. “La combinación de diferentes tipos de contrato o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos se presentan en estas formas: 1ª uniones de contratos; 2ª contratos mixtos y 3ª contratos típicos con prestaciones de otra especie. Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contrarios tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente, sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros... b) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo, se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones... c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que sí el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro contrato (...) Los contratos mixtos se subdividen igualmente en tres especies: a) Los gemelos o combinados; b) Contratos mixtos en sentido estricto y c) Los contratos de doble tipo. (...) En cuanto a los contratos específicos con prestaciones subordinadas de otra especie, se caracterizan en que en su contenido se amoldan únicamente a un solo tipo (...)”
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 30 de 1935. Introduce el tópico de obligaciones de resultado y obligaciones de medio al ámbito nacional. “Es menester distinguir entre las obligaciones ‘determinadas, precisas, o de resultado’ y las obligaciones ‘generales de prudencia y diligencia’. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva... En las segundas -en las obligaciones generales de prudencia y diligencia- el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede o

no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia (...). En las obligaciones determinadas o precisas, hay inejecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras - en las de prudencia y diligencia- no hay inejecución por el solo hecho de no haber alcanzado el resultado propuesto: solo hay inejecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente.”

Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 5 de 1979. “No se debe confundir la disolución del Contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. se reitera que la primera se produce por una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C.C. 1546) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (C.C. 1602). (...) De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de la resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primero el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de os contratantes de las obligaciones a su cargo y, en el segundo caso, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto.”

Actualización monetaria

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de abril 24 de 1979. Se abre el camino al reconocimiento de la actualización monetaria en los siguientes términos “... si el valor del dinero reside no en lo que es sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es no sería el de obtener una suma nominal monetaria, en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo. Por tal virtud, acudiendo a los principios o a las reglas generales del derecho, como el de la buena de en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la equidad, el

enriquecimiento injusto y a ruptura del equilibrio entre las prestaciones de las partes, se desentendieron del postulado nominalista de la moneda y cogieron por el sendero de ajustar la obligación dineraria.”

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de enero 24 de 1990. Se puso de presente la imposibilidad de acumular la corrección monetaria a los intereses comerciales: *“Forzoso es no olvidar que con mucha frecuencia, y esta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 del Código del ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo y equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, impidiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada. (...)”*

Excepciones

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de junio 11 de 2001. *“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose. A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; si protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarle contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho-, de lo contrario, se queda literalmente sin contendor. Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad. De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar*

| | |
|--------------------------------|--|
| | <p><i>por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar s al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.'"</i></p> |
| <p>Jurisprudencia Arbitral</p> | <p>Objeciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Laudo arbitral de construcciones C.F. Ltda. Vs. Banco de la República de marzo 5, 2007.</u> <i>"La tacha por error grave a que se refiere na norma citada [art. 238 del C.P.C] no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva."</i> • <u>Laudo arbitral expedido en mayo 25, 2007 en el caso Fersoft vs. BBVA.</u> <i>"(...) El desacuerdo con las fundamentaciones o las conclusiones de un perito, no constituye por sí solo razón plausible para admitir la censura por error, pues es necesaria la evidencia de una abierta pugna de lo sostenido por el experto con la realidad, de manera tal que pueda llevar a quien analiza la prueba a tomar decisiones equivocadas o imprecisas. Se advierte que siempre la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro de un debate judicial, pero que no tiene carácter imperativo para la decisión a tomar, pues del análisis y crítica de la respectiva experticia sacará el juez sus conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez (...)"</i> |

| | |
|---|--|
| | <p>Actualización monetaria</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Laudo de abril 21, 2008 P&P Construcciones S.A. Vs. Banco de la República.</u> “La actualización o corrección monetaria, al perseguir exclusivamente la conservación del poder adquisitivo de la moneda atiende, entre otras, la prescripción del inciso final del artículo 1627 del C.C según el cual ‘el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba...’” |
| | |
| VII. DURACIÓN DEL PROCESO | |
| Duración del Proceso desde la presentación de la demanda | 738 días |
| Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite | 375 días |
| Suspensiones solicitadas por las partes | 227 días comunes |
| Suspensiones por causa legales | 0 |
| | |
| VIII. DECISUM Respuesta al problema planteado | |
| <p>PRETENSIONES</p> <p>PRETENSIONES DE LA DEMANDA</p> <p>Pretensiones declarativas</p> <p>Primera. Declarar que FONADE incumplió el contrato No. 03100500</p> <p>Segunda. Declarar que FONADE es responsable de los perjuicios ocasionados a EL BANCO generados con ocasión del incumplimiento contractual a que se refiere la pretensión primera anterior.</p> <p>Tercera. Liquidar el contrato suscrito el 20 de octubre de 2005, por encontrarse frustrada la liquidación del mismo mediante común acuerdo, y por la imposibilidad de llevarla a cabo de forma unilateral.</p> | <p>DECISIÓN</p> <p>El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, Resuelve</p> <p>SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA</p> <p>Declarar que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade incumplió el Contrato No. 0310050 celebrado con el Banco de la República.</p> <p>Declarar que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade es responsable de los perjuicios ocasionados al Banco de la República, a raíz del incumplimiento declarado en el numeral 1 precedente.</p> <p>Estar a lo que se determina en la sección E de esta parte del Laudo con relación a la liquidación del Contrato solicitada por el Banco de la República en la tercera pretensión de la Demanda.</p> |

Pretensiones de condena

Cuarta. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a FONADE a pagar al BANCO el valor de los perjuicios de todo orden; pasados, presentes y futuros ocasionados por los incumplimientos contractuales de FONADE, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.

Quinta. Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a reconocer y pagar a EL BANCO la actualización de las sumas dinerarias que resulten a su favor, hasta la ejecutoria del lado arbitral.

Sexta. Condenar a FONADE a pagar los intereses legales comerciales a la tasa más alta autorizada por la ley desde su causación y hasta el pago total.

Condenar al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade a pagarle al Banco de la República por concepto de indemnización de perjuicios la suma total de \$1.773.464.109, desglosada así:

- a. En relación con la biblioteca de Neiva, \$1.342.789.915; y
- b. En relación con la biblioteca de San Andrés, \$430.674.194.

Aceptar la quinta pretensión de la Demanda sobre *actualización monetaria* de la condena impuesta al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade, y precisar que:

- a. La suma total de dinero (y sus factores integrantes) objeto de la condena establecida en el numeral 4 precedente incluye la *actualización monetaria* desde noviembre 2009, respecto de la biblioteca de Neiva y desde octubre 2009, respecto de la biblioteca de San Andrés, en ambos casos hasta abril 2012; y
- b. Por tal motivo, las sumas integrantes de la condena deberán ser recalculadas, si fuere el caso, tomando en consideración el *Índice* del I.P.C correspondiente al mes anterior a aquel en que se realice el paro por parte del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade de la condena impuesta a su cargo.

Condenar al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade al pago de intereses moratorios en favor del Banco de la República, liquidados (i) sobre los montos de capital pendientes de pago; y (ii) en la forma establecida en el artículo 884 del C.Cio (tasa bancaria corriente aumentada en una mitad), así:

- a. Sobre la cantidad de \$1.629.798.976, monto *no actualízalo* de la condena decretada en el numeral 4 precedente, a partir del vencimiento del plazo para el pago establecido en la sección G (1) de esta parte del Laudo;
- b. Sobre la cantidad de \$181.000.000, monto correspondiente a la cuota de honorarios y gastos del proceso a cargo del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade que fue pagada por el Banco de la República, desde abril 7, 2011; y
- c. Sobre la cantidad de \$239.040.000, saldo de las costas impuestas al Fondo Financiero de

Séptima. Condenar a FONADE en costas y gastos del proceso

PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

Primera: Que se ordene y proceda a la liquidación del contrato No. 195041, celebrado entre FONADE y el Banco de la República, cuyo objeto fue *“aunar esfuerzos entre el BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca de EL BANCO en la sucursal de San Andrés – Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca”*.

Segunda: Que se declare que el Banco de la República incumplió parcialmente el contrato No. 195041, en lo referente con su obligación de pagar lo realmente ejecutado por FONADE, así como otros gastos derivados del contrato.

Tercera: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Banco de la República a indemnizar a FONADE de manera integral por todos los perjuicios causados o que se causen, pasados, presentes o futuros, como consecuencia

Proyectos de Desarrollo – Fonade de conformidad con la sección F de esta parte del Laudo, a partir del vencimiento del plazo para el pago establecido en la sección G (1) de esta parte del Laudo.

Estar a lo que se determina en la sección F de esta parte del Laudo con relación a la condena en costas y agencias en derecho al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade, reclamada por el Banco de la República en la pretensión séptimo de la demanda.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

Ordenar la liquidación del Contrato en los términos que se determinan en la sección E de esta parte del Laudo.

Denegar la segunda pretensión de la Reconvención.

Denegar la tercera pretensión de la Reconvención, planteada como consecencial de la segunda (y negada) pretensión reclamada por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade.

| | |
|--|---|
| <p>del incumplimiento contractual y se condene a pagar los diferentes conceptos que se detallan a continuación, más los intereses y actualización a que haya lugar, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Saldo a favor de FONADE por diferencia de ingresos y egresos: \$550.314.045 b. Valor saldo contrato No. 2070920 según acta de liquidación: \$16.045.769 c. Conciliación Orbita y Cesconstrucciones: \$179.487.061 d. Reclamación Consorcio San Andrés 2007: \$2.257.986.540 <p>Total: \$2.453.519.370</p> <p>Cuarta: Que igualmente se condene al Banco de la República a pagar a FONADE el valor de todos los gastos y honorarios que deba asumir por concepto del funcionario del Tribunal de Arbitramento y por honorarios de los Árbitros y el Secretario, así como por la defensa dentro del proceso.</p> | <p>Estar a lo que se determina en la sección F de esta parte del Laudo con relación a la condena en costas y agencias en derecho al Banco de la República, reclamada por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade en las pretensiones cuarta y quinta de la Reconvención.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Decisión unánime - Salvamento de voto - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención | <p>Sí</p> <p>No</p> <p>Sí</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>No</p> |
| <p>EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Fondo</p> | <p>El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, Resuelve</p> |

Financiero de Proyectos de Desarrollo, propuso las excepciones denominadas:

1. Inexistencia de incumplimiento del contrato;
2. Inexistencia de daño a cargo de FONADE;
3. Inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE e;
4. Inexistencia de culpa.

EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. El Banco de la República propuso la excepción que denominó “falta de competencia del Tribunal Arbitral”

Declarar no probadas las excepciones formuladas por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade y tituladas “*Inexistencia de incumplimiento del contrato por parte de FONADE*”, “*Inexistencia de daño a cargo de FONADE*”, “*Inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE*” e “*Inexistencia de culpa*”.

Estar a lo consignado en la sección F.2 del Capítulo IV de este Laudo con relación a las Excepciones propuestas por el Banco de la República: “*Como se indicó, (...) el Banco propuso la excepción de “falta de competencia del Tribunal Arbitral”, referida a la segunda pretensión (declarativa) de la reconvencción, que de contera, y por su naturaleza consecencial, toca la tercera pretensión de Fonade. Ahora bien, en la medida que la pretensión declarativa de Fonade que se atacó con este medio exceptivo no prosperará, el Tribunal no tendría necesidad de pronunciarse sobre la excepción. No obstante, dada la relevancia de lo planteado por el Banco, el Tribunal considera apropiado hacer explícito que no comparte el raciocinio de la Apoderada del Banco y, por consiguiente, que en la hipótesis de ser necesario no se declararía probada esa excepción.*

El Banco sustentó la excepción de acuerdo en lo establecido en la parte final de la cláusula 2 del Acuerdo que dispone que ‘Si EL BANCO llegare a recibir una reclamación o demanda por estos hechos (celebración, ejecución, terminación y liquidación de los subcontratos con los mismos), la trasladará a FONADE para su manejo y respuesta por parte de tal entidad, de ser legalmente posible. En el evento contrario, FONADE deberá asistir a EL BANCO en el manejo de la reclamación o demanda y suministrarle toda la información y los documentos que EL BANCO requiera, hasta la respuesta o solución definitiva. Para efectos de lo previsto en este numeral, las partes acuerdan que no se aplicará lo estipulado en la cláusula decimoquinta de El Contrato (cláusula compromisoria).

El Tribunal no considera que esa salvedad al pacto arbitral aplique al punto bajo análisis, pues, en efecto: a) la cláusula compromisoria se acordó para ‘cualquier diferencia o controversia que surja entre ellas con relación a la celebración, ejecución o terminación de este contrato y que no haya podido ser resuelta de

| | |
|---|--|
| | <p>común acuerdo...'; b) en la cláusula 2 del Acuerdo sobre Terminación del Contrato se estableció que Fonade asumía la responsabilidad que legalmente le correspondiera frente a los subcontratistas identificados en los considerandos de tal documento y, además, se avanzó la dinámica que se seguiría en caso de que uno de ellos se dirigiera directamente en contra del Banco: i- si era posible, el Banco dirigía el subcontratista a Fonade y; ii- en caso negativo, Fonade acompañaría al Banco hasta que el tema se solucionara de manera definitiva. Cuando ello sucediera, se pactó, no se acudiría a la justicia arbitral; c) pero eso no fue lo que sucedió. No se acreditó reclamación de ningún subcontratista en contra del Banco y, definitivamente, no es esa la situación en que se presentó la petición de la Reconvención.</p> <p>Así las cosas, no habría margen para deducir que carece de competencia este Tribunal para resolver la petición contenida en la Reconvención sobre la base de que en la génesis de la argumentación de Fonade éste haya recibido reclamación en su contra de parte de los mismos.</p> <p>En esas condiciones, y al margen de que el fracaso de la pretensión de Fonade haría innecesario un pronunciamiento sobre la excepción que se comenta, el Tribunal hace claridad que, en todo caso, tal defensa no habría tenido prosperidad.”</p> |
| Valor de la decisión | \$2.193.504.109 |
| Valor de las costas y agencias en derecho | El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, Resuelve: Condenar al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade al pago en favor del Banco de la República de \$420.040.000 por concepto de costas del Proceso y de agencias en derecho. |
| Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP) | \$420.040.000 |
| | |
| IX. EVENTUALES | |
| Recurso de Anulación | No |
| Recurso de Revisión | No |
| Acción de Tutela | No |
| Conciliación total | No |
| Conciliación parcial | No |

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (3)

| I. IDENTIFICACIÓN | |
|---|---|
| Laudo arbitral de: | INTERASEO S.A. E.S.P., ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN S.A. y CONSULTORES UNIDOS S.A. Vs. EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. - DISPAC S.A. E.S.P. |
| Convocante | INTERASEO S.A. E.S.P., ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN S.A. y CONSULTORES UNIDOS S.A. |
| Nacionalidad del convocante | Colombiana |
| Naturaleza del Convocante | Consortio |
| Sector de Actividad Económica | Departamental |
| Convocado | EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. - DISPAC S.A. E.S.P. |
| Nacionalidad del convocado | Colombiana |
| Naturaleza del Convocado | Empresa de Servicios Públicos Mixta |
| Subsector del sector público | Sector de servicios |
| Ciudad y fecha del laudo | Bogotá, 10/05/2011 |
| Centro de arbitraje | Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá |
| Árbitros | Consuelo Sarria Olcos |
| | Jorge Pinzón Sánchez |
| | José Armando Bonivento Jiménez |
| Secretario (a) | Clara Lucía Uribe Bernate |
| Se presentó demanda de reconvencción | Sí |
| Cuantía de la demanda principal | N/A |
| Cuantía de la demanda de reconvencción | N/A |
| II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO | <p>En el año de 1997, al analizar y evaluar el estudio de viabilidad empresarial remitido por la Electrificadora del Chocó S.A. ESP, la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica –CREG- estableció que, en consideración a su valor patrimonial y a su incapacidad de pagar obligaciones financieras y operativas, en un escenario de tarifas y costos de eficiencia no era posible, para dicha Electrificadora, la prestación de los servicios a los usuarios y mucho menos podría extender la cobertura del servicio y proveer la confiabilidad necesaria en la prestación del mismo. Por ello, mediante Resolución de 1997 se ordenó a la mencionada Electrificadora presentarle un Plan de Reestructuración para transformar la entidad de tal manera que lograra su viabilidad financiera y operativa. El 1 de abril de 1998, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios –SSPD-, expidió la Resolución</p> |

mediante la cual ordenó, con fines liquidatorios, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la Electrificadora del Chocó S.A. ESP.

Con el fin de solucionar algunos problemas financieros que se venían presentando en las empresas del sector eléctrico, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el Departamento Nacional de Planeación recomendaron al Consejo Nacional de Política Económica y Social algunas medidas con el fin de solucionar dichos problemas y, específicamente, en relación con la Electrificadora del Chocó S.A. ESP, recomendaron: *Adoptar un esquema de contrato de gestión de activos para asegurar la prestación del servicio en el área de influencia de la electrificadora del Chocó y solicitar al Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, adelantar las acciones necesarias para su ejecución.* El 11 de diciembre de 2001, por medio de la Escritura Pública se constituyó la sociedad Empresa Distribuidora del Pacífico, DISPAC S.A. ESP, como una empresa mixta de servicios públicos, domiciliada en Quibdó.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios informó al Ministerio de Minas y Energía la imposibilidad de poner a la intervenida Electrificadora del Chocó en condiciones de prestar el servicio de energía eléctrica con la calidad y continuidad que ordenan la Constitución y la Ley, en razón a que dicha entidad no contaba con las herramientas legales y financieras que le permitieran enfrentar la crisis económica del sector. Por lo anterior, DISPAC celebró un contrato de mandato con la Nación Ministerio de Minas y Energía, para que ésta abriera el proceso de selección del gestor.

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, abrió un concurso dirigido a firmas con experiencia en gestión de recursos públicos domiciliarios y distribución de energía. Con el fin de participar en el mencionado concurso se constituyó el Consorcio conformado por las sociedades Interaseo S.A. ESP, Eléctricas de Medellín Ltda. -hoy Eléctricas de Medellín S.A.-, y Consultores Unidos S.A., y a este consorcio le fue adjudicado el Contrato de Gestión que debía celebrarse con DISPAC.

El 19 de abril de 2010, se presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se trae a colación la cláusula compromisoria pactada por las partes que en su tenor literal establece: *“Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o*

ejecución de este Contrato o al momento de su terminación, distintas a aquellas que se resuelvan de acuerdo con la Cláusula anterior, salvo lo allí expresamente pactado, y no se pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleve el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y las demás normas concordantes con éstas...”.

Las sociedades convocantes pretenden que se declare que el Consorcio Gestor tiene derecho a la prórroga automática del Contrato de preposición en las mismas condiciones vigentes a la época de generarse el derecho a la prórroga; se declare que el índice de rotación de cartera está fijado en cuatro (4) meses y para su cálculo se deben tomar en cuenta los registros contables o indicadores financieros del último año (calculado sobre 360 días); se declare que en las estipulaciones contractuales no se encuentra regulada la fórmula de cálculo del Índice de Rotación de Cartera señalado como uno de los requisitos para el logro del derecho a la prórroga automática del término de vigencia del contrato; se declare que siendo la empresa DISPAC una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios le han de ser aplicados para los efectos de cualificar su actividad los indicadores financieros establecidos por la CREG para este tipo de entidades. Que como consecuencia de la declaración contenida en la inmediata pretensión anterior, el indicador denominado Índice de Rotación de Cartera en cuanto dice relación a la empresa DISPAC ha de ser el resultante de la aplicación de la fórmula de cálculo tal como la tiene reglamentada la CREG para entidades de la dicha naturaleza (rotación cuentas por cobrar = $\text{Cuentas por cobrar} / \text{Ingresos Operacionales} * 360$); a su vez que se declare que como resultados del despacho favorable de las pretensiones anteriores, si de la aplicación de tal fórmula a los registros contables de DISPAC, el Índice de Rotación de Cartera representa un guarismo inferior a cuatro meses, esto es ciento veinte días, el Consorcio Gestor ha cumplido con este requisito que, conjuntamente con otros, da lugar al nacimiento de su derecho de que el contrato le sea prorrogado por la primera vez, en las mismas condiciones vigentes a la época del nacimiento de tal derecho; se declare que la misma fórmula de cálculo ha de ser aplicada en el futuro para establecer si el requisito de cumplimiento del Índice de Rotación de

| | |
|--|--|
| | <p>Cartera se ha cumplido para los efectos de las eventuales segunda, tercera y cuarta prórrogas que regula el contrato y por último; se declare que, en lo sucesivo, el cumplimiento de dicho requisito en frente de las eventuales segunda, tercera y cuarta prórrogas se entenderá cumplido, si el Índice de Rotación de Cartera del último año (calculado sobre 360 días), establecido mediante la aplicación de la antelada formulada de cálculo arroja un guarismo de tres y medio meses; esto es ciento cinco (105) días.</p> <p>La demandada, DISPAC, en el momento oportuno, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, excepto a la cuarta, respecto de la cual se allanó parcialmente en los siguientes términos: <i>“Me allano a esta pretensión; pero únicamente bajo el entendido que la calificación de la actividad desarrollada por la Empresa por parte de las entidades regulatorias tiene un propósito distinto del pretendido en la demanda, que es aplicar el indicador de naturaleza puramente contractual. Los indicadores de la CREG para las actividades de servicios públicos domiciliarios tienen un objetivo claro y preciso que se desprende de las mismas resoluciones. Los indicadores de la CREG, a cuya aplicación la Demandante remite el indicador contractual del “índice de rotación de cartera” tienen propósitos diferentes que pueden deducirse a partir de las mismas resoluciones citadas”</i>. Adicionalmente, la demandada se pronunció respecto de todos y cada uno de los hechos planteados por el demandante; en su mayor parte, efectúa algunas precisiones e insiste en atenerse a los textos originales citados por las Convocantes. Por último, formuló las siguientes excepciones: i) Inaplicación de la fórmula empleada por la CREG para determinar el indicador financiero ‘rotación cuentas por cobrar (días)’, a la condición contractual de renovación denominado ‘índice de rotación de cartera; ii) Incorporación en la fórmula del “índice de rotación de cartera” de la totalidad de las Cuentas por Cobrar de la Empresa; iii) Insubsistencia del derecho contractual de prórroga del Contrato de Gestión y; iv) La genérica.</p> <p>La parte convocada (DICPAC) presentó demanda de reconvención, la cual fue admitida por el Tribunal en auto No. 2 de agosto 24 de 2010 y sintetizó su solicitud en tres pretensiones, así: 1) que se interprete la sección 12.1 (a) (iii) del Contrato de Gestión, de forma que, para todos los efectos contractuales, el “índice de rotación de cartera” al que se refiere dicha sección es el resultado de aplicar la fórmula específica: [Cartera total real de la Empresa a 31 de diciembre de 2009 / Ingresos Operacionales durante el año calendario</p> |
|--|--|

| | |
|---|--|
| | <p>2009] X 360 / 30; 2) que se interprete la sección 12.1 (b) (iii) del Contrato de Gestión, de forma que para todos los efectos contractuales, el “índice de rotación de cartera” al que se refiere dicha sección es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: [Cartera total real de la Empresa a 31 de diciembre del año anterior / Ingresos Operacionales durante el año calendario anterior] X 360 / 30 y; 3) que se condene en costas y agencias a la parte demandada.</p> <p>Las sociedades miembros del Consorcio Gestor, demandadas en reconvenición, se oponen a todas y cada una de las pretensiones (principales y subsidiarias) formuladas por la Convocada en su demanda de reconvenición. Propone las siguientes excepciones, contradicciones y defensas: i) <i>Improcedibilidad constitucional y legal de avocar el conocimiento y resolver sobre las pretensiones subsidiarias a la primera y segunda principales, por parte del honorable tribunal; ii) De las normas que regulan la interpretación de los contratos, aplicadas al caso bajo examen. Análisis de los antecedentes del otrosí No. 1; iii) Aplicabilidad de la Ley 142 y por ende de las regulaciones de la CREG y de la SSPD; iv) Sobre la interpretación de lo que ha de ser entendido como último año; v) Sobre la identidad conceptual entre el indicador contractual y el de la CREG y; vi) la Excepción genérica. Y finalmente se pronuncia respecto de cada uno de los hechos enumerados en la demanda, afirmando la veracidad de muchos de ellos, precisando su posición en algunos casos y ateniéndose a lo probado en el proceso en otros.</i></p> |
| <p align="center">III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p> | |
| <p>Problema(s) principal(es) jurídico(s)</p> | <p>¿Cuál es el contenido y alcance del consentimiento expresado por DISPAC y el Gestor en el ordinal (iii) del literal (a) del Artículo Noveno del Otrosí No. 1 suscrito el 30 de junio de 2004, modificadorio de la sección 12.1 (Cláusula 12.) del Contrato de Gestión, en la cual se regula el tema de la “Prórroga del Contrato”?</p> <p>¿Cómo se debe determinar el Índice de Rotación de Cartera establecido en el Otrosí N°1 del contrato de gestión celebrado por las partes?</p> |
| <p>Ratio decidendi</p> | <p>La controversia de las partes se concentra en su disímil entendimiento sobre la determinación de la fórmula de cálculo del “índice de rotación de cartera” pactado, sin más especificaciones, en el referido ordinal (iii) como condición para configurar el derecho a la prórroga a que se refiere la aludida sección 12.1 –dicho índice se</p> |

mencionará, en lo sucesivo, como el IRC-, disparidad extendida a la fijación del ámbito temporal en el que ha de hacerse la medición del aludido índice, respecto de lo cual la previsión negocial bajo examen se limita a indicar que se trata del índice “del último año”.

El contrato celebrado entre las partes. Según como lo califican las partes -en consonancia con su objeto- es un contrato de preposición, regulado, como especie del mandato mercantil, en los artículos 1332 a 1339 del Código de Comercio, respecto del cual acordaron llamarlo Contrato de Gestión. El mencionado Contrato de Gestión, en la Cláusula 3., precisa su objeto en los siguientes términos *“Por medio del presente Contrato la Empresa encomienda al Gestor la administración de su Establecimiento de Comercio de Distribución y Comercialización y específicamente, la ejecución de las actividades que comprenden el giro ordinario de los negocios del Establecimiento de Comercio en mención, de tal manera que se asegure la prestación del servicio de Distribución y Comercialización en el Área de Influencia.*

En desarrollo del objeto principal de este Contrato, el Gestor deberá (i) obrar en nombre de la Empresa; (ii) realizar la operación, mantenimiento, reposición y expansión de la Infraestructura dentro del Área de Influencia, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal de la Empresa; y (iii) realizar todas las actuaciones relacionadas con la atención a usuarios finales de la Empresa”.

Las partes establecieron que el Contrato tendrá una duración de ocho (8) años, contados a partir de la fecha de su suscripción. También acordaron que el Contrato se prorrogará automáticamente por periodos consecutivos de tres (3) años cada uno, siempre y cuando el Gestor se encuentre en situación de cumplimiento de sus obligaciones.

De conformidad con lo pactado por las partes, se está en presencia de un contrato de preposición, denominado por las mismas Contrato de Gestión, el cual, según lo afirman en su parte introductoria, se rige *“...por lo previsto en los artículos 1332 a 1339 del Código de Comercio y demás normas aplicables, y en lo no dispuesto por ellas, por las estipulaciones...”.* Según dichas normas, entonces, el contrato celebrado entre DISPAC y el Gestor es una especie de mandato mercantil, que tiene por objeto la administración del establecimiento de comercio de DISPAC y la ejecución de las actividades que comprenden el giro ordinario de sus negocios, con miras a asegurar la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía

eléctrica en su área de influencia, en desarrollo del cual el Gestor puede celebrar y ejecutar todos los actos relacionados con el referido giro ordinario de los negocios del establecimiento que administra, con las limitaciones establecidas, en el respectivo contrato, por la empresa preponente.

En relación con el régimen jurídico aplicable al Contrato de Gestión celebrado entre las partes, debe precisarse que además de las normas propias del derecho privado que regulan esta clase de contratos, también le son aplicables las normas previstas en la regulación establecida en las Leyes 142 y 143 de 1994, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa mixta de servicios públicos que presta un servicio público domiciliario como lo es el servicio de energía, el cual, por lo demás, es calificado por la citada ley como un servicio público esencial.

De la interpretación de los contratos en general, y la interpretación del contrato de gestión, particularmente su otrosí no. 1 en el punto específico debatido en el proceso.

La actividad hermenéutica tiene como criterio rector, de imperativa consideración, el plasmado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*". Se trata, pues, de privilegiar la voluntad real por encima de la declarada, incluso en hipótesis de claridad en el tenor literal de lo expresado por los contratantes, y tanto más en casos de oscuridad o ambigüedad en los términos de la manifestación, y en los de simple disonancia, aún en un espectro de aparente claridad, entre lo querido y lo exteriorizado por las partes que celebran el acto jurídico correspondiente.

Según las particularidades del asunto fáctico bajo examen, como mecanismos que pueden contribuir al establecimiento de la intención real cuya búsqueda se persigue con prioridad, la labor de interpretación a cargo del operador judicial habrá de realizarse con apoyo en las reglas previstas en los artículos 1619 a 1623 del estatuto civil y "*No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación*", según enseña explícitamente el artículo 1624, "*se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor*", advirtiendo el legislador, a renglón seguido, que "*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*".

| | |
|--|--|
| | <p>A partir de lo así expuesto, pasa el Tribunal, a hacer los señalamientos que, contribuyen decididamente a orientar su pronunciamiento en la controversia de interpretación sometida a su consideración: fuera de discusión está que DISPAC y el Gestor, a través del Artículo Noveno del Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2004, modificatorio de la sección 12.1 (Cláusula 12.) del Contrato de Gestión, introdujeron como condición para estructurar el derecho a la prórroga del mismo, <i>“(iii) que el índice de rotación de cartera del último año (calculado sobre 360 días) no sea superior a cuatro (4) meses”</i>. También está aceptado que los contratantes, en el texto que recoge su recíproca manifestación de voluntad, no definieron en forma específica la fórmula de cálculo del referido indicador, ni las variables específicas que debían considerarse, ni la fecha de corte que se tomaría para identificar el <i>“último año”</i> que sería materia del cálculo. Así las cosas, en la labor de búsqueda, por fuera del texto negocial, de la común intención de las partes vinculada a la determinación y alcance del IRC en los aspectos centrales descritos, encuentra el Tribunal que no hay respuestas asertivas desde la óptica de medios de convicción que apunten en ese sentido. Al contrario, para el Tribunal quedó en evidencia que el tópico puntual de la determinación de la fórmula de cálculo del IRC convenido y sus componentes, junto con la referencia temporal para la fecha de corte, fue un tema no tratado explícitamente por los contratantes, quienes consintieron en su estipulación a partir de consideraciones individuales y unilaterales de cada una de ellas, sin verificación de la existencia de un entendimiento común y unívoco.</p> <p>Siguiendo esta línea de argumentación, especial trascendencia tiene la previsión de la Cláusula 1. del propio Contrato de Gestión, en la cual las partes convinieron <i>“Para efectos exclusivos de interpretación del presente Contrato”</i>, que los términos expresamente definidos en la citada estipulación tendrían el significado que allí mismo se indica, y a renglón seguido, que <i>“Aquellos términos incluidos en el Contrato que no estuvieren expresamente definidos se entenderán en el sentido que les atribuya el lenguaje técnico correspondiente [...]”</i> Lo que evidencia que se está en frente de una estipulación explícita a través de la cual los contratantes, de manera indirecta pero legítima y vinculante, establecieron el mecanismo de interpretación aplicable respecto de omisiones o vacíos que pudieren presentarse en el contenido negocial, lo que equivale a reconocer la existencia de una verdadera intención común y recíproca de las partes para esos precisos efectos, plenamente vinculante, con</p> |
|--|--|

consecuencias inmediatas en el campo de la interpretación del Contrato que celebraron.

El Tribunal concluye que el alcance del IRC a que alude el Contrato de Gestión no es el del “*Indicador de Cartera*” considerado por las autoridades de regulación y supervisión para efectos de sus respectivas funciones. Ello fundamentado en: i) el sentido del marco normativo propio de los índices financieros previstos por la SSPD y; ii) la referencia contractual al IRC.

Criterios legales y jurisprudenciales asociados a la actividad de prestación de servicios públicos, y su incidencia en el caso bajo estudio.

El artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; y agrega que podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, y que el Estado siempre mantendrá su regulación, su control y su vigilancia. De conformidad con lo anterior, una de las características esenciales de los servicios públicos es que su prestación sea eficiente, y es el Estado el responsable de lograrlo, aunque la prestación de los mismos pueda cumplirse por el Estado directamente, o indirectamente por comunidades organizadas, o por particulares.

Ahora bien, la eficacia y la suficiencia financiera que enmarcan la actividad de prestación de servicios públicos, deben tenerse en consideración en relación con las obligaciones contractuales adquiridas por las partes en el Contrato de Gestión celebrado entre la convocante y la convocada, y, en general, con el contenido negocial vertido en el mismo, perspectiva desde la cual pueden aportar elementos con incidencia de cara a la revisión de interpretaciones divergentes de los contratantes sobre las estipulaciones que materializan su consentimiento.

Dentro de ese marco conceptual, resulta pertinente recordar que lo que las autoridades energéticas buscaron fue la eficiente prestación del servicio de energía que le correspondía a las diferentes electrificadoras, y específicamente a la Electrificadora del Chocó S.A. ESP, Electrochocó, y, en atención a lo recomendado por los Asesores contratados, se estableció que dicha Electrificadora no era viable, y por ello debía ser liquidada, previa la creación de una nueva empresa, que fue DISPAC, la cual se acogió a la recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social de utilizar el esquema de

desarrollar su actividad a través de un contrato de gestión, de modo que se inició el proceso que culminó con la celebración, precisamente, del Contrato de Gestión. De lo anterior se desprende, con nitidez, que lo que las autoridades energéticas buscaron con la creación de DISPAC y con el esquema sugerido de un contrato de gestión, fue la eficiencia en la prestación del servicio público de energía a la población del Chocó, y la suficiencia financiera en dicha prestación.

Dictamen. Después de ser analizado el contrato y la interpretación del mismo, procede el Tribunal al examen general de la prueba pericial practicada dentro del proceso, y precisará su evidente incidencia de cara al asunto controvertido en la contienda arbitral.

En primer lugar, Tribunal encuentra que la competencia del perito fue acreditada en forma adecuada y que los fundamentos de la experticia son sólidos y precisos.

Establece seguidamente el Tribunal que en el proceso resulta especialmente relevante la peritación financiera acerca del significado y usos, desde la perspectiva técnica, del denominado "índice de rotación de cartera", concepto éste de importancia en el contexto del Contrato de Gestión, teniendo en cuenta lo previsto en su Cláusula 1, y dado que para precisar la incidencia puntual del IRC pactado frente a la eventual adquisición del derecho de prórroga del Contrato por parte de "el Gestor", es necesario definir qué se entiende por tal en el ámbito y para los efectos de la interpretación de dicho Contrato.

El perito encadenó una serie de conceptos que condujeron en forma a la composición de la cuenta de cartera de difícil recaudo, y que permiten al Tribunal avanzar en la determinación del significado y alcance del IRC pactado en el Otrosí No. 1 del Contrato de Gestión, ante el diferente entendimiento que al respecto han argumentado las partes en el litigio, especialmente en cuanto a la definición de los componentes de la fórmula de cálculo que se debe aplicar para su medición.

Con relación al dictamen, el Tribunal extrae las siguientes conclusiones aplicadas al caso concreto objeto de su decisión:

A. Desde un punto de vista técnico financiero, los índices deben ser entendidos como instrumentos de análisis de ese linaje, que se usan para propósitos diversos: El objetivo funcional del análisis financiero de una empresa consiste en "procesar la información de los estados financieros, combinarla con información tomada de otras fuentes y obtener unos parámetros de medición cuya utilización está en función del interés de

| | |
|--|---|
| | <p>quien lo realiza". De ello se deriva que el uso de los parámetros de medición, o índices, depende del objetivo del respectivo usuario. Esta característica de versatilidad de los índices permite abstenerse de identificar o asimilar el IRC pactado en el Contrato con el que usan la CREG y la SSPD para lo de sus respectivas competencias.</p> <p>B. El índice de rotación de cartera es útil tanto para los contratantes como para las autoridades, en función de sus respectivos propósitos: el perito expresó que los indicadores financieros i) son herramientas de medición que se calculan a partir de la información tomada de los estados financieros y de los libros de contabilidad; ii) se obtienen combinando información y cifras tomadas de cuentas específicas del balance general y del estado de resultados; iii) generalmente son razones que expresan una cantidad en relación con otra, normalmente como cociente; iv) que su utilidad varía dependiendo del indicador que se esté analizando y; v) por último, sirven a los entes de supervisión para evaluar el seguimiento del desempeño de las entidades supervisadas frente al cumplimiento de las normas que regulan su actividad y frente a eventuales planes de desempeño acordados previamente.</p> <p>Para el Tribunal resulta claro que el concepto técnico transcrito implica tener en cuenta, en lo referente al uso dado a este indicador por la CREG y la SSPD, cuáles son sus funciones legales y en ejercicio de cuáles de ellas es que lo usan las empresas sujetas a su competencia y/o vigilancia.</p> <p>En el Otrosí No. 1 del Contrato de Gestión, al introducir el indicador como condición para definir la existencia de derecho a prórroga, no se previó ninguna diferenciación basada en clases de cartera. Son las partes las que divergen al plantear su respectiva apreciación y entendimiento al respecto.</p> <p>C. El concepto técnico de cartera tiene un alcance o comprensión general, y en atención a ello el Tribunal considera que cualquier exclusión al respecto, para los efectos del Contrato de Gestión, tendría que ser expresa o derivarse de la naturaleza del mismo: En cuanto al concepto de cartera, y acerca de cuáles son las cuentas del PUC que la componen, el perito señaló que el mismo tiene un alcance general, lo que inclina al Tribunal a abstenerse de establecer distinciones o exclusiones, que las partes no señalaron en forma expresa, por una parte, y que, por la otra, resultarían opuestas a la aplicación de los parámetros de interpretación aplicables al Contrato de Gestión.</p> <p>D. Con base en el concepto técnico financiero, el alcance o comprensión de la cuenta 1475,</p> |
|--|---|

| | |
|--|--|
| | <p>correspondiente a las cuentas de difícil recaudo, es, de acuerdo con lo anterior, general; y considera el Tribunal que cualquier exclusión para efectos del Contrato de Gestión, por razones de la clase de deuda o de deudor o de plazo de la misma, habría tenido que ser expresa –aunque en forma directa o indirecta-, o derivarse de su naturaleza.</p> <p>E. La fórmula de cálculo del “índice de rotación de cartera” y de cada uno de sus factores, de acuerdo con el dictamen, relaciona, sin distinción ni exclusiones, todos los ingresos operacionales y el valor promedio de todas las cuentas por cobrar, tomando los valores iniciales y finales del período respectivo. Técnicamente es posible hacer cálculos por segmentos, o usar índices “ajustados”; pero observa el Tribunal que ello no ocurre en el caso del Contrato de Gestión.</p> <p>El Tribunal, después de mencionadas las anteriores conclusiones, procede a examinar los resultados de los componentes del “índice de rotación de cartera”: La “fórmula” de cada una de las partes y la “fórmula” que corresponde al lenguaje técnico financiero usual.</p> <p>En su alegato, el Gestor sostiene que la CREG y DISPAC persiguen diferentes propósitos a través de la medición del IRC, pero afirma que ello “no obsta para que la fórmula de cálculo del índice sea la misma”, lo que comporta la exclusión de ciertas cuentas de cartera; en cambio, DISPAC plantea que de la fórmula que debe corresponder al IRC contractual no pueden excluirse ciertas cuentas de cartera, tal como ocurre con la que defiende el Gestor.</p> <p>El Tribunal encuentra que la generalidad que es propia del “índice de rotación de cartera”, desde el punto de vista del significado y alcance que usualmente se le atribuye en el lenguaje técnico financiero, no fue objeto de exclusiones o precisiones expresas en el Otrosí que lo incorporó al Contrato, ni ellas surgen de la naturaleza del mismo, ni del sentido natural de una condición estipulada para propiciar la prórroga pactada de un contrato legalmente intervenido para asegurar la prestación continua y eficiente de un servicio público.</p> <p>Se presentó un gran panorama de antagónicos resultados, fruto de la divergente posición jurídica de las partes en torno a la determinación de la fórmula de cálculo y los componentes del IRC pactado. Consecuencia de su diferente entendimiento “unilateral” de lo convenido, dos importantes observaciones hace el Tribunal, consecuente con las pautas de interpretación que deben prevalecer en el asunto bajo examen: la primera, para advertir que, ninguna de las fórmulas propuestas por las partes equivale o se identifica con la que el experto describe;</p> |
|--|--|

y la segunda, para destacar que respecto de la descrita por el experto, según su propio dicho y en razón de la coherente sustentación que para el efecto aduce, se puede “afirmar que se trata de un indicador de amplia utilización en el lenguaje financiero”

Así las cosas, concluye el Tribunal que para efectos de determinar el contenido y alcance del IRC convenido en el Otrosí No. 1 es imperativo basarse en el dictamen técnico financiero, otorgando prioridad a la fórmula de cálculo identificada por el perito como la que refleja el sentido que usualmente se le atribuye en el lenguaje técnico financiero al “índice de rotación de cartera”, pauta de interpretación de origen convencional que, conforme se ha señalado con insistencia, debe prevalecer.

Las pretensiones de la demanda principal. Respecto de la pretensión primera, entiende el Tribunal que más allá de la formulación abstracta de la afirmación involucrada en la petición, su alcance material se ubica en el contexto de las diferencias de hermenéutica propuestas por las partes, por manera que el hecho cierto y objetivo establecido por el Tribunal a partir de los criterios de interpretación que a su juicio se imponen, es que el Gestor no logró, en el último año anterior al de vencimiento del Contrato, el IRC pactado para efectos de su eventual prórroga. La consecuencia inevitable es que la condición pactada en la estipulación cuya interpretación es sometida a conocimiento y decisión del Tribunal, requerida para abrir paso al eventual derecho del Gestor a la prórroga del Contrato, no se verifica, de modo que la pretensión, considerada en su conjunto, debe desestimarse.

En la pretensión segunda, repite el Tribunal que más allá de la consideración *in abstracto* de la afirmación de la demanda, quedó establecido que la fórmula de cálculo del IRC pactado como requisito o condición para la eventual prórroga del Contrato de Gestión no corresponde a la propuesta por el Gestor, entonces, la pretensión ha de desestimarse.

De la pretensión tercera de la demanda principal, estimó el Tribunal que resultó inexacto y equivocado, sostener la ausencia absoluta de regulación, pues, aunque en efecto los contratantes no hicieron señalamiento explícito de la fórmula de cálculo del indicador que pactaron, resalta la previsión que incorporaron al Contrato, precisamente para efectos de su interpretación, en la cual estipularon explícitamente, con *sindéresis* y razonabilidad, que “*Aquellos términos incluidos en el Contrato que no estuvieren expresamente definidos se entenderán en el sentido*

| | |
|--|---|
| | <p>que les atribuya el lenguaje técnico correspondiente [...]”. lo que equivale a evidenciar la presencia de una regla de linaje convencional, legítima y vinculante, que se erige como precepto regulatorio, así se le tome como “indirecto” del IRC pactado en el Otrosí No. 1 del Contrato de Gestión, respecto del cual tiene ocurrencia el escenario fáctico allí descrito, suficiente en el sentir del Tribunal para descartar la ausencia de regulación que en términos absolutos invoca el Gestor. La pretensión, en consecuencia, debe desestimarse.</p> <p>Sobre el planteamiento de las <u>pretensiones cuarta y quinta</u>, estableció el Tribunal que, factores como la versatilidad que desde el punto de vista técnico caracteriza al “<i>índice de rotación de cartera</i>”; la disimilitud de intereses y propósitos que se predica respecto del marco funcional de los entes estatales de regulación y vigilancia; y la presencia de parámetros de interpretación de aplicación preferente, conducen a dejar de lado la aspiración del Gestor a que para el cálculo del IRC pactado en el Otrosí No. 1 se aplique la fórmula diseñada por la CREG, en el marco de sus competencias, para el indicador de “Cuentas por Cobrar” previsto en sus regulaciones, el mismo que en ese contexto y para esos efectos por supuesto conserva vigor. Las pretensiones cuarta y quinta, entonces, se desestimarán.</p> <p>Estableció el Tribunal que ante la desestimación de las peticiones anteriores, necesariamente ha de correr la misma suerte la <u>pretensión sexta</u> de la demanda de la parte convocante pues como ha quedado establecido, conforme al examen efectuado por el Tribunal, que la fórmula de cálculo del IRC incorporado al Contrato de Gestión a través del Otrosí No. 1 no corresponde a la esgrimida por el Gestor, y que la efectivamente aplicable, calculada con la referencia temporal definida por el Tribunal, refleja un guarismo superior al señalado como tope para la positiva estructuración del eventual derecho a la prórroga del referido Contrato, el cual, por ende, no se materializa. La pretensión, entonces, se ha de desestimar.</p> <p>Por último, el mismo panorama de denegación de lo suplicado tiene que predicarse de las <u>pretensiones séptima y octava</u> pues, estando claro que desde la perspectiva de su contenido (fórmula de cálculo y componentes de la misma) el IRC pactado como requisito o condición para la eventual prórroga del Contrato de Gestión es el mismo sea que se tratara de la primera eventual extensión, o de las eventuales segunda, tercera y cuarta siguientes, con el sólo cambio del guarismo tope que habría de conseguirse para causar el controvertido derecho, el resultado</p> |
|--|---|

| | |
|---|---|
| | <p>desfavorable del planteamiento esgrimido por la parte convocante respecto de las variables a considerar en la estructuración de la fórmula para calcularlo, y la no causación del derecho, por lo que a esta condición respecta, respecto de la primera prórroga, se traducen en la no prosperidad de estas pretensiones séptima y octava, las cuales también se desestimarán.</p> <p>Las pretensiones principales de la demanda de reconvención. Reitera el Tribunal que la fórmula de cálculo –y sus componentes- planteada bajo el entendimiento que DISPAC otorga al IRC pactado en el Otrosí No. 1 del Contrato de Gestión no corresponde a la que debe imperar para las partes conforme a los criterios de interpretación que han de prevalecer para definir el contenido de dicha estipulación, dentro de los cuales ocupa lugar preponderante la previsión de la Cláusula 1. del mencionado Contrato. En conclusión, como la fórmula pericial reseñada no se identifica con la propuesta por DISPAC, las pretensiones principales de la demanda de reconvención se han de desestimar.</p> |
| Tema principal | Contrato de Gestión |
| Tema Accesorio 1 | Interpretación de los contratos en general |
| Tema Accesorio 2 | Valoración dictamen general |
| | |
| IV. CLASIFICACIÓN | |
| Tipo de Contrato | Contrato de preposición |
| Subclasificación | N/A |
| | |
| V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | |
| Posición del Ministerio Público | <p>En aras de garantizar la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales emite concepto el Ministerio Público a través del Procurador Once Judicial Administrativo, en el cual establece como problema jurídico que debe entrar a resolver el Tribunal de arbitramento el de determinar el Índice de Rotación de Cartera y de esa manera poder verificar si el consorcio convocante tiene derecho a la prórroga del contrato de gestión, para ello y después de analizar una serie de aspectos técnicos y jurídicos, concluye el agente del ministerio público que la fórmula mediante la cual debe calcularse el índice en mención es la señalada por el perito en su dictamen.</p> <p>En últimas, no se puede determinar si su posición fue a favor, en contra o en contra parcial de la entidad pública.</p> |
| | |

| VI. FUENTES RELEVANTES | |
|-------------------------------|---|
| Normativas | <p>Del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Comercio: artículos 1332 a 1339 (preposición) • Código Civil: artículos: 2155 (responsabilidad del mandatario) y 1604 (responsabilidad del deudor) • Ley 142 de 1994: artículo 4 (servicios públicos esenciales); artículo 87 (criterios para definir el régimen tarifario); 59 (causales, modalidad y duración); 121 (procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos) • Ley 143 de 1994: artículo 44 (régimen tarifario) <p>Interpretación de los contratos en general, y la interpretación del contrato de gestión</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil: artículos 1618 a 1624 (de la interpretación de los contratos) <p>Criterios asociados a la actividad de prestación de servicios públicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política artículo 365; artículo 367 • Ley 142 de 1994: artículos 73 (funciones y facultades generales), 79 -modificado y adicionado- (funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos), 52 -modificado- (concepto de control de gestión y resultados); • Ley 689 de 2001: artículos 14 (del Sistema Único de Información) y 15 (del Formato Único de Información) • Código Civil: artículo 29 (palabras técnicas) • Código de Comercio: artículo 823 (idioma castellano) • Ley 1151 de 2007: artículo 96 <p>Dictamen Pericial</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil: artículo 241 (apreciación del dictamen) |
| Jurisprudencia Judicial | <p>Interpretación de los contratos en general, y la interpretación del contrato de gestión</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de mayo 14 de 1996 (expediente 4738) y agosto 14 de 2000 (expediente 5577) y; agosto 1 de 2002 (expediente 6907).</u> <i>Adicionalmente, en el contexto del marco legal anunciado, y manteniendo el objetivo primordial allí consignado –establecer y privilegiar la voluntad real de los contratantes-, aceptan la doctrina y la jurisprudencia, en forma más bien</i> |

generalizada, que la actividad interpretativa también supone y exige, en desarrollo de postulados jurídicos de significativo realce, la consideración no sólo de la voluntad específica manifestada, sino de todas las circunstancias propias del “ambiente” del contrato -algunas reflejadas positivamente en las mencionadas disposiciones del estatuto civil-, en la medida en que, en no pocas ocasiones, ellas aportan elementos relevantes de cara al propósito de determinar o fijar el genuino sentido y alcance del consentimiento sobre el que recae la tarea de interpretación, a veces afirmativamente –escenario deseable-, a veces por la vía del descarte.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia junio 3 de 1946. “En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido”
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de febrero 28 de 2005 (Exp. 7504). “[...] significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o le cercenaría- efectos o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina”

Crterios asociados a la actividad de prestación de servicios públicos

- Corte Constitucional, Sentencia C-041/03. “...El Estado es el garante de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero no es directamente quien proporciona el bien o servicio respectivo, salvo cuando las características técnicas y económicas del servicio lo permitan y aconsejen y estén de por medio derechos fundamentales. (arts. 367 C.P. y 6 de la Ley 142 de 1994). En efecto, el ente estatal debe garantizar que esa prestación sea eficiente, es decir que se asegure que las empresas que proporcionen el servicio lo hagan de manera eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Para ello, también debe garantizar que dichas empresas recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con el fin de lograr una mayor

| | |
|---|--|
| | <i>competitividad, lo que se traduce en una mejor prestación del servicio”.</i> |
| Jurisprudencia Arbitral | N/A |
| | |
| VII. DURACIÓN DEL PROCESO | |
| Duración del Proceso desde la presentación de la demanda | 386 días |
| Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite | 202 días |
| Suspensiones solicitadas por las partes | 119 días |
| Suspensiones por causa legales | 0 |
| | |
| VIII. DECISUM Respuesta al problema planteado | |
| PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL PRIMERA.- Se declare que el Consorcio Gestor tiene derecho a la prórroga automática del Contrato de preposición en las mismas condiciones vigentes a la época de generarse el derecho a la prórroga, si, además de cumplir con otros requisitos contractualmente estipulados, logra durante el último año anterior al de la prorroga el Índice de Rotación de Cartera que establece el contrato. SEGUNDA.- Se declare que el índice de rotación de cartera está fijado en cuatro (4) meses y para su cálculo se deben tomar en cuenta los registros contables o indicadores financieros del último año (calculado sobre 360 días) TERCERA.- Se declare que en las estipulaciones contractuales no se encuentra regulada la fórmula de cálculo | DECISIÓN El Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve: Negar todas las pretensiones – primera a octava- de la demanda principal, instaurada por la parte convocante, en los términos indicados en la parte motiva. |

del Índice de Rotación de Cartera señalado como uno de los requisitos para el logro del derecho a la prórroga automática del término de vigencia del contrato.

CUARTA.- Se declare que siendo la **EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. – DISPAC S.A. E.S.P.** una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios le han de ser aplicados para los efectos de cualificar su actividad los indicadores financieros establecidos por la CREG para este tipo de entidades.

QUINTA.- Que como consecuencia de la declaración contenida en la inmediata pretensión anterior, el indicador denominado Índice de Rotación de Cartera en cuanto dice relación a la **EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. – DISPAC S.A. E.S.P.** ha de ser el resultante de la aplicación de la fórmula de cálculo tal como la tiene reglamentada la CREG para entidades de la dicha naturaleza, la que se concreta y desarrolla así

Rotación cuentas por cobrar
= Cuentas por cobrar /
Ingresos Operacionales * 360

SEXTA.- Se declare que como resultas del despacho favorable de las pretensiones anteriores, si de la aplicación de tal fórmula a los registros contables de la **EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. – DISPAC S.A. E.S.P.**, el Índice

de Rotación de Cartera representa un guarismo inferior a cuatro meses, esto es ciento veinte días, el Consorcio Gestor ha cumplido con este requisito que, conjuntamente con otros, da lugar al nacimiento de su derecho de que el contrato le sea prorrogado por la primera vez, en las mismas condiciones vigentes a la época del nacimiento de tal derecho.

SÉPTIMA.- Se declare que la misma fórmula de cálculo ha de ser aplicada en el futuro para establecer si el requisito de cumplimiento del Índice de Rotación de Cartera se ha cumplido para los efectos de las eventuales segunda, tercera y cuarta prórrogas que regula el contrato.

OCTAVA.- Se declare que, en lo sucesivo, el cumplimiento de dicho requisito en frente de las eventuales segunda, tercera y cuarta prórrogas se entenderá cumplido, si el Índice de Rotación de Cartera del último año (calculado sobre 360 días), establecido mediante la aplicación de la antelada formulada de cálculo arroja un guarismo de tres y medio meses; esto es ciento cinco (105) días”.

DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PRETENSIÓN PRIMERA: Que se interprete la sección 12.1 (a) (iii) del Contrato de Gestión (según fue modificado por el Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2004), de forma que para todos los efectos contractuales, el “**índice de rotación de cartera**” al que se

Negar todas las pretensiones principales –primera a tercera- de la demanda de reconvencción, instaurada por la parte convocada, en los términos indicados en la parte motiva. Con relación a las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvencción, **indicar** que la fórmula que debe aplicarse para determinar el ‘índice de rotación de cartera’ al que se refiere la sección 12.1 -(a) (iii) o (b) (iii) según corresponda- del Contrato de Gestión, según fue modificado por el Otrosí

refiere dicha sección es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: [Cartera total real de la Empresa a 31 de diciembre de 2009 / Ingresos Operacionales durante el año calendario 2009] X 360 / 30.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN

En caso de no prosperar completa y exactamente la pretensión anterior, que se indique la fórmula que debe aplicarse para determinar el “índice de rotación de cartera” al que se refiere la sección 12.1 (a) (iii) del Contrato de Gestión (según fue modificado por el Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2004) y qué cuentas deben ser incluidas en cada uno de los rubros que compongan dicha fórmula.

SEGUNDA PRETENSIÓN:

Que se interprete la sección 12.1 (b) (iii) del Contrato de Gestión (según fue modificado por el Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2004), de forma que para todos los efectos contractuales, el “**índice de rotación de cartera**” al que se refiere dicha sección es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: [Cartera total real de la Empresa a 31 de diciembre del año anterior / Ingresos Operacionales durante el año calendario anterior] X 360 / 30.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

En caso de no prosperar completa y exactamente la segunda pretensión, que se indique la fórmula que debe aplicarse para determinar el “índice de

No. 1 del 30 de junio de 2004, es la descrita en el dictamen pericial en la respuesta a la pregunta F. del cuestionario formulado por la convocada, en la forma y términos allí indicada, calculada con corte en el mes de julio del respectivo año, enunciada así:

“Índice de rotación de cartera=Ventas/Promedio de cuentas por cobrar”

| | |
|--|---|
| <p>rotación de cartera” al que se refiere la sección 12.1 (b) (iii) del Contrato de Gestión (según fue modificado por el Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2004) y qué cuentas deben ser incluidas en cada uno de los rubros que compongan dicha fórmula.</p> <p>TERCERA PRETENSIÓN: Que se condene en costas y agencias a la parte demandada.</p> | |
| <ul style="list-style-type: none"> - Decisión unánime - Salvamento de voto - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal - Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención - Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención | <p>Sí</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>No</p> |
| <p style="text-align: center;">EXCEPCIONES</p> <p>EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La demandada formuló las siguientes excepciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>“Inaplicación de la fórmula empleada por la CREG para determinar el indicador financiero ‘rotación cuentas por cobrar (días)’, a la condición contractual de renovación denominado ‘índice de rotación de cartera’”.</i> • <i>“Incorporación en la fórmula del ‘índice de rotación de</i> | <p>El Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Resuelve:</p> <p>Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, todas las excepciones de fondo formuladas por la parte convocada con relación a la demanda principal.</p> |

cartera” de la totalidad de las Cuentas por Cobrar de la Empresa”.

- “Insubsistencia del derecho contractual de prórroga del Contrato de Gestión”.
- “Excepción genérica”.

EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

La parte demandada en reconvencción propone las siguientes “excepciones, contradicciones y defensas”:

- “Improcedibilidad constitucional y legal de avocar el conocimiento y resolver sobre las pretensiones subsidiarias a la primera y segunda principales, por parte del honorable tribunal”.
- “De las normas que regulan la interpretación de los contratos, aplicadas al caso bajo examen. Análisis de los antecedentes del otrosí No. 1”.
- “Aplicabilidad de la Ley 142 y por ende de las regulaciones de la CREG y de la SSPD”.
- “Sobre la interpretación de lo que ha de ser entendido como último año”.

Declarar no probada la excepción de “Improcedibilidad constitucional y legal de avocar el conocimiento y resolver sobre las pretensiones subsidiarias a la primera y segunda principales, por parte del honorable tribunal”, formulada por la parte convocante en la contestación de la demanda de reconvencción y; **Desestimar**, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, todas las demás excepciones de fondo formuladas por la parte convocante con relación a la demanda de reconvencción.

| | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • “Sobre la identidad conceptual entre el indicador contractual y el de la CREG”. • “Excepción genérica”. | |
| Valor de la decisión | N/A |
| Valor de las costas y agencias en derecho | <p>El Tribunal decidirá sobre la condena en costas teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>La manera voluntaria y coincidente como las partes, a través del Otrosí No. 4 de 4 de mayo de 2010, acordaron someter a la decisión de un Tribunal Arbitral, sus diferencias en relación con la fórmula del IRC pactado para determinar la procedencia o no del derecho a la prórroga automática del Contrato de Gestión. Entiende el Tribunal dicho acuerdo, proyectado al trámite surtido, como un acto de lealtad procesal, acorde por lo demás, con la forma como las partes y sus apoderados manejaron el proceso, siempre con el legítimo deseo de buscar reconocimiento de sus opuestas pretensiones.</i> • <i>La decisión adoptada por el Tribunal, que como ha quedado perfilada, niega la totalidad de las pretensiones de la parte convocante, al igual que las pretensiones principales de la parte convocada -demandante en reconvenición-, optando por una interpretación que constituye una solución diversa a la planteada por los dos contendientes, pronunciamiento que se hace en el marco de las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvenición.</i> • <i>La norma procesal que permite al Juez, en este caso de naturaleza arbitral, abstenerse de condenar en costas cuando la demanda prospere parcialmente. (Art. 392, numeral 6 C. de P. C.)</i> <p>Las anteriores consideraciones o circunstancias sirven de fundamento al Tribunal para abstenerse, como en efecto lo hará, de efectuar condena en costas. Por ello, El Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Resuelve: No condenar en costas, conforme a lo señalado en la parte motiva.</p> |
| Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP) | N/A |
| | |
| IX. EVENTUALES | |
| Recurso de Anulación | No |

| | |
|----------------------|----|
| Recurso de Revisión | No |
| Acción de Tutela | No |
| Conciliación total | No |
| Conciliación parcial | No |

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (4)

| I. IDENTIFICACIÓN | |
|---|---|
| Laudo arbitral de: | INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA Vs. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P. |
| Convocante | INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA |
| Nacionalidad del convocante | Colombiana |
| Naturaleza del Convocante | Cooperativa de Trabajo Asociado |
| Sector de Actividad Económica | Nacional |
| Convocado | COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P. |
| Nacionalidad del convocado | Colombiana |
| Naturaleza del Convocado | Empresa de Servicios Públicos Privada |
| Subsector del sector público | Sector de transporte |
| Ciudad y fecha del laudo | Bogotá, 24/05/2011 |
| Centro de arbitraje | Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá |
| Árbitros | Ernesto Rengifo García |
| | Patricia Zuleta García |
| | Juan Pablo Estrada Sánchez |
| Secretario (a) | Lina María Fernández del Portillo |
| Se presentó demanda de reconvencción | No |
| Cuantía de la demanda principal | \$520.000.000 |
| Cuantía de la demanda de reconvencción | N/A |
| II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO | A través de la invitación a presentar oferta No CT – 716 de 2006, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante COLTEL), comunica a INTERSERVICIOS COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, hoy INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA (en adelante INTERSERVICIOS), sobre una licitación para “contratar a todo costo, el servicio de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y/o equipos a nivel nacional por zonas, a través de los medios de transporte existentes para cada modalidad”. En la invitación a ofertar se establece que “el plazo de la presente invitación será de tres años, contados a partir del primero de enero de 2007”. El clausulado del contrato fue conocido por INTERSERVICIOS en forma previa a la suscripción del contrato y ésta no manifestó reparo u observación de ninguna índole en relación con las cláusulas del contrato pues el 29 de diciembre de 2006, se acepta por COLTEL la oferta presentada por INTERSERVICIOS y se suscribió el contrato de |

| | |
|--|---|
| | <p>suministro de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y/o equipos a nivel nacional por zonas, a través de los medios de transporte existentes para cada modalidad No 71.1-0586.06.</p> <p>En el contrato de suministro, se destaca que en la cláusula 5ta se establecía <i>que el plazo de la ejecución del contrato será por el término de tres (3) años contados a partir del primero de enero de 2007</i>. Por otro lado, en la cláusula 24 se encuentra prevista la terminación anticipada por cualquiera de las partes, con el siguiente texto: <i>cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier momento, dando una notificación previa y por escrito a la otra con al menos treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha prevista para la terminación del contrato. Las partes entienden y aceptan que la terminación discrecional aquí prevista no genera ninguna indemnización a su favor.</i></p> <p>Durante 2 años y 6 meses, desde el 1 de enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2009, el contrato fue ejecutado por parte de INTERSERVICIOS de forma continua e ininterrumpida y los servicios fueron prestados de una manera eficaz, cumplida, con los estándares de calidad exigidos por COLTEL. Nunca se presentó por parte de INTERSERVICIOS incumplimiento alguno, retraso o falta en la ejecución del contrato, por esta razón nunca fue objeto de imposición de sanciones por motivos de incumplimiento. Mediante la comunicación No 0116793000G-0522 del 30 de abril de 2009, la Directora de Compras de COLTEL notifica a INTERSERVICIOS la terminación unilateral del contrato en los siguientes términos: <i>nos permitimos notificarles en el día de hoy, la decisión de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. de terminar el contrato No 71.1-0586.06 a los treinta (30) días calendario siguientes del recibo de la presente comunicación, es decir, a partir del primero (1) de junio de 2009.</i></p> <p>INTERSERVICIOS solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y presentó demanda arbitral en contra de COLTEL, en razón de la cláusula 28 contenida en el Contrato de Suministro 71.1-0586.06 de 29 de diciembre de 2006 (cláusula compromisoria), donde solicitó principalmente que se declare que entre INTERSERVICIOS y COLTEL, se celebró el contrato 71.1-0586.06 el 29 de diciembre 2006, con el objeto de suministrar los servicios de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y equipos; que se declare la nulidad absoluta de la cláusula 24 del contrato, por contravenir lo dispuesto en el art. 977 del C. de Co y; que se declare que la sociedad COLOMBIA</p> |
|--|---|

| | |
|---|--|
| | <p>TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., dio por terminado el contrato 71.1-0586.06 unilateralmente sin que mediara justa causa para ello. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende la convocante que se condene a la sociedad demandada a pagar a INTERSERVICIOS la indemnización de los perjuicios causados por la terminación del contrato, por el lucro cesante y daño emergente, incluyendo todos los daños derivados de esta actividad mercantil, tomando como referencia los ingresos percibidos durante el tercer año de su ejecución.</p> <p>Una vez instalado el Tribunal de Arbitramento, nombrado el presidente y la secretaria del mismo, éste revisa los requisitos establecidos y ordena admitir la demanda presentada por INTERSERVICIOS y corre traslado de la misma a la Convocada quien contesta oportunamente señalando las siguientes excepciones de mérito: i) la cláusula 24 del contrato no contraviene lo dispuesto por el artículo 977 del Código de Comercio; ii) COLOMBIA TELECOMUNICACIONES estaba facultada para determinar unilateralmente el contrato, sin necesidad de que mediara algún tipo de causa especial; iii) no se incurrió en abuso del derecho por no haber respetado las expectativas económicas de INTERSERVICIOS y; iv) la cláusula 24 del contrato no es abusiva.</p> |
| <p align="center">III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p> | |
| <p>Problema(s) jurídico(s) principal(es)</p> | <p>¿Hubo por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. un ejercicio abusivo de la cláusula 24 del contrato de suministro de transporte número 71.1-0586.06, al no informar a INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA, el motivo de la terminación del vínculo contractual y además si la referida cláusula viola el artículo 977 del Código de Comercio?</p> <p>La cláusula 24 del contrato en cuestión reza así <i>“Terminación anticipada. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier momento, dando una notificación previa y por escrito a la otra con al menos treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha prevista para la terminación del contrato. Las partes entienden y aceptan que la terminación discrecional aquí prevista no genera ninguna indemnización a su favor”</i>.</p> <p>El artículo 977 del Código de Comercio establece: <i>“Terminación del contrato de suministro. Si no se hubiere estipulado la duración del suministro,</i></p> |

| | |
|------------------------|---|
| | <p><i>cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro.”</i></p> |
| <p>Ratio decidendi</p> | <p>Se deriva del problema jurídico, el asunto relativo a las cláusulas abusivas consideradas como inválidas, ilícitas e ineficaces, y son aquellas que van en contra del principio de la buena fe y causan una ventaja significativa a favor de uno de los contratantes que rompe con la equidad y reciprocidad de los contratos. Ante ellas, el juez debe restablecer el equilibrio cualitativo o subjetivo del contrato más no el económico. Se entiende por equilibrio subjetivo del contrato la actitud despótica o arbitraria por parte del predisponente que termina rompiendo el principio de la solidaridad contractual, implicando desequilibrio en las prestaciones económicas y un aprovechamiento indebido de los derechos y obligaciones nacidos del contrato, por su parte, el equilibrio económico es la expectativa de ganancia o pérdida que causa un negocio a los contratantes y su rompimiento comporta simple y llanamente un sacrificio patrimonial que necesita ser restablecido.</p> <p>Se ha de recordar los requisitos para que una cláusula sea considerada como abusiva establecidos en sentencia de la Corte Suprema de Justicia: <i>“a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial - vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena de probidad o lealtad- y; c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”</i></p> <p>En últimas, la institución de las cláusulas abusivas, no se refiere al equilibrio económico del contrato, ni a los bienes o servicios que hayan de ser proporcionados, ni a la contraprestación que haya de pagarse por ellos, sino al equilibrio subjetivo o cualitativo de éste, es decir, al contenido contractual. Y el control judicial de las cláusulas abusivas dependerá de la prudente discrecionalidad del Juez, quien, analizando las circunstancias del caso, decidirá si invalida la estipulación contractual.</p> <p>El Tribunal, al estudiar las pretensiones de la demanda principal, su contestación y excepciones, de acuerdo con las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso y las normas jurídicas aplicables al caso, establece que independientemente de que se señale o no la justa causa como elemento estructural de una terminación unilateral anticipada, la justa causa se</p> |

debe analizar, pues es con base en ella que el juez determina si el comportamiento contractual se ha ejercido de una manera irrazonable o abusiva, es decir, tiene cabida el control del juez del contrato para mirar si el ejercicio de una facultad supuestamente incausada, se ha ejercido de manera razonable, esto es, si con ella no se le ha causado un daño al otro sujeto contractual.

En el caso concreto se lee el artículo del artículo 977 pues la convocante considera que ha sido vulnerado con la cláusula 24 del contrato, sin embargo, en criterio del Tribunal, el referido artículo no configura una norma de carácter imperativo, como lo exige el artículo 899, numeral 1 del Código de Comercio donde se ve que la intención del legislador es la de entrar a integrar el contenido del contrato cuando los contratantes omiten referirse al término de ejecución del contrato, lo que de suyo descarta la posibilidad de que se trate de una norma de obligatorio cumplimiento que restrinja o limite la intervención de la autonomía privada. Así las cosas, en criterio del Tribunal el artículo 977 del C. de Co no impide a los contratantes que celebran un contrato de suministro y pactar una cláusula de terminación anticipada, pues la norma lo que busca es que, en ausencia de estipulación sobre la duración del suministro, es razonable incorporar al contrato la fórmula de terminación.

El Tribunal también establece que es incontrovertible la existencia de un contrato de duración determinada con cláusula de terminación anticipada, por lo tanto, es perfectamente válido, además, se observa que la configuración de la mencionada cláusula es razonable en tanto y cuanto la cláusula fue prevista como opción válida para ambos contratantes y que el término del preaviso evitaba los efectos sorpresivos o inopinados de una terminación que hubiera tenido efectos inmediatos o sin posibilidad de reacción del otro sujeto contractual.

Está probado que la relación jurídica entre las partes terminó porque COLTEL envió una carta en donde si bien se respeta el preaviso, no se esgrimió una justa causa, por ello, el punto a dilucidar es si el ejercicio de esa cláusula de terminación fue o no abusivo. En el análisis del caso concreto, el Tribunal observa que la cláusula en efecto fue predispuesta pero aceptada; lo que implicaría que en principio es válida y eficaz. El hecho de que un contrato contenga cláusulas predispuestas, no significa que no sea contrato; lo es máximo que para su perfeccionamiento se requiere el consentimiento del otro sujeto contractual.

| | |
|--------------------------|--|
| | <p>Reitera el Tribunal la cláusula es válida porque fue aceptada por INTERSERVICIOS; empero, en general, el Juez (que en este caso es el Tribunal) debe mirar con mayor rigor la aplicación práctica de una cláusula unilateral cuando ésta ha sido predispuesta por la parte que ha hecho uso de ella, pues bien, dado que la cláusula 24 fue diseñada por la demandada, aunque pactada en beneficio y a favor de ambas partes, el Tribunal como juez del contrato hace un juicio más riguroso para saber si hubo o no ejercicio abusivo de la facultad contractual de la terminación unilateral del vínculo y concluye que la relación jurídica entre INTERSERVICIOS y COLTEL se disciplinó mediante un contrato de suministro y consistió en un contrato celebrado entre profesionales lo cual permite suponer que conocían el alea y los riesgos del negocio celebrado y descartaría un ejercicio abusivo de posición de dominio contractual, razón por la cual el Tribunal no reconoce el exceso que el demandante le endilga al actuar de COLTEL como quiera que está probado que INTERSERVICIOS asumió libremente el riesgo de la cláusula demandada, esto es, que cualquiera de los contratantes podía dar por terminado el contrato respetando, eso sí, el envío de un preaviso con 30 días de antelación. En otras palabras, la fijación de la cláusula de terminación anticipada implicaba que cada parte con antelación prefigurara los posibles efectos negativos que le traería la aplicación efectiva de la cláusula antes de que expirara la duración señalada en el contrato.</p> <p>Otro tema a destacar es que el incumplimiento no es presupuesto de validez de una cláusula de terminación unilateral y anticipada del contrato, debido a que su valor normativo proviene de la autonomía privada, siempre que su ejercicio se haga de manera razonable y no abusiva. Y, además, no aparece probado perjuicio alguno derivado de la aplicación práctica de la cláusula. Habiendo concluido la evaluación de las pretensiones y defensas de las partes, sin haber encontrado por parte de COLTEL conducta alguna tendiente a perjudicar los intereses merecedores de protección de INTERSERVICIOS, con la aplicación de la cláusula 24 del contrato de suministro de transporte, el Tribunal desestima las pretensiones de la demanda, con excepción de aquella referida al reconocimiento de la celebración del contrato mencionado.</p> |
| Tema principal | Cláusulas abusivas de los contratos |
| Tema Accesorio 1 | Artículo 977 del Código de Comercio |
| | |
| IV. CLASIFICACIÓN | |
| Tipo de Contrato | Contrato de Suministro |

| | |
|---|--|
| Subclasificación | Contrato de Suministro de Transporte |
| V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | |
| Posición del Ministerio Público | <p>A favor de la entidad pública. La agencia del Ministerio Público en su concepto solicita a los árbitros negar la prosperidad de la totalidad de las pretensiones de la demanda arbitral, por considerar que está probada la licitud de la cláusula 24 censurada por la convocante, así como el hecho de que el ejercicio de la facultad consignada en la misma por parte del COLTEL, no fue abusiva. Son dos razones las que llevaron al agente del Ministerio Público a tal conclusión: i) la cláusula 24 no fue objeto de observación, durante el periodo de presentación de ofertas, siendo aceptada por el Contratista con la firma del contrato, acto que se cumplió el día 29 de diciembre de 2006, es decir que se firmó en virtud del principio de la autonomía y; ii) adicionalmente se revisa si se infringió o no el artículo 977 del Código de Comercio y dijo el agente respectivo que se trata de una norma facultativa que permite a cualquiera de las partes, en caso de no haberse señalado el término del contrato, dar por terminado el mismo con el correspondiente preaviso, norma que no puede predicarse como vulnerada respecto al contrato de suministro. Por otra parte, respecto al abuso del derecho, predicada por la convocante, frente a la aplicación de la cláusula 24 del contrato, debe recordarse que cada una de las partes en igualdad de condiciones, tenía la potestad de dar por terminado el contrato de manera unilateral, sin que por ello debiera reconocerse indemnización alguna, condición que se pactó expresamente en el contrato, también debe aclararse que del contenido del contrato, no se infiere, ni menos se condiciona que la aplicabilidad de esta cláusula, deba obedecer a condiciones especiales o determinadas. En últimas, concluye el Ministerio Público que solo se trata de la aplicación de una cláusula plenamente consentida entre las partes, en forma clara y expresa, sin que deba acudirse a interpretación de ninguna naturaleza ya que su contenido es claro y expreso.</p> |
| VI. FUENTES RELEVANTES | |
| Normativas | <p>Cláusulas abusivas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código de Comercio: artículo 977 (terminación del contrato de suministro); artículo 830 (abuso del derecho-indemnización de perjuicios); artículo 899, numeral 1 (nulidad absoluta) |
| Jurisprudencia Judicial | Cláusulas abusivas |

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo. *“En la formación del contrato y, específicamente, en la regulación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación 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 éste 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, con detrimento del equilibrio económico de la prestación.”*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo. *Requisitos para que una cláusula sea considerada como abusiva: “a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial (...); y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2002, M.P: Carlos Ignacio Jaramillo. *“Es útil precisar que la cláusula sub examine, esto es, la de exclusión de responsabilidad de la compañía de leasing por los defectos que presenta la cosa, a modo de colofón, no envuelve un típico y diáfano desequilibrio, menos aún grave, colosal, relevante o cualificado, en la relación contractual, no sólo porque se trata de una previsión acorde con la descrita operación jurídica, concretamente en punto al leasing financiero, sino también porque, si se aprecian con ponderación y medida las cosas, el tomador no resultaría desprotegido o abandonado a su propia suerte (...)”*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 1995. *“Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término*

| | |
|--------------------------------|---|
| | <p><i>igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación, es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración esta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza”.</i></p> <p>Incidencia de la autonomía privada en los contratos de adhesión.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de diciembre de 1970.</u> <i>“Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo”.</i> |
| <p>Jurisprudencia Arbitral</p> | <p>Cláusulas abusivas</p> <ul style="list-style-type: none"> • En opinión de Tribunales de Arbitramento, entre los cuales se destacan: <u>Laudo del 4 de junio de 2002, entre Valores y Descuentos Ltda y Bellsouth; Laudo del 1 de septiembre de 2008, entre Elsamex Internacional, Gas Kapital y el INVIAS y; Laudo del 18 de julio de 2005, entre Juan Manuel Espinosa y Fiduestado.</u> Se estableció que <i>“por definición, una cláusula abusiva considerada como inválida, ilícita o ineficaz es aquella que va en contra del principio de la buena fe (...)”</i> • <u>Laudo del 23 de febrero de 2007, entre Punto Celular Ltda. y Comcel.</u> <i>“Por tanto, debe concluirse que el carácter abusivo de una estipulación no se produce de manera automática y predefinida, ni a su configuración puede llegase por el mero cotejo mecánico con un listado taxativo. Ello dependerá de la serena y profunda ponderación del juez, con base en las reglas de la sana crítica, y, se reitera, según las características y especificidades de cada caso particular”</i> |
| | |

| | |
|--|---|
| VII. DURACIÓN DEL PROCESO | |
| Duración del Proceso desde la presentación de la demanda | 258 días |
| Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite | 123 días |
| Suspensiones solicitadas por las partes | 34 días hábiles |
| Suspensiones por causa legales | 0 |
| VIII. DECISUM | |
| Respuesta al problema planteado | |
| PRETENSIONES | DECISIÓN |
| <p>PRINCIPALES:</p> <p>Primera principal. - que se declare que entre INTERSERVICIOS COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, hoy INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA con Nit 811.008.668-8 y la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., se celebró el contrato 71.1-0586.06 el día veintinueve (29) de diciembre 2006, con el objeto de suministrar los servicios de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y equipos.</p> <p>Segunda principal. - que se declare la nulidad absoluta de la cláusula 24 del contrato, por contravenir lo dispuesto en el art. 977 del C. de Co.</p> <p>Tercera principal. - que se declare que la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., dio por terminado el contrato 71.1-0586.06 unilateralmente sin que mediara justa causa para ello.</p> | <p>El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve: Se deniegan las pretensiones de la demanda, salvo la primera por encontrarse probada en el proceso y estar referida a una pretensión declarativa, como lo es, el reconocimiento de la celebración del contrato No 71.1-0586.06.</p> |

PRETENSIONES
CONSECUENCIALES. - que
como consecuencia de las
anteriores declaraciones. Se
condene a la sociedad
demandada COLOMBIA
TELECOMUNICACIONES
S.A. E.S.P. a pagar a
INTERSERVICIOS
COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO, hoy
INTERSERVICIOS
COOPERATIVA
MULTIACTIVA con Nit
811.008.668-8, al momento de
la ejecutoria del laudo, las
pretensiones que esta última
tiene derecho así:

Primera principal
consecuencial. - que se declare
que COLOMBIA
TELECOMUNICACIONES
S.A. E.S.P., está obligada a
cancelar a favor de
INTERSERVICIOS
COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO, hoy
INTERSERVICIOS
COOPERATIVA
MULTIACTIVA con Nit
811.008.668-8, la
indemnización de los perjuicios
causados por la terminación
del contrato, por el lucro
cesante y daño emergente,
incluyendo todos los daños
derivados de esta actividad
mercantil, tomando como
referencia los ingresos
percibidos durante el tercer año
de su ejecución, los cuales
estimamos en quinientos veinte
millones de pesos
(\$520.000.000) o la suma que
mayor o menor que se probare
en el proceso.

Esta suma debe cancelarse al
momento de la ejecutoria del
laudo, y ser indexada conforme

al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Financiera, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

SUBSIDIARIAS

En subsidio de la pretensión principal, la demandante formula las siguientes pretensiones subsidiarias:

Pretensión primera subsidiaria de la principal. - que se declare que la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

S.A., en virtud de su posición dominante y aún en ausencia de la misma, incurrió en abuso del derecho al dar por terminado

UNILATERALMENTE el contrato 71.0586.06 suscrito el día veintinueve (29) diciembre de 2006, con el objeto de suministrar los servicios de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y equipos, por cuanto no respetó las legítimas expectativas económicas que tenía INTERSERVICIOS COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, hoy INTERSERVICIOS COOPERATIVA

MULTIACTIVA, en la ejecución total del mismo. Que, en consecuencia, se condene a la parte demandada a pagar a la

demandante los perjuicios que le fueron causados con el ejercicio abusivo del derecho por la terminación unilateral, DESMEDROS

CONSTITUTIVOS DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE que incluyen todos los daños causados, tomando como referencia los percibidos durante el tercer año de ejecución. La indemnización asciende a la suma de quinientos veinte millones de pesos (\$520.000.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la Superintendencia Financiera, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros).

Pretensión segunda subsidiaria de la principal. –

a) Que se declare que la cláusula 24 del contrato 71.1-0586.06 suscrito el día veintinueve (29) de diciembre de 2006, con el objeto de suministrar los servicios de transporte terrestre, fluvial y marítimo de personal, materiales y equipos, es abusiva por cuanto dicha estipulación desconoció y

traicionó la finalidad de dicho contrato.

b) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la sociedad **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**

S.A. E.S.P., en virtud de su posición dominante y aún en ausencia de la misma, incurrió en abuso del derecho al dar por terminado

UNILATERALMENTE el contrato 71.1-0585.06 suscrito el día veintinueve (29) diciembre de 2006, en contra de los legítimos derechos de **INTERSERVICIOS**

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, en la ejecución total del mismo. Que en consecuencia, se condene a la parte demandada a pagar a la demandante los perjuicios que le fueron causados con el ejercicio abusivo del derecho por la terminación unilateral.

DESMEDROS

CONSTITUTIVOS DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE que incluyen todos los daños causados, tomando como referencia los percibidos durante el tercer año de ejecución. La indemnización asciende a la suma de quinientos veinte millones de pesos (\$520.000.000) o la suma mayor o menor probada dentro del proceso.

Esta suma debe cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República desde el momento de la terminación del contrato hasta que el laudo quede debidamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación

| | |
|---|---|
| de la Superintendencia Financiera, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. (En su defecto, la suma será actualizada por el sistema determinado por los árbitros). | |
| -Decisión unánime -Salvamento de voto -Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal -Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal -Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención -Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención | Sí No No No N/A N/A |
| | |
| <p style="text-align: center;">EXCEPCIONES</p> <p>Las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda fueron enunciadas así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La cláusula 24 del contrato no contraviene lo dispuesto por el artículo 977 del Código de Comercio. 2. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES estaba facultada para terminar unilateralmente el contrato, sin necesidad de que mediara algún tipo de causa especial. 3. No se incurrió en abuso del derecho por no haber respetado las expectativas económicas de INTERSERVICIOS. 4. La cláusula 24 del contrato no es abusiva. | <p>El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve: declarar probadas las excepciones de mérito intituladas “La cláusula 24 del contrato no contraviene lo dispuesto por el artículo 977 del Código de Comercio” y “La cláusula 24 del contrato no es abusiva”. Así:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La cláusula 24 del contrato no contraviene lo dispuesto en el artículo 977 del Código de Comercio: como se explicó anteriormente, la cláusula 24 del contrato no va en contra del artículo 977 del C. de Co., en razón a que la referida disposición no establece una prohibición para que las partes que celebran un contrato de suministro con duración determinada puedan pactar una cláusula de terminación anticipada. En conclusión, la interpretación para fundamentar la invalidez de la cláusula 24 del contrato de suministro es equivocada y la estipulación no va en contra de una norma imperativa como lo exige el inciso 1 del artículo 899 del Código de Comercio. • La cláusula 24 del contrato no es abusiva: está probado que ni la cláusula 24 era abusiva, ni su uso por COLTEL fue abusivo. De tal suerte que estándonos a lo expuesto por el Tribunal acerca de la inexistencia del abuso y de la ausencia de |

| | |
|---|---|
| | abuso de posición dominante contractual, esta excepción prospera. |
| Valor de la decisión | N/A |
| Valor de las costas y agencias en derecho | El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve: condenar en costas a la parte demandante, esto es, a INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA en la suma de veintiocho millones seiscientos ochenta y tres mil cuatrocientos pesos (\$28.863.400,00) moneda legal colombiana. |
| Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP) | N/A |
| | |
| IX. EVENTUALES | |
| Recurso de Anulación | No |
| Recurso de Revisión | No |
| Acción de Tutela | No |
| Conciliación total | No |
| Conciliación parcial | No |

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES (5)

| I. IDENTIFICACIÓN | |
|---|---|
| Laudo arbitral de: | UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO Vs. CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. EN EJECUCIÓN DE ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. |
| Convocante | UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO |
| Nacionalidad del convocante | Colombiana |
| Naturaleza del Convocante | Ente Universitario Autónomo |
| Sector de Actividad Económica | Departamental |
| Convocado | CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. en ejecución de acuerdo de reestructuración y CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. |
| Nacionalidad del convocado | Colombiana |
| Naturaleza del Convocado | Consortio |
| Subsector del sector público | Sector de construcción |
| Ciudad y fecha del laudo | Armenia, 25/10/2012 |
| Centro de arbitraje | Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Armenia |
| Árbitros | César Augusto López Velandia |
| | Rosa Leonor González Rodríguez |
| | Jair Darío Gómez Díaz |
| Secretario (a) | Manuel de Jesús Aldana Ocampo |
| Se presentó demanda de reconvencción | No |
| Cuantía de la demanda principal | \$1.285.567.839,05 |
| Cuantía de la demanda de reconvencción | N/A |
| | |
| II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO | <p>El 25 de enero de 1999 ocurrió un terremoto que dejó grandes pérdidas en el eje cafetero, una de esas pérdidas fue la construcción del bloque antiguo de la Universidad del Quindío donde funcionaban las facultades de ciencias humanas, básicas y tecnológicas, ubicado en la ciudad de Armenia, por dicha afectación, se ordenó la demolición del bloque mencionado por parte de la Inspección Quinta Municipal de Policía de la ciudad de Armenia.</p> <p>El 1° de julio de 1999 el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero (FOREC), celebró un contrato de administración delegada e interventoría con la ONG FUNDACIÓN CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO DEL COMERCIO, TURISMO Y SERVICIOS (en adelante FUNDECOMERCIO), cuyo objeto era que FUNDECOMERCIO ejecutara la planeación, programación, dirección, contratación,</p> |

administración, control de inversiones de las obras y acciones encaminadas a la reconstrucción integral de la llamada zona 15 norte, zona donde se encontraba ubicado el bloque antiguo de la universidad del Quindío. FUNDECOMERCIO, para cumplir con su cometido, celebró el **contrato de obra número P 15 4303 – 008** en diciembre del 2000 con el CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A – PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A. (ahora CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A.), cuyo objeto era ejecutar la construcción del edificio sede de la facultad de ciencias básicas y tecnológicas y la facultad de ciencias humanas de la universidad del Quindío de Armenia.

En el 2001, FUNDECOMERCIO cedió a favor de la CÁMARA DE COMERCIO DE ARMENIA, los derechos que tenía como contratante en el contrato de obra mencionado, cesión que fue aceptada por el consorcio contratista. Por su parte, para cumplir sus obligaciones, el consorcio contratista tomó con la COMPAÑÍA DE SEGUROS CONFIANZA S. A., una póliza que respalda la estabilidad de la obra.

La obra que era objeto del contrato de obra, se entregó finalmente el 30 de mayo de 2002 a la UNIVERSIDAD DEL QUINDIO, quien era la **beneficiaria** del contrato y propietaria de los predios donde se adelantó la construcción.

Tres años después (2005), se presentó el colapso de un muro de la construcción realizada, ante ello, se realizaron varios estudios que demostraron que el edificio no cumplía con las características de una construcción sismo resistente, situación que ponía en riesgo la vida de los estudiantes, profesores y personal administrativo que lo ocupaba, razón por la cual, se autorizó al señor rector de la universidad para que, con recursos propios de la entidad, contratara las obras de reforzamiento estructural y reparaciones de la edificación. Todo ese contrato lo realizó la Universidad incurriendo en gastos no previstos debido a que, aunque presentó reclamación ante la compañía de seguros que asumió el riesgo del contrato de obra celebrado, la misma fue objeto de negativa.

Ante el incumplimiento del consorcio, la Universidad del Quindío decide presentar demanda donde pretende que se declare en primer lugar, que entre FUNDECOMERCIO y entre el CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A – CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A., se contrató la construcción de una obra a favor de una tercera persona (Universidad del Quindío), a través del contrato de obra No. P 15 4303 - 008 del 15 de diciembre de 2000, adicionado por el escrito del 12 de diciembre de 2001;

| | |
|--|---|
| | <p>seguidamente pretendía que se declare que las sociedades demandadas son civilmente responsables, solidaria y mancomunadamente, por el incumplimiento del contrato de obra No. P 15 4303 - 008, así como de las normas de construcciones sismo resistentes que emanan de él, como son la Ley 400 de 1997, el Decreto Reglamentario 33 de 1998 y el Decreto 079 de septiembre 29 de 2000 de la Alcaldía del municipio de Armenia. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a las sociedades demandadas a pagar a favor de la Universidad la suma de mil doscientos ochenta y cinco millones quinientos sesenta y siete mil ochocientos treinta y nueve pesos M/cte. (\$1.285.567.839), por concepto de indemnización de perjuicios causados.</p> <p>Además, se solicita el pago del valor de los intereses comerciales moratorios causados sobre la suma indicada como condena de perjuicios, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se realice efectivamente el pago íntegro de la condena y subsidiariamente que se reconozca la indexación del caso, acorde con el monto del IPC, establecido por el Banco de la República, desde la fecha en que la Universidad del Quindío realizó los pagos causados por la ejecución de la reparación de los daños que afectaron la obra o edificación contratada y hasta que se realice efectivamente el pago íntegro de la condena. Por último, que se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso arbitral.</p> <p>Ante la mencionada demanda, el consorcio demandado en su contestación, propone las excepciones de mérito denominadas falta de legitimación por activa, falta de competencia, inexistencia de estipulación para otro, inexistencia de responsabilidad por parte de los demandados, inexistencia de la obligación de indemnizar, inexistencia de incumplimiento de parte de los demandados, falta de causa, excepción de contrato no cumplido, culpa y dolo de la parte actora, hecho de un tercero, culpa y dolo de un tercero, causa extraña, caso fortuito, fuerza mayor, pago y en general todas las que se encuentra probadas.</p> <p>Adicionalmente a la demanda y la contestación, en este proceso arbitral se realizaron varios llamamientos en garantía que fueron admitidos, dándoles así la posibilidad de presentar las excepciones específicas para su defensa.</p> |
| <p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/ PROBATORIOS</p> | |

| | |
|---|---|
| <p>Problema(s) principal(es) jurídico(s)</p> | <p>¿La cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra P 154303-008 suscrito entre FUNDECOMERCIO y el consorcio CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. Y PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A. hoy PARQUE CENTRAL S.A., habilita la conformación de un tribunal de arbitramento?</p> <p>¿Constituye el contrato de obra P 154303-008 un acto jurídico cuyos efectos le permiten a la Universidad del Quindío exigir su cumplimiento, bajo el esquema de la institución jurídica de la estipulación para otro?</p> <p>¿Es civilmente responsable el consorcio constituido por la CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. Y PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., HOY PARQUE CENTRAL S.A., de los daños registrados en las instalaciones de la Universidad del Quindío en el mes de septiembre de 2005?</p> |
| <p>Ratio decidendi</p> | <p>Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, se analiza en primer lugar lo relativo a la legitimación en la causa por activa de la Universidad del Quindío pues se parte de la base de que el contrato de obra número P15 4303-008 fue celebrado entre la FUNDECOMERCIO y el CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S. A. – CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S. A. posteriormente cedido por FUNDECOMERCIO a favor de la ONG CAMARA DE COMERCIO DE ARMENIA, lo que daría pie para afirmar que las personas jurídicas mencionadas son las únicas legitimadas para iniciar el trámite arbitral pues fueron las únicas intervinientes en la celebración, ejecución y liquidación del contrato de obra referido. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la teoría de la relatividad de los contratos que explica que las relaciones contractuales afectan directa e indirectamente a otras personas que no fueron parte en dicha relación y que, por ende, tienen un interés válido y actual en el contrato, que las legitima para demandar cualquier tipo de responsabilidad contractual, lo que se constata con lo que expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de Julio de 2005, donde se estableció brevemente que <i>la autonomía de la voluntad continúa siendo uno de los soportes más salientes en la vida contractual de los individuos, pero ha tenido que resistir ciertos ajustes, de manera tal que los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros. A lo que parece acertado afirmar que es el de la relatividad de los contratos uno de los principios más ampliamente explicados por los estudiosos del</i></p> |

Derecho, pero también es el que más fácilmente es distorsionado.

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento concluye que la UNIVERSIDAD DEL QUINDIO tiene legitimación por activa para impetrar la demanda arbitral, pues se trata de un tercero afectado con la relación contractual plasmada en el Contrato de Obra número P15 4303-008, ya que al leer las consideraciones para la celebración del contrato y el objeto del contrato, se evidencia que la construcción que se iba a realizar iba a ser en la Universidad del Quindío, persona jurídica beneficiaria y destinataria de la obra pactada.

Entra el Tribunal a analizar el tema de la **cláusula compromisoria** debido a que alegan los intervinientes que la misma es inexistente, se parte del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 que define la cláusula compromisoria y lo que la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004 ha señalado esta cláusula se *origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato.* Así mismo, esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007 reitera que *la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico.*

Siguiendo lo anterior, el Tribunal al estudiar en el caso concreto las secciones tercera y cuarta del contrato de obra donde se consigna la forma de solución de conflictos, llega a las siguientes conclusiones: i) las partes contratante y contratista, de común acuerdo, pactaron un arbitraje como medio de solución de conflictos; ii) esas diferencias que pudieren surgir entre contratante y contratista provienen del contrato de obra; iii) lo que se pactó entre contratante y contratista, se refiere a hechos futuros y desconocidos para las partes; iv) como varios de los ítems del contrato de obra fueron estipulados dentro del mismo contrato, se trata de una verdadera cláusula compromisoria; v) consta por escrito la institución a la que pretenden entregar el conocimiento de sus controversias y; vi) la competencia del tribunal para resolver en Derecho deviene del inciso final del artículo 116 de la Constitución Política, del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 y de las normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998.

Si el pacto arbitral es en esencia un acuerdo de voluntades, es menester estudiar el contexto del consentimiento aplicado a este caso y sobretodo el alcance de la formación del consentimiento en el contrato de arbitraje, entonces, cuando las voluntades

se expresan y se dirigen a otra parte con el fin de crear un acuerdo, y, por tanto, generar obligaciones para una de las partes o para ambas, toman la forma de una oferta o propuesta y de una aceptación: la oferta es la declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra con la invitación de celebrar un negocio jurídico, por su parte, la aceptación es la declaración de voluntad que acoge la propuesta, significa lo anterior que es suficiente que la oferta de contrato de arbitraje indique que las diferencias que surgen del contrato que se está negociando o que ya se celebró o se ejecutó, deban tramitarse ante un tribunal arbitral, por lo tanto, en el caso concreto, independientemente de los yerros materiales que puedan invocarse del texto de las cláusulas del contrato de obra, es innegable la intención y el consentimiento de las partes para someter sus controversias a la decisión de un tercero y en consecuencia, la cláusula: i) es vinculante y obligatoria para los contratantes; ii) conserva su vocación universal, por lo que deberá hacerse extensiva a los conflictos que pudieran surgir de la relación contractual, ya que no se pactaron en forma expresa temas que fueran excluidos de su conocimiento, y por tanto su aplicación no puede restringirse a un único conflicto y; iii) la divisibilidad de la cláusula como relación contractual deja incólume el pacto arbitral bajo el entendido que, fueron los contratantes quienes de manera inequívoca decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria una controversia susceptible de transacción surgida en desarrollo del contrato celebrado; en otras palabras, la voluntad de los contratantes se tiene libre de vicios y por tanto no se encuentra afectada la esencia del negocio jurídico que se reflejó en la estipulación de la mencionada cláusula compromisoria.

Como se planteó en uno de los problemas jurídicos, es importante el tema de la **estipulación en favor de tercera persona** que según el artículo 1506 del Código civil *cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.* Entonces, estipular a favor de tercera persona es convertirla en acreedora de la obligación pactada entre estipulante y promitente, es de vital importancia reivindicar la capacidad del tercero beneficiario, a quien no se le exige capacidad para contratar, exigiéndosele

únicamente que tenga capacidad de goce para ejercer el derecho que se le traslada.

En este caso, la ley sí exige que haya aceptación expresa o tácita de esa tercera persona con el único y exclusivo fin de que las partes no puedan revocar el contrato; por lo tanto, para el Tribunal es claro que la Universidad del Quindío sí aceptó la estipulación a su favor de manera tácita, antes iniciarse la ejecución del contrato con la tramitación y pago de la licencia de construcción ante la curaduría urbana, asumiendo su costo; y posteriormente en forma expresa con actos como la aceptación de la entrega de las obras por parte del contratante cuando usó los bienes entregados, cuando ejecutó actos de señor y dueño ocupándose de su reparación a sus expensas y cuando demandó, presentando previamente el documento contentivo de dicha aceptación.

Finalmente, y ante las dudas planteadas a lo largo del proceso sobre la participación de la Universidad del Quindío como beneficiaria de la estipulación para otro contenida en el contrato de obra, basta releer el clausulado del contrato P 154303-008 para concluir que la beneficiaria de las obras y por tanto la legitimada por activa siempre fue la Universidad del Quindío.

El último tema importante es determinar si el consorcio demandado civilmente responsable de los daños registrados en las instalaciones de la Universidad del Quindío. Entonces, a fin de determinar la **responsabilidad contractual** en el caso bajo estudio, se debe saber con exactitud a quién estaban asignadas las obligaciones específicas cuya infracción dio lugar a los daños que presenta la edificación o estructura comprometida.

Para ello, el Tribunal estudia las normas del Código Civil y encuentra que el artículo 2060, ordinal 3° establece lo siguiente: *si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.*

El Tribunal al aplicar el artículo mencionado en el caso en concreto, llegó a las siguientes conclusiones: i) La construcción del bloque B del edificio de la Universidad del Quindío fue entregado por las constructoras el 30 de mayo de 2002 y amenazó ruina el día 29 de septiembre de 2005, es decir, el edificio amenazó ruina a los 41 meses después de entregado, vale decir,

| | |
|--|---|
| | <p>dentro de los diez años subsiguientes a su entrega, tal como lo exige la norma; ii) De conformidad con los estudios de patología y vulnerabilidad contratados por la Universidad del Quindío, se pudo determinar que las deflexiones y fisuras detectadas obedecieron a defectos o vicios en la construcción del edificio y; iii) Es clara la normatividad en determinar la responsabilidad directa del empresario en este tipo de eventos.</p> <p>Lo anterior se encuentra en un caso similar (laudo arbitral dictado el 16 de febrero de 2004 entre CONAVI BANCO COMERCIAL Y DE AHORROS S.A. y CONCONCRETO S.A): <i>donde los vicios de la construcción determinantes de la ruina de la edificación originados por la defectuosa aplicación de las reglas de la construcción directamente sirven para ubicar la responsabilidad del artífice y se presume la culpa del contratista por el comportamiento en la ejecución, pues éste debe garantizar el resultado de que la obra no ha de presentar ninguna clase de imperfecciones. De ese modo, la <u>responsabilidad se radica en cabeza del constructor</u> por el resultado buscado y sólo podría exonerarse si prueba una causa extraña: fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de un tercero o la culpa del dueño o contratante.</i></p> <p>Por todo lo anterior, evidencia el Tribunal que con la doble obligación contractual contraída por las constructoras contratistas (ejecutar las obras y subsanar cualquier defecto), éstas adquirieron una obligación de resultado y por ende sus consecuencias son las generadoras de responsabilidad por el hecho de las terceras personas que intervinieron en la obra, independientemente de existir o no el elemento culpa en su propia conducta. Pues se encontraron inexactitudes o errores propios de la constructora (manejo inadecuado de elementos no estructurales) y errores en diseños estructurales que han debido advertir en virtud a su profesión, (traslape de refuerzo inferior de algunas vigas en zonas confinadas o dentro de los nudos, vigas de más de 90 centímetros de altura sin refuerzo lateral longitudinal). Ello lo fundamenta el Tribunal con el análisis del peritaje presentado por el Ingeniero Fernando Robledo Hurtado, en virtud del cual se llega a la conclusión de que queda absolutamente claro que las sociedades, en consorcio CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. EN EJECUCIÓN DE ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y la CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A., tuvieron responsabilidad en los hechos sucedidos por la amenaza de ruina de la edificación que habían construido con anterioridad, en ejecución del contrato de obra. Dicha responsabilidad, en resumen, se</p> |
|--|---|

| | |
|--------------------------|---|
| | <p>traduce en algunos hechos como son: a) No haber dado noticia de que los planos y diseños no reunían las normas NSR-98; b) Haber ejecutado la obra a sabiendas de los problemas de los problemas de diseño estructurales; c) Haber adosado a la estructura de la edificación elementos no estructurales frágiles, sin dejar separaciones, los que con cualquier deflexión se hubiesen afectado; d) Haber instalado pisos sin dejar los espacios que permitieran disipar deformaciones de las placas y; e) Haber realizado traslajos de vigas diseñados en zonas confinadas o dentro de los nudos.</p> <p>De todo el estudio y análisis anterior queda como conclusión obligada que se declarará la existencia del contrato de obra entre FUNDECOMERCIO y el CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. - PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., adicionado el 12 de diciembre de 2001, cuyo objeto era la construcción del edificio sede de la Facultad De Ciencias Básicas Y Tecnológicas y La Facultad De Ciencias Humanas De La Universidad Del Quindío de Armenia, en los terrenos de la Universidad del Quindío y cuyo beneficiario único era la Universidad del Quindío, a través de la estipulación para otro de que trata el artículo 1506 del Código Civil Colombiano y se declararán no probadas las excepciones presentadas por la parte demandada. Se declarará, asimismo, que el consorcio convocado es civil y solidariamente responsable del incumplimiento del citado contrato y por ello se condenará a dicho consorcio a indemnizar los daños sufridos a la Universidad del Quindío que consisten en pagos de contratos de interventoría, estudios de patología y esclerometría; expedición de una licencia de construcción; pagos de obra de reforzamiento estructural y de obras para mejoramiento de las condiciones constructivas, cancelados al consorcio CESAR EDUARDO SORIANO. Se ordenará, igualmente, al consorcio demandado que cancele la indexación de los valores atrás mencionados y los gastos y costas causados en el proceso.</p> |
| Tema principal | Incumplimiento del contrato de obra P 154303-008 por la parte convocada debido a la infracción de las obligaciones específicas, dando lugar a los daños que presenta la edificación o estructura comprometida. |
| Tema Accesorio 1 | Teoría de la relatividad de los contratos |
| Tema Accesorio 2 | Cláusula compromisoria |
| Tema Accesorio 3 | Institución jurídica de la estipulación para otro |
| Tema Accesorio 4 | Responsabilidad contractual |
| | |
| IV. CLASIFICACIÓN | |
| Tipo de Contrato | Contrato de obra |

| | |
|---|---|
| Subclasificación | N/A |
| V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO | |
| Posición del Ministerio Público | <p>En contra de la entidad pública. el Procurador Trece Judicial (II) Administrativo en su análisis probatorio y jurídico propone que se observen elementos de juicio respecto de los intervinientes directos en la ejecución de la obra contratada las cuales se vieron reflejadas en la desatención tanto de la realidad sísmica de la ciudad de Armenia, como de la normatividad vigente en materia sismo resistente. A su vez, menciona los supuestos básicos que dan lugar a la imputación de responsabilidad en cabeza de las constructoras convocadas, pues leyendo el contrato y sus condiciones se ha establecido que i) cada una de las sociedades que integran el consorcio será colectiva, mancomunada y solidariamente responsable de todas las obligaciones que surjan en virtud del contrato; ii) el contratante desea que el contratista ejecute la construcción del edificio sede de la facultad de ciencias básicas y tecnológicas y la facultad de ciencias humanas de la universidad del Quindío, que consiste en la ejecución y terminación de dichas obras y la corrección de cualquier defecto de las mismas; iii) el contratista conviene en ejecutar y terminar totalmente y a satisfacción las obras y subsanar cualquier defecto de las mismas; v) el contratista deberá dar aviso al gerente de obras lo antes posible de futuros eventos probables específicos o circunstancias que puedan perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del contrato o demorar la ejecución de obras; entre otras tantas que demuestran la responsabilidad de la parte convocada. Y también, concluye el agente del Ministerio Público que existió responsabilidad de otros de los participantes o intervinientes en la reconstrucción del edificio.</p> |
| VI. FUENTES RELEVANTES | |
| Normativas | <p>Caducidad de la acción arbitral.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Decreto 1818 de 1998 • Ley 50 de 1936: artículo 1 • Código Civil: artículo 2536 (prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria); artículo 2538 (extinción de la acción por prescripción adquisitiva). <p>Cláusula compromisoria</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 446 de 1998: artículo 116 (definición de cláusula compromisoria). |

| | |
|-------------------------|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política: artículo 116 • Normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998. • Código de Comercio: artículo 845 (oferta elementos esenciales) • Código Civil: artículo 1501 (cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos); artículo 1620 (preferencia del sentido que produce efectos) • Código de Procedimiento Civil: artículo 97, numeral 3° (limitaciones de las excepciones previas y oportunidad para proponerlas). <p>Estipulación para otro</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil: artículo 1506 (estipulación por otro) <p>Responsabilidad contractual</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 400 de 1997: artículo 4 (definiciones) numerales, 13 -diseñador estructural-, 24 -interventor-, 31 -propietario-; artículo 20 (edificaciones de atención a la comunidad); artículo 30 (revisores de diseño). • Decreto 33 de 1998: artículo A.1.3.4 (diseño estructural) • Norma NSR-98: artículo A.1.3.7 • Decreto ley 2150 de 1995 • Código Civil: artículo 2060, ordinal 3° (construcción de edificios por precio único); artículo 2051 inciso final (riesgo por pérdida de la materia). • Ley 1229 de 2008: artículo 1° (constructor). |
| Jurisprudencia Judicial | <p>Teoría de la relatividad de los contratos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Sentencia del 28 de julio de 2005.</u> “(...) en principio incumbe al contratante afectado, que no es otra cosa que predicar el postulado, proverbial como el que más, de que lo del contrato es asunto reservado a los contratantes. Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, suele indicarse. (...) El principio de la relatividad del contrato significa entonces que a los extraños ni afecta ni perjudica; lo que es decir, el contrato no los toca, ni para bien ni para mal.” <p>Cláusula compromisoria</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2004.</u> “La cláusula compromisoria se origina del pacto |

previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato. (...)”

- Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. “Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. (...), el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas; la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.”
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000. Exp. 16394. “Debe la sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente”.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp. 32.871. “Siendo el pacto arbitral de naturaleza contractual es de suponer que a éste se le aplican los principios generales del contrato, en especial las reglas atinentes a su interpretación y alcance, función que por constituir un asunto de fondo, corresponde exclusivamente al Tribunal de arbitramento, sin que se permita tal revisión, por vía de la anulación (...)”
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de abril 22 de 1992. “conocida la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, la cláusula es válida porque la intención de quienes concurren a celebrar el contrato (...) fue la de someter a árbitros las diferencias ocurridas como consecuencia del contrato principal (...)”

| | |
|---|--|
| | <p>Estipulación para otro</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Corte Suprema de Justicia, M.P. César Gómez Estrada. Sentencia de 10 de marzo de 1970.</u> <i>“Frente a la estipulación para otro, lo que se exige es que al momento de reclamarse el derecho esa persona sea determinada y exista. (...) Ésta ha sido la teoría aceptada por la Corte en concordancia con lo dispuesto en la ley”</i> |
| Jurisprudencia Arbitral | <p>Responsabilidad contractual</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Laudo arbitral del 16 de febrero de 2004 entre CONAVI BANCO COMERCIAL Y DE AHORROS S.A. y CONCONCRETO S.A.</u> <i>“Los vicios de la construcción determinantes de la ruina de la edificación originados por la defectuosa aplicación de las reglas de la construcción directamente sirven para ubicar la responsabilidad del artífice y se presume la culpa del contratista por el comportamiento en la ejecución, pues éste debe garantizar el resultado de que la obra no ha de presentar ninguna clase de imperfecciones. (...)”</i> |
| | |
| VII. DURACIÓN DEL PROCESO | |
| Duración del Proceso desde la presentación de la demanda | 1873 días |
| Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite | 819 días |
| Suspensiones solicitadas por las partes | 0 |
| Suspensiones por causa legales | 0 |
| | |
| VIII. DECISUM Respuesta al problema planteado | |
| PRETENSIONES La Universidad solicita que: Se declare que entre FUNDECOMERCIO (estipulante) y entre las sociedades demandadas que conformaron el CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A - PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A. (promitente), se contrató la construcción de una | DECISIÓN En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. Resuelve: Declarar que entre FUNDECOMERCIO y EL CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. - PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., se celebró el contrato de obra No P 15 4303-008 del 15 de diciembre de 2000, adicionado el 12 de diciembre de 2001, cuyo objeto era la construcción del edificio sede de la Facultad De Ciencias Básicas Y Tecnológicas y La Facultad De Ciencias Humanas De La Universidad Del Quindío de |

obra a favor de una tercera persona, la Universidad del Quindío, a través del contrato de obra No. P 15 4303 - 008 del 15 de diciembre de 2000, adicionado por el escrito del 12 de diciembre de 2001, estipulación acorde con lo dispuesto por el artículo 1506 del Código Civil.

Que se declare que las sociedades demandadas son civilmente responsables, solidaria y mancomunadamente, por el incumplimiento del contrato de obra No. P 15 4303 - 008 del 15 de diciembre de 2000, adicionado por el escrito del 12 de diciembre de 2001, así como de las normas de construcciones sismo resistentes que emanan de él, como son la Ley 400 de 1997, el Decreto Reglamentario 33 de 1998 y el Decreto 079 de septiembre 29 de 2000 de la Alcaldía del municipio de Armenia.

Armenia, en los terrenos de la Universidad del Quindío y cuyo beneficiario único era la Universidad del Quindío, a través de la estipulación para otro de que trata el artículo 1506 del Código Civil Colombiano.

Declarar civilmente responsables y en forma solidaria a los integrantes del consorcio CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. Y PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., del incumplimiento del contrato P 15 4303-008 que generó daños de consideración debidamente probados en este proceso, cuya reparación, reforzamiento y rehabilitación fueron asumidos por cuenta de la Universidad del Quindío. En consecuencia, de lo anterior se le condena a indemnizar los daños sufridos a la Universidad del Quindío.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones el consorcio integrado por las constructoras demandadas CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. Y CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., deben indemnizar a la Universidad del Quindío en las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON 65/100 (\$76.554.538,65) m/l., como suma pagada por el contrato No 00014 de 2006 de interventoría técnica, administrativa y financiera, suscrito con la Sociedad de Ingenieros del Quindío, cancelada mediante las órdenes de pago números 15063 de fecha agosto 22 de 2006, 15668 de septiembre 25 de 2006, 16467 de octubre 31 de 2006 y 17605 de fecha 22 de diciembre de 2006.

b) La suma de DIECINUEVE MILLONES SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS (\$19.006.600.00) m/l., como suma pagada por el estudio de patología realizado por CONCRETOS PFE LTDA, mediante el Contrato de Prestación de Servicios número 2105 de 2005, cancelada mediante las órdenes de pago número 12248 de fecha 25 enero de 2006 y 14463 del 10 de julio de 2006.

c) La suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$1.440.000.00) m/l., como suma pagada por el estudio de esclerometría realizado por MILLAN Y MARTINEZ ASOCIADOS LTDA,

| | |
|---|---|
| <p>Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso arbitral.</p> | <p>mediante Contrato de Prestación de Servicios número 2107 de 2005, cancelada mediante la orden de pago número 12637 de febrero 27 de 2006.</p> <p>d) La suma de QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS (\$15.808.195.00) m/l., como suma pagada para la expedición de la licencia de construcción para el reforzamiento estructural, cancelada mediante órdenes de pago 14102 de fecha junio 8 de 2006 y 14193 de fecha 15 de junio de 2006.</p> <p>e) La suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$397.357.500.00) m/l., correspondientes al pago de las obras de reforzamiento estructural propiamente dicho y la suma de SEISCIENTOS DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO ONCE PESOS (\$602.977.111.00) m/l., correspondientes al pago de las obras para mejoramiento de sus condiciones constructivas y de uso; para un total de UN MIL MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS ONCE PESOS (\$1.000.336.611.00) m/l., valores estos que fueron causados y cancelados mediante el contrato de obra No 5 de 2006, al consorcio CESAR EDUARDO SORIANO mediante órdenes de pago 14479 de fecha julio 11, 14849 de fecha agosto 8, 15251 de fecha agosto 31, 16265 de fecha octubre 20 y 17579 de fecha 22 de diciembre, todas del año 2006.</p> <p>Condenar en costas a la parte convocada.</p> <p>Negar las demás pretensiones de la demanda:</p> <p><i>Como consecuencia de lo anterior, que se condene a las sociedades demandadas a pagar a favor de la Universidad demandante la suma de Mil doscientos ochenta y cinco millones quinientos sesenta y siete mil ochocientos treinta y nueve pesos M/cte. (\$1.285.567.839), por concepto de indemnización de perjuicios causados, entre ellos los pagos efectuados para reparar y reforzar los daños que afectaron la obra contratada con las demandadas, después de su entrega. Subsidiariamente que se condene a las demandadas a pagar a la Universidad del Quindío, los perjuicios derivados del incumplimiento, que se demuestren en el proceso, por razón de los pagos efectuados para reparar plenamente los daños que afectaron la obra o edificación</i></p> |
|---|---|

| | |
|---|---|
| | <p><i>contratada con las demandadas y su reforzamiento para que ella cumpla satisfactoriamente los fines para los cuales fue contratada.</i></p> <p><i>Además, se solicita el pago del valor de los intereses comerciales moratorios causados sobre la suma indicada como condena de perjuicios, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se realice efectivamente el pago íntegro de la condena y subsidiariamente que se reconozca la indexación del caso, acorde con el monto del IPC, establecido por el Banco de la República, desde la fecha en que la Universidad del Quindío realizó los pagos causados por la ejecución de la reparación de los daños que afectaron la obra o edificación contratada y hasta que se realice efectivamente el pago íntegro de la condena.</i></p> |
| <p>-Decisión unánime</p> <p>-Salvamento de voto</p> <p>-Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal</p> <p>-Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal</p> <p>-Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención</p> <p>-Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención</p> | <p>Sí</p> <p>No</p> <p>No</p> <p>Sí</p> <p>N/A</p> <p>N/A</p> |
| | |
| <p>EXCEPCIONES</p> <p>La parte demandada propone las excepciones de mérito denominadas: falta de legitimación por activa, falta de competencia, inexistencia de estipulación para otro, inexistencia de responsabilidad por parte de los demandados, inexistencia de la obligación de indemnizar, inexistencia de incumplimiento de parte de los demandados, falta de causa, excepción de contrato no cumplido, culpa y dolo de la parte actora, hecho de un tercero, culpa y dolo de un</p> | <p>En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. Resuelve: Declarar no probadas las excepciones presentadas por la parte demandada.</p> |

| | |
|---|---|
| tercero, causa extraña, caso fortuito, fuerza mayor, pago y en general todas las que se encuentra probadas. | |
| Valor de la decisión | \$2.113.480.555,65 |
| Valor de las costas y agencias en derecho | <p>En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley. Resuelve:</p> <p>Condenar en costas a la parte convocada, CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. Y CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., a favor de la parte convocante, UNIVERSIDAD DEL QUINDIO, en las siguientes sumas de dinero: A) La suma de OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO DIESCISIETE PESOS (\$81.762.117.00) m/l., por concepto de la totalidad de los honorarios de los tres (3) árbitros, secretario y gastos de funcionamiento y administración del tribunal. B) La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) m/l., por concepto de honorarios del perito ingeniero civil FERNANDO ROBLEDO. C) La suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) m/l., entregados a título de gastos al perito FERNANDO ROBLEDO. D) La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) m/l., por concepto de agencias en derecho.</p> <p>Así mismo se condena a la parte convocada CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. y PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., a pagar en favor de FUNDECOMERCIO las siguientes sumas de dinero: A) la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$4.500.000.00) m/l., por concepto de honorarios del perito ingeniero industrial IFIATUN NIETO RAMIREZ. B) La suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00), por concepto de gastos y desplazamientos entregados a la perito IFIATUN NIETO RAMIREZ. C) La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) m/l., por concepto de honorarios del perito ingeniero civil FERNANDO ROBLEDO. D) La suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) m/l., entregados a título de gastos al perito FERNANDO ROBLEDO. E) La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.00) m/l., por concepto de agencias en derecho.</p> <p>Por último, se condena a la parte convocada CONSORCIO CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. y</p> |

| | |
|--|--|
| | PARQUE CENTRAL BAVARIA S.A., hoy PARQUE CENTRAL S.A., a pagar en favor de la CAMARA DE COMERCIO DE ARMENIA la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.00) m/l., por concepto de agencias en derecho. |
| Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP) | \$827.912.716,6 |
| IX. EVENTUALES | |
| Recurso de Anulación | <p>Sí. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., 27 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00032-00 (46402). CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. Y OTRO VS. FUNDACION CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLOGICO DEL COMERCIO, TURISMO Y SERVICIOS –FUNDECOMERCIO–.</p> <p>Referencia: recurso extraordinario de anulación: <i>Lo primero que se advierte es que, contrario a lo que opina el recurrente, la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación se determina, no por lo que el Tribunal de Arbitramento haya considerado en torno a la naturaleza del contrato que originó la controversia, sino por la real naturaleza del mismo. En efecto, los artículos 104 (numeral 5) y 149 (numeral 7) del C.P.A.C.A. disponen que el Consejo de Estado es competente para conocer, en única instancia, de los recursos de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos que tuvieron génesis en contratos <u>celebrados</u> por una entidad pública, es decir, en contratos estatales. Este es el único factor que se debe tener en cuenta al momento de determinar la competencia funcional para conocer de la impugnación extraordinaria.</i></p> <p><i>Tal como se dijo en la providencia impugnada, el citado contrato P15 4303008, del 15 de diciembre de 2000, no es un contrato estatal, porque ninguna de las partes es una entidad estatal. Al respecto, debe recordarse, por una parte, que las partes del citado contrato son FUNDECOMERCIO y el consorcio integrado por las sociedades Constructora Global S.A. y Parque Central S.A. (antes Parque Central Bavaria), todas personas jurídicas de derecho privado y, por otra parte, que, en virtud de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato es estatal cuando es celebrado por alguna de las entidades a que se refiere el artículo 2 de dicha ley.</i></p> |

| | |
|---------------------|---|
| | <p><i>Ahora, ante la claridad de la norma acabada de mencionar, que las partes hayan decidido estipular a favor de la Universidad del Quindío (entidad pública) el cumplimiento de la prestación a cargo del constructor (estipulación a favor de tercera persona, artículo 1506 del C.C.), no convierte al tercero en parte del contrato, ni le da a éste la naturaleza de estatal, como tampoco se la da el hecho de que el Tribunal de Arbitramento haya tramitado la demanda arbitral formulada por la entidad pública beneficiaria de la estipulación. Contrario a lo que adujeron los recurrentes, el Tribunal de Arbitramento no decidió avocar el conocimiento del asunto bajo la consideración de que la Universidad del Quindío fuera parte del contrato y, por ende, de la cláusula arbitral allí pactada, sino que lo hizo porque entendió que la entidad pública, a pesar de no ser parte del citado contrato, adhirió al pacto arbitral al momento de promover la convocatoria del Tribunal de Arbitramento (fl.4132, C Consejo) y además, porque era la única legitimada para reclamar la estipulación pactada a su favor, tal como lo prevé el artículo 1506 del C.C. Por todo lo anterior, la providencia recurrida se confirmará.</i></p> |
| Recurso de Revisión | No |
| Acción de Tutela | <p>Sí. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P: Fernando Giraldo Gutiérrez. STC7350-2015. Radicación n° 11001-02-03-000-2015-01155-00. Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil quince (2015). Se decide la tutela instaurada por Constructora Parque Central S.A. frente al Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Armenia, conformado por César Augusto López Velandia. Rosa Leonor González Rodríguez y Jair Darío Gómez Díaz, con vinculación de la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, la Procuraduría Trece Judicial Administrativa, la Universidad del Quindío, Constructora Global S.A. en ejecución de acuerdo de reestructuración, Fundecomercio, Pérez Arciniegas y Cía. S.A, Compañía Aseguradora de Finanzas S.A., Confianza S.A., Fernando Pachón Fajardo y Cía Ltda., y Grupo Futuro Empresarial Ltda.</p> <p>Sostiene Constructora Parque Central S.A. que le fue vulnerado el derecho al debido proceso. De manera que el conflicto se centra en precisar lo siguiente ¿el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Armenia y el Tribunal de Armenia, incurrieron en vulneración de la prerrogativa alegada, al desestimar las excepciones y acoger los pedimentos del libelo arbitral convocado por la Universidad del Quindío? <i>A lo que indica la C.S.J.</i></p> |

| | |
|----------------------|--|
| | <p>que no se concederá la protección porque no cumple con el supuesto de inmediatez establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda vez que como consta en el laudo en la primera audiencia de trámite se dejó establecida claramente la competencia de éste, además, a este amparo eminentemente subsidiario, sólo es dable acudir cuando no se ha tenido otra posibilidad judicial de resguardo y ello en el caso era viable pues cuenta con un medio actual e idóneo para la defensa de sus intereses como lo es acudir al recurso de revisión de la sentencia que declaró infundado el de anulación del laudo, independientemente del resultado (artículo 45 de la Ley 1563 de 2012). Lo anterior reafirma la improcedencia del resguardo, ya que atenta contra su carácter residual y se enmarca dentro de la causal establecida en el numeral 1° del Decreto 2591 de 1991. Por consiguiente, se negará la protección deprecada.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el resguardo solicitado.</p> |
| Conciliación total | No |
| Conciliación parcial | No |