

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJIA
VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.
(CONSORCIO CCMV – TRANSCARIBE 2)**

Vs.

TRANSCARIBE S.A.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
I. ANTECEDENTES.....	1
1. EL CONTRATO.....	1
2. EL PACTO ARBITRAL.....	2
3. PARTES PROCESALES.....	3
4. INICIACIÓN DEL TRAMITE.....	4
5. TRÁMITE ARBITRAL.....	6
5.1. Primera Audiencia de Trámite.....	6
5.2. Audiencias de Instrucción del Proceso.....	8
5.3. Pruebas decretadas y practicadas.....	8
6. LAS CONTROVERSIAS PLANTEADAS POR LAS PARTES.....	10
6.1. Solicitud de Convocatoria y Demanda Arbitral.....	10
6.2. Contestación de la Demanda Arbitral y Excepciones Perentorias.....	22
6.3. Demanda de Reconvención.....	22
7. LA CONCILIACIÓN CELEBRADA POR LAS PARTES.....	25
II. CONSIDERACIONES.....	31
1. El marco normativo de la conciliación.....	32
2. La conciliación contencioso administrativa.....	37
3. Las facultades del juez en el análisis de la conciliación.....	41
4. Análisis de la conciliación celebrada por las partes.....	42
4.1. La vigencia de la acción.....	43
4.2. El carácter conciliable de las controversias.....	43
4.3. los elementos esenciales y de validez de la conciliación.....	56

4.4. El Acuerdo de Conciliación NO es lesivo para el patrimonio de la Administración.....	56
4.5. El concepto previo del Comité de Conciliación	71
4.6. El trámite del acuerdo de conciliación ante autoridad competente	72
4.7. La debida capacidad y representación de las personas que concilian	72
5. El concepto favorable del Ministerio Público	73
III. PARTE RESOLUTIVA.....	73

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE:

**CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJIA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.
(CONSORCIO CCMV – TRANSCARIBE 2)**

CONTRA

TRANSCARIBE S.A.

AUTO No. 34

APROBATORIO DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN

En la ciudad de Cartagena D. T. y C., a los diecinueve (19) días del mes de septiembre de dos mil once (2011), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), se reunió en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores **JUAN CARLOS EXÓSITO VÉLEZ**, Presidente, **RODRIGO NOGUERA CALDERÓN** y **GERMÁN ALONSO GÓMEZ BURGOS**, Árbitros, y **NATALIA ELÍAS ORDOSGOITIA**, Secretaria, con el fin de llevar a cabo audiencia de aprobación del acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes dentro del trámite arbitral convocado para dirimir las controversias suscitadas entre las sociedades **CONCIVILES S.A.**, **CICON S.A.** y **MEJIA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del **CONSORCIO CCMV - TRANSCARIBE 2**, contra la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, por razón del contrato de obra No. LPI-TC-001-06 de 2007.

A continuación, el Tribunal, profirió el siguiente,

AUTO

Cartagena D. T. y C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011).

Mediante esta providencia se adopta la decisión respecto del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes, encontrándose satisfechas las exigencias normativas y surtidas las actuaciones procesales respectivas, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

El cuatro (4) de enero de 2007, la sociedad **TRANSCARIBE S.A.** y el **CONSORCIO CCMV - TRANSCARIBE 2**, integrado por las sociedades

CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., celebraron el contrato de obra No. LPI-TC-001-06 de 2007¹, cuyo objeto fue pactado en los siguientes términos:

"...la construcción de un (1) tramo de corredor del sistema integrado de transporte masivo de Cartagena de Indias D.T. y C., TRANSCARIBE, Av. Pedro de Heredia, en el tramo comprendido entre el sector del AMPARO y el de CUATRO VIENTOS, de acuerdo con los planos de intervención de cada uno de sus componentes."

2. PACTO ARBITRAL

2.1. En la cláusula tercera del Otrosí No. 2 de siete (7) de marzo de 2008², ratificada mediante el Otrosí No. 6 de dos (2) de febrero de 2009³, las partes estipularon:

"CLÁUSULA TERCERA: PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Las partes acuerdan incluir dentro de las Condiciones Especiales del Contrato la cláusula 50.3 Procedimiento Contencioso, la cual quedará así:

"El procedimiento contencioso se llevara (sic) a cabo en el Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias.

"El Tribunal de Arbitramento se regirá por las siguientes reglas: 1) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros que serán designados de común acuerdo por las partes de la lista de la Cámara de Comercio de Cartagena. A falta de este acuerdo, la designación de los árbitros la efectuará el Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias; 2) La sede del Tribunal será la ciudad de Cartagena; 3) El fallo será en derecho; 4) Para la fijación de los honorarios y gastos del Tribunal y del Centro se aplicarán las tarifas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena."

2.2. Posteriormente, mediante compromiso suscrito el 3 de septiembre de 2009⁴, las partes precisaron que:

"...hemos decidido de común acuerdo designar a las siguientes personas, abogados de profesión, para que integren el Tribunal de Arbitramento que había (sic) de dirimir las controversias surgidas entre las partes, con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. LPI-TC-001-06, cuyo objeto es la construcción de un tramo de corredor del SITM, del Amparo a los Cuatro Vientos, del SITM CARTAGENA DE INDIAS, Juan Carlos Expósito Vélez, Germán Alonso Gómez Burgos y Rodrigo Noguera Calderón.

¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000049 a 000146.

² Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000153 a 000155.

³ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000167 a 000168.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000168.

"Para todos los efectos, el procedimiento arbitral será de carácter legal, y se surtirá ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, de conformidad con lo establecido por la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley 270 de 1996, y del Decreto 4089 de 2007."

3. PARTES PROCESALES

3.1. Parte Convocante

La Parte Convocante de este trámite está conformada por las sociedades (i) **CONCIVILES S.A.**, sociedad anónima legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Cali – Valle del Cauca, representada legalmente por el doctor **ALBERTO JOSE OTOYA VILLEGAS**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 14.956.113, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali⁵; (ii) **CICON S.A.** sociedad anónima legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena – Bolívar, representada legalmente por el doctor **MENZEL RAFAEL AMÍN BAJAIRE**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 9.076.304, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena⁶ y (iii) **MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, sociedad anónima legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena – Bolívar, representada legalmente por el doctor **LUIS FERNANDO MEJÍA BOTERO**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 73.091.621, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena⁷, todas ellas integrantes del **CONSORCIO CCMV - TRANSCARIBE 2**.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por la doctora **MARCELA MONROY TORRES**, abogada de profesión con tarjeta profesional número 46.632 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo a los poderes visibles a folios 000142 a 000143, 000148 a 000149 y 000157 a 000158 del Cuaderno Principal No. 1.

3.2. Parte Convocada

La Parte Convocada de este trámite arbitral es **TRANSCARIBE S.A.**, sociedad por acciones entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, regida en lo pertinente por las disposiciones aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituida mediante Escritura Pública No. 0654 de 2003, otorgada por la Notaría Sexta de Cartagena de 15 de julio de 2003, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena - Bolívar, Representada Legalmente por el señor **ENRIQUE CHARTUNI GONZÁLEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 73.083.233, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena.⁸

⁵ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000144 a 000147.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000150 a 000156.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000159 a 000161.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000193 a 000197.

En el presente trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 49.046 del Consejo Superior de la Judicatura, previa sustitución del poder que le hiciera la doctora **ERCILIA BARRIOS FLÓREZ** visible al folio 000360 del Cuaderno Principal No. 1.

4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

El trámite inicial previsto en los artículos 121 de la Ley 446 de 1998 y 141 del Decreto 1818 de 1998, en armonía con la Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002 proferida por la Corte Constitucional, se surtió así:

4.1. Mediante Compromiso suscrito el tres (3) de septiembre de 2009⁹, las partes designaron de común acuerdo a los doctores **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ**, **GERMÁN ALONSO GÓMEZ BURGOS** y **RODRIGO NOGUERA CALDERÓN** como árbitros, quienes aceptaron oportunamente¹⁰.

4.2. El 23 de noviembre de 2009, las sociedades **CONCIVILES S.A.**, **CICON S.A.** y **MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV TRANSCARIBE 2**, con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en los otrosíes No. 2 y 6 al Contrato de obra No LPI-TC-001-06 de 2007, presentó solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral en contra de la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**¹¹.

4.3. En audiencia de 27 de noviembre de 2009, Acta No. 1, Auto No. 1, con la presencia de todos los Árbitros, los apoderados de las partes y del Señor Agente del Ministerio Público, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se designó como Presidente del mismo al doctor **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ** y como Secretaria a la doctora **NATALIA ELÍAS ORDOSGOITIA**¹².

4.4. Por Auto No. 2, Acta No. 2, del tres (3) de diciembre de 2009, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por las sociedades **CONCIVILES S.A.**, **CICON S.A.** y **MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2** y se ordenó correr traslado de la misma, por el término de 10 días hábiles, a **TRANSCARIBE S.A.** y al Señor Agente del Ministerio Público¹³.

4.5. El siete (7) de diciembre de 2009, la Secretaria notificó personalmente a la parte convocante el Auto No. 2 proferido por el Tribunal de Arbitramento el tres (3) de diciembre de 2009¹⁴.

⁹ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000168.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000169 a 000177.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000001 a 000141.

¹² Cuaderno Principal No. 1 – folios 000208 a 000209.

¹³ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000139 a 000142.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000218.

Seguidamente, el nueve (9) de diciembre de 2009, la Secretaría notificó personalmente a la parte convocada y al Señor Agente del Ministerio Público el Auto No. 2 proferido por el Tribunal el tres (3) de diciembre de 2009. En la misma oportunidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 428 del C. de P. C., se corrió traslado al representante legal de **TRANSCARIBE S.A.** de la demanda arbitral presentada por **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**¹⁵.

4.6. Mediante escrito radicado en las oficinas de la secretaría el 10 de diciembre de 2009, la parte convocada solicitó al Tribunal que decretara la suspensión del término de traslado de la demanda en once (11) días hábiles¹⁶.

4.7. Por su parte, a través de memorial radicado en las oficinas de la Secretaría el 14 de diciembre de 2009, la apoderada de la parte convocante solicitó que se suspendiera el término de traslado de la demanda en once (11) días hábiles comprendidos entre el 15 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2009, ambas fechas incluidas¹⁷.

4.8. Mediante Auto No. 3, Acta No. 3, el Tribunal decidió suspender el término de traslado de la demanda arbitral según lo solicitado por las partes, entre el 15 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2009, ambas fechas incluidas¹⁸.

4.9. El 13 de enero de 2010, mediante escritos radicados en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, la apoderada de **TRANSCARIBE S.A.** presentó contestación de la demanda arbitral¹⁹ y en documento separado formuló demanda de reconvencción²⁰.

4.10. Por Auto No. 4, Acta No. 4 de 2 de febrero de 2010, el Tribunal decidió rechazar la demanda de reconvencción presentada por **TRANSCARIBE S.A.**, en contra de las sociedades **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**, considerando que la misma se había radicado de forma extemporánea²¹.

4.11. Mediante escrito radicado en las oficinas de la secretaría el ocho (8) de febrero de 2010, la apoderada de **TRANSCARIBE S.A.** interpuso recurso de reposición en contra del Auto No. 4 de 2 de febrero de 2010, solicitando la revocatoria del mismo y pidiendo, además, que fuera admitida la demanda de reconvencción²².

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000218 a 000221

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000222.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1 – folio 000223.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000224 a 000226.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000553 a 000653.

²⁰ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000667 a 000684.

²¹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000232 a 000235.

²² Cuaderno Principal No. 1 – folios 000240 a 000243.

4.12. A través de Auto No. 6, Acta No. 5 de nueve (9) de febrero 2010, el Tribunal de Arbitramento confirmó en todas sus partes la decisión proferida mediante Auto No. 4 del 2 de febrero de 2010²³.

4.13. En Auto No. 7, Acta No. 5 de nueve (9) de febrero de 2010, el Tribunal de Arbitramento fijó las sumas de dinero correspondientes a los honorarios de los Árbitros, Secretario, gastos de administración y otros²⁴.

4.14. Mediante Auto No. 9, Acta No. 7 de cinco (5) de marzo de 2010, se declaró fracasada y concluida la audiencia de conciliación y se ordenó continuar con el trámite del proceso²⁵.

5. TRÁMITE ARBITRAL

5.1. Primera Audiencia de Trámite.

5.1.1. La primera audiencia de trámite se desarrolló en dos sesiones: el día cinco (5) de marzo de 2010 y el 25 de marzo de 2010. En la primera sesión -Auto No. 10 Acta No. 7²⁶-, previo análisis del pacto arbitral, de la existencia y debida representación de cada una de las partes y del contenido de las pretensiones formuladas en la demanda, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias patrimoniales contenidas en la demanda arbitral presentada el 23 de noviembre de 2009, por las sociedades **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**, todas ellas relacionadas con el Contrato de obra No. LPI-TC-001-06.

5.1.2. El diez (10) de marzo de 2010, la apoderada judicial de la parte convocante modificó la solicitud de pruebas contenida en la demanda arbitral²⁷. El mismo día, el apoderado judicial de la parte convocada presentó escrito ante el Tribunal solicitando que se decretaran las pruebas indicadas en el mismo²⁸.

5.1.3. El 25 de marzo de 2010 se dio continuación a la primera audiencia de trámite -Acta No. 8, Auto No. 12²⁹-, oportunidad en la que se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

5.1.4. Mediante Oficio No. 1198 de cinco (5) de mayo de 2010³⁰, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bolívar – Sala Civil Familia informó al Tribunal de Arbitramento que en el marco del proceso de Acción de Tutela incoado por **TRANSCARIBE S.A.** -Rad. 2009-00112-33-, "*...se resolvió conceder el amparo constitucional invocado por la accionante contra el Tribunal de Arbitramento*". Como

²³ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000260 a 000262.

²⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000244 a 000268.

²⁵ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000290 a 000293.

²⁶ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000290 a 000315.

²⁷ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000316 a 000347.

²⁸ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000348 a 000359.

²⁹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000374 a 000389.

³⁰ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000547 y 000548.

consecuencia de lo anterior, le ordenó al Tribunal que "...en el término de cuarenta (48) horas contadas a partir del recibo de la presente comunicación declare sin efectos los autos (i) No. 4 de fecha 2 de febrero de 2010 y (ii) No. 5 de fecha 9 de febrero de 2010, providencias a través de las cuales se rechazó la demanda de reconvenición presentada por la parte demandada y en su lugar que se tenga como presentadas en tiempo la contestación de la demanda y la demanda de reconvenición presentadas por TRANSCARIBE S.A.. debiéndose disponer el trámite legal para estos mecanismos de defensa".

5.1.5. En atención de lo ordenado en el numeral anterior, mediante Auto No. 16, Acta No. 14 de seis (6) de mayo de 2010³¹, el Tribunal de Arbitramento decidió declarar sin efectos los Autos No. 4 de 2 de febrero de 2010 y No. 5 de 9 de febrero de 2010. Adicionalmente, declaró tener por presentada la contestación de la demanda radicada por **TRANSCARIBE S.A.**³² y asimismo admitir la demanda de reconvenición formulada en contra de las sociedades **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**³³.

En la misma oportunidad, se corrió traslado de la demanda de reconvenición a la parte convocante y reconvenida, por el término de diez (10) días hábiles y se notificó de la misma al Señor Agente del Ministerio Público.

5.1.6. El 25 de mayo de 2010, mediante memorial radicado ante las oficinas de la secretaría³⁴, la apoderada judicial de la parte convocante y reconvenida contestó la demanda de reconvenición formulada en contra de sus representados por la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**

5.1.7. A través de escrito radicado en las oficinas de la secretaría, el apoderado judicial de **TRANSCARIBE S.A.** reformó la demanda de reconvenición interpuesta el 13 de enero de 2010, contra las sociedades **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**³⁵.

5.1.8. Por Auto No. 18, Acta No. 16 de 11 de junio de 2001³⁶, el Tribunal admitió la reforma a la demanda de reconvenición presentada por **TRANSCARIBE S.A.** y ordenó correr traslado de la misma por un término de cinco (5) días hábiles. Adicionalmente, ordenó la notificación al Señor Agente del Ministerio Público y se entregó una copia de la reforma.

³¹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000549 a 000552.

³² Cuaderno Principal No. 2 – folios 000553 a 000653.

³³ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000667 a 000684.

³⁴ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000699 a 000784.

³⁵ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000858 a 000888.

³⁶ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000891 a 000895.

5.1.9. El seis (6) de julio de 2010, la apoderada judicial de la parte convocante y reconvenida presentó contestación a la reforma de la demanda de reconvenición presentada por la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**³⁷.

5.1.10. En consideración a las pretensiones planteadas en la demanda de reconvenición y a las excepciones formuladas en contra de la misma, se realizó una nueva audiencia de conciliación el 30 de agosto de 2010 -Auto No. 22, Acta No. 20-, con el ánimo de brindar a las partes un espacio para que resolvieran sus diferencias directamente y de mutuo acuerdo; sin embargo, esta etapa se declaró fallida y como consecuencia de ello se ordenó continuar con el trámite del proceso³⁸.

5.1.11. El mismo 30 de agosto de 2010, mediante Auto No. 22, Acta No. 20, el Tribunal declaró que, sumado a las controversias frente a las cuales se había declarado competente según Auto No. 9 de cinco (5) de marzo de 2010, declaraba su competencia también para conocer de aquéllas formuladas en la contestación de la demanda arbitral, en la demanda de reconvenición y su reforma, en la respectiva contestación y en las excepciones meritorias interpuestas por ambas partes y en la respuesta a las mismas.

5.1.12. Por Auto No. 23, Acta No. 21 de 3 de septiembre de 2010, el Tribunal profirió auto de pruebas complementario en consideración a la solicitud efectuada en la demanda de reconvenición formulada por la sociedad **TRANSCARIBE S.A.** y en su respectiva reforma³⁹.

5.2. Audiencias de Instrucción del Proceso

El trámite se desarrolló en treinta (30) sesiones, en las cuales se asumió competencia, se decretó y practicó parte de las pruebas solicitadas y, además, se profiere el presente Auto.

5.3. Pruebas Decretadas y Practicadas

Por Autos No. 12 de 25 de marzo de 2010 y No. 23 de tres (3) de septiembre de 2010, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

5.3.1. Documentales

Se tuvieron como medios de prueba con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la demanda arbitral y la reconvenición, con los documentos de solicitud de pruebas aportados por cada una de las partes, así como los aportados con las respectivas contestaciones a las demandas y a las excepciones de mérito propuestas por cada una de las partes.

³⁷ Cuaderno Principal No. 3 – folios 000952 a 001150.

³⁸ Cuaderno Principal No. 3 – folios 001238 a 001245.

³⁹ Cuaderno Principal No. 3 – folios 001269 a 001277.

5.3.2. Oficios

Por Secretaría se libraron oficios a las siguientes entidades para obtener las pruebas documentales solicitadas por la partes: a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** (oficio No. 140); al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU-** (oficio No. 241); a la sociedad **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.** (oficio No. 342) y al **BANCO MUNDIAL** (oficio No. 443).

5.3.3. Testimonios

Se decretaron los testimonios de los Señores **MAURICIO RUIZ, ELÍ HERNÁNDEZ ABUARRA, CAMILO WASSAF PICÓN, ALBERTO JOSÉ OTOYA VILLEGAS, JESÚS FERNANDO AMÉZQUITA LONDOÑO, CAMILO LEÓN, LUIS FERNANDO MEJÍA BOTERO, HERNANDO SARÁ, ARIEL CORREDOR, ERCILIA BARRIOS FLÓREZ, PAULA MARÍN HENAO, IVÁN MORENO y ENRIQUE CHARTUNI.**

5.3.4. Inspecciones Judiciales

Se decretaron y practicaron tres inspecciones judiciales, con exhibición de documentos e intervención de peritos en las dependencias de **(i) FONADE**, el día 20 de abril de 2010 (Acta No. 1244); **(ii) INGECON S.A.**, el día 19 de abril de 2010 (Acta No. 1145) y **TRANSCARIBE S.A.**, el día 26 de abril de 2010 (Acta No. 1345).

5.3.5. Dictámenes Periciales

Con el carácter de “...*experticios emitidos por instituciones profesionales o profesionales especializados*”, se tuvo como prueba el dictamen técnico-financiero elaborado por el doctor **ALFREDO MALAGÓN BOLAÑOS**⁴⁷ aportado por la parte convocante y reconvenida con el escrito de modificación de pruebas, así como el dictamen financiero elaborado por el doctor **EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ** aportado por la parte convocada y reconviniendo con el escrito de reforma de la demanda de reconvenición. La contradicción de ambos peritajes se efectuó conforme a la ley.

Adicionalmente, fue allegado al proceso por parte de **TRANSCARIBE S.A.** el dictamen elaborado por el doctor **VÍCTOR MANUEL OSORIO MANRIQUE**⁴⁸, a fin

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000391 y 000392.

⁴¹ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000393 a 000394.

⁴² Cuaderno Principal No. 1 – folios 000396 a 000397.

⁴³ Cuaderno Principal No. 3 – folio 001290. Respuesta visible a folios 001305 y 001306 del cuaderno principal No. 3.

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000488 a 000492.

⁴⁵ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000455 a 000458.

⁴⁶ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000502 a 000515.

⁴⁷ El dictamen pericial se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 22 – folios 000001 a 000235. Mediante Auto No. 15 de 19 de abril de 2010, el Tribunal ordenó las aclaraciones y complementaciones solicitadas por el apoderado de TRANSCARIBE S.A.

⁴⁸ El dictamen pericial se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 22.

de soportar las objeciones por error grave formuladas en contra de la experticia técnico-financiera rendida por el doctor **ALFREDO MALAGÓN BOLAÑOS**.

6. LAS CONTROVERSIAS PLANTEADAS POR LAS PARTES

Están contenidas en los siguientes escritos:

6.1. Solicitud de Convocatoria y Demanda Arbitral

Las pretensiones incoadas en la demanda arbitral⁴⁹ presentada por las sociedades **CONCIVILES S.A., CICON S.A. y MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**, son las siguientes:

PRIMERO. *“Que se declare que la siguiente cláusula contenida en el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007, es ineficaz por ser contraria a normas de orden público:*

“Que el Contratista renuncia expresamente a cualquier reclamación surgida en la etapa preliminar del contrato, y particularmente a cualquier requerimiento o solicitud que tenga origen en la extensión del plazo previsto para esta etapa”.

“PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Primero PRINCIPAL: *Que se declare que la siguiente cláusula contenida en el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007, carece de eficacia o es inaplicable, en tanto que es contraria a principios jurídicos superiores:*

“Que el Contratista renuncia expresamente a cualquier reclamación surgida en la etapa preliminar del contrato, y particularmente a cualquier requerimiento o solicitud que tenga origen en la extensión del plazo previsto para esta etapa”.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Primero PRINCIPAL: *Que se declare la nulidad absoluta de la siguiente cláusula contenida en el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007:*

“Que el Contratista renuncia expresamente a cualquier reclamación surgida en la etapa preliminar del contrato, y particularmente a cualquier requerimiento o solicitud que tenga origen en la extensión del plazo previsto para esta etapa”.

“TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Primero PRINCIPAL: *Que se declare que TRANSCARIBE abusó del derecho al imponerle a la parte Convocante la siguiente cláusula, contenida en el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007:*

“Que el Contratista renuncia expresamente a cualquier reclamación surgida en la etapa preliminar del contrato, y particularmente a cualquier requerimiento o solicitud que tenga origen en la extensión del plazo previsto para esta etapa”.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 000001-000141.

"CUARTA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Primero PRINCIPAL: Que se declare que la siguiente cláusula, no puede ser entendida como una renuncia de la parte Convocante al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, y/o a la indemnización de los perjuicios que le fueron causados como consecuencia de la prórroga de la etapa preliminar a la que se refiere el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007:

"Que el Contratista renuncia expresamente a cualquier reclamación surgida en la etapa preliminar del contrato, y particularmente a cualquier requerimiento o solicitud que tenga origen en la extensión del plazo previsto para esta etapa".

SEGUNDO. Que se declare que la parte Convocante tiene derecho al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, como consecuencia de la prórroga de la etapa preliminar a la que se refiere el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007, además de los restantes restablecimientos y/o indemnizaciones que se pretendan en este proceso, y que por ende, se condene a TRANSCARIBE a efectuar todos los reconocimientos, compensaciones y pagos a que haya lugar por este concepto, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

"SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Segundo PRINCIPAL. Que se declare que la parte Convocante tiene derecho a la indemnización integral de los perjuicios que se le hayan ocasionado como consecuencia de la prórroga de la etapa preliminar a la que se refiere el Acta de Acuerdo No. 1 de fecha 22 de mayo de 2007, además de las restantes indemnizaciones que se pretendan en este proceso, y que por ende, se condene a TRANSCARIBE a efectuar todos los reconocimientos, compensaciones y pagos a que haya lugar por este concepto, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.1 Incumplimientos imputables a TRANSCARIBE.

TERCERO. Que se declare que TRANSCARIBE incumplió los deberes legales de: (i) planeación; (ii) colaboración; (iii) información; y (iv) ejecutar de buena fe el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

CUARTO. Que se declare que TRANSCARIBE le suministró a la parte Convocante, planos, estudios y diseños inidóneos, técnicamente inviables y/o que no correspondieron con la realidad del proyecto objeto del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

QUINTO. Que se declare que TRANSCARIBE no le entregó oportunamente a la parte Convocante los planos, estudios y diseños requeridos para la construcción del proyecto objeto del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

SEXTO. Que se declare que TRANSCARIBE no le entregó oportunamente a la parte Convocante las áreas y zonas requeridas para la construcción del proyecto objeto del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

SÉPTIMO. Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de TRANSCARIBE la ecuación financiera del Contrato se desequilibró en perjuicio de la parte Convocante, por lo que TRANSCARIBE debe pagarle a ésta las sumas de dinero necesarias para restablecer la ecuación financiera del contrato, incluida la utilidad a la que tiene derecho y el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Séptimo PRINCIPAL: Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de TRANSCARIBE se le ocasionaron perjuicios a la parte Convocante por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados integralmente por TRANSCARIBE, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.2 Hechos ajenos y no imputables al consorcio.

OCTAVO. Que se declare que con posterioridad a la celebración del contrato y durante su ejecución, se presentaron hechos de terceros, ajenos y no imputables a la parte Convocante que afectaron la ejecución de las obras.

NOVENO. Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de hechos de terceros ajenos y no imputables a la parte Convocante se afectó el equilibrio de la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 en perjuicio de la parte Convocante, la cual debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL NOVENO PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de hechos de terceros ajenos y no imputables a la parte Convocante se le causaron perjuicios a la parte Convocante, los cuales deben ser indemnizados integralmente por TRANSCARIBE, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.3 Hechos imprevistos, imprevisibles, ajenos y no imputables al Consorcio.

DÉCIMO. Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, se presentaron hechos imprevistos, ajenos y no imputables a la parte Convocante.

UNDÉCIMO. Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos, ajenos y no imputables a la parte Convocante, se desequilibró la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 en perjuicio de la parte Convocante, que debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Undécimo PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos, ajenos y no imputables a la parte

Convocante, se le causaron perjuicios a la parte Convocante, los cuales deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.4 Pago de las actividades de PMA y PMT ejecutadas por el consorcio a partir del 22 de marzo de 2008.

DUODÉCIMO. *Que se declare que en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2008 y abril de 2009 la parte Convocante tuvo que ejecutar actividades de PMA y PMT.*

DECIMOTERCERO. *Que se declare que era obligación de TRANSCARIBE pagarle a la parte Convocante el valor a las actividades de PMA y PMT ejecutadas en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y diciembre de 2008, teniendo en cuenta el costo de las mismas.*

DECIMOCUARTO. *Que se declare que TRANSCARIBE no le pagó a la parte Convocante las actividades correspondientes al PMA y PMT ejecutadas en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008.*

DECIMOQUINTO. *Que se declare que TRANSCARIBE incumplió el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 al no haber pagado a la parte Convocante las actividades de PMA y PMT ejecutadas entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008.*

DECIMOSEXTO. *Que se declare que TRANSCARIBE no le pagó a la parte Convocante la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009.*

DECIMOSÉPTIMO. *Que se declare que TRANSCARIBE incumplió el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 al no haber pagado a la parte Convocante la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009.*

DECIMOCTAVO. *Que se declare que como consecuencia de no haber pagado TRANSCARIBE a la parte Convocante: (i) el costo de las actividades de PMA y PMT ejecutadas por la parte Convocante entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008; y (iii) la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009, la ecuación financiera del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 se desequilibró en perjuicio de la parte Convocante, por lo que TRANSCARIBE debe pagarle a ésta las sumas de dinero necesarias para restablecer la ecuación financiera del contrato, incluida la utilidad a la que tiene derecho y el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

"SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Decimooctavo PRINCIPAL: *Que se declare que como consecuencia de no*

haber pagado TRANSCARIBE a la parte Convocante: (i) el costo de las actividades de PMA y PMT ejecutadas por la parte Convocante entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008; y (iii) la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009, se le ocasionaron perjuicios a la parte Convocante por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados integralmente por TRANSCARIBE, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.5 Mayor permanencia en obra.

DECIMONOVENO. Que se declare que en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, la parte Convocante tuvo que permanecer en la obra un plazo superior frente al inicialmente previsto, por causas ajenas y no imputables a ésta.

VIGÉSIMO. Que se declare que como consecuencia de haber tenido la parte Convocante que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, ésta incurrió en mayores costos que no han sido resarcidos por TRANSCARIBE.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que se declare que como consecuencia de haber tenido la parte Convocante que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, se desequilibró la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 en perjuicio de la parte Convocante, la cual debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

"SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Vigésimo primero: Que se declare que como consecuencia de haber tenido la parte Convocante que permanecer un mayor tiempo en obra frente al inicialmente previsto, se le causaron perjuicios a la parte Convocante por daño emergente y lucro cesante, los cuales deben ser indemnizados por TRANSCARIBE, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

A.6 Mayores cantidades de obra.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que se declare que en la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 la parte Convocante tuvo que realizar mayores cantidades de obra a las inicialmente previstas.

VIGÉSIMO TERCERO. Que se declare que TRANSCARIBE no le pagó a la parte Convocante las mayores cantidades de obra que ésta tuvo que ejecutar en desarrollo del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

VIGÉSIMO CUARTO. Que se declare que TRANSCARIBE no le pagó a la parte Convocante la totalidad de la obra que ésta tuvo que ejecutar en desarrollo del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.

VIGÉSIMO QUINTO. *Que se declare que como consecuencia de no haber pagado TRANSCARIBE a la parte Convocante la obra ejecutada ni las mayores cantidades de obra que ésta tuvo que ejecutar, la ecuación financiera del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 se desequilibró en perjuicio de la parte Convocante, por lo que TRANSCARIBE debe pagarle a ésta las sumas de dinero necesarias para restablecer la ecuación financiera del contrato, incluida la utilidad a la que tiene derecho y el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Vigésimo quinto PRINCIPAL. *Que se declare que como consecuencia de no haber pagado TRANSCARIBE a la parte Convocante la obra ejecutada ni las mayores cantidades de obra que ésta tuvo que ejecutar, se le ocasionaron perjuicios a la parte Convocante por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

A.7 Ajuste de precios.

VIGÉSIMO SEXTO. *Que se declare que como consecuencia de las prórrogas del plazo inicial del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, la parte Convocante tuvo que ejecutar la obra en condiciones más onerosas a las inicialmente previstas en el momento de la elaboración de la oferta económica, en razón del aumento de los precios en el mercado.*

VIGÉSIMO SÉPTIMO. *Que se declare que TRANSCARIBE no actualizó ni ajustó los precios contractuales durante el desarrollo del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, por lo que deberá pagarle a la parte Convocante las sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso como consecuencia de la correspondiente actualización de precios (ajuste de precios).*

VIGÉSIMO OCTAVO. *Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales Vigésimo sexto y Vigésimo séptimo, se desequilibró la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 en perjuicio de la parte Convocante, que debe ser integralmente restablecida con la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Vigésimo octavo PRINCIPAL: *Que se declare que como consecuencia de lo resuelto en las pretensiones contenidas en los numerales Vigésimo sexto y Vigésimo séptimo, se le causaron perjuicios a la parte Convocante, los cuales deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

A.8 Descuentos improcedentes por parte de TRANSCARIBE de sumas de dinero a las que tiene derecho el consorcio.

VIGÉSIMO NOVENO. *Que se declare que las cláusulas contenidas en el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 relativas a los descuentos de*

sumas de dinero por concepto de apremios, se rigen por el derecho privado y las normas de contratación del Banco Mundial.

TRIGÉSIMO. *Que se declare que TRANSCARIBE no podía imponer apremios o multas al Consorcio de forma unilateral, cuando existía una discusión sobre el fundamento de los apremios o multas aducido por Transcribe.*

TRIGÉSIMO PRIMERO. *Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 no se configuraron los supuestos para que TRANSCARIBE pudiese imponer apremios o multas al Consorcio, ni realizar descuentos por este concepto.*

TRIGÉSIMO SEGUNDO. *Que se declare que los apremios o multas impuestos unilateralmente por TRANSCARIBE al Consorcio durante la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 son improcedentes al igual que los descuentos efectuados por TRANSCARIBE por este concepto.*

TRIGÉSIMO TERCERO. *Que se declare que TRANSCARIBE abusó del derecho al imponerle apremios o multas al Consorcio y proceder a realizar descuentos de las sumas adeudadas por TRANSCARIBE al Consorcio por este concepto.*

TRIGÉSIMO CUARTO. *Que se declare que los apremios o multas descontados al Consorcio por parte de TRANSCARIBE no tienen efecto y por tanto TRANSCARIBE debe devolver a la parte Convocante las sumas descontadas por este concepto junto con sus correspondientes intereses.*

TRIGÉSIMO QUINTO. *Que se declare que como consecuencia de los improcedentes apremios o multas impuestos por TRANSCARIBE al Consorcio y los consecuentes descuentos efectuados por TRANSCARIBE, la ecuación financiera del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06 se desequilibró en perjuicio de la parte Convocante, la cual debe ser integralmente restablecida con la correspondiente devolución a la parte Convocante de los dineros descontados junto con los intereses correspondientes y el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

"SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Trigésimo quinto PRINCIPAL. *Que se declare que como consecuencia de los improcedentes apremios o multas impuestos por TRANSCARIBE al Consorcio y los consecuentes descuentos efectuados por TRANSCARIBE, se le causaron perjuicios a la parte Convocante, los cuales deben ser indemnizados integralmente, mediante la correspondiente devolución a la parte Convocante de los dineros descontados junto con los intereses correspondientes y el costo de oportunidad, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

A.9 Indemnización por la Pérdida de Oportunidad.

TRIGÉSIMO SEXTO. *Que se declare que como consecuencia de los improcedentes apremios o multas impuestos por TRANSCARIBE a la parte*

Convocante, sus integrantes perdieron la oportunidad de ser adjudicatarios de contratos estatales.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. *Que como consecuencia de la anterior pretensión, se declare que la parte Convocante sufrió perjuicios que deben ser indemnizados integralmente por TRANSCARIBE, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

A.10 No devolución al Consorcio de los dineros retenidos en garantía.

TRIGÉSIMO OCTAVO. *Que se declare que TRANSCARIBE incurrió en mora al no reembolsarle oportunamente a la parte Convocante las sumas correspondientes al cincuenta por ciento (50%) de la "Retención en Garantía".*

TRIGÉSIMO NOVENO. *Que como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que TRANSCARIBE debe pagarle a la parte Convocante los intereses de mora y costos financieros, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

CUADRAGÉSIMO. *Que se declare que TRANSCARIBE no le ha reembolsado a la parte Convocante la totalidad de los dineros retenidos en garantía.*

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. *Que como consecuencia de la pretensión anterior, se declare que TRANSCARIBE debe reembolsarle a la parte Convocante la totalidad de los dineros retenidos en garantía, junto con los intereses de mora y costos financieros, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

A.11 Costo de Oportunidad.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. *Que se declare que la parte Convocante sufrió perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que hubo de soportar durante la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, por razones no imputables a ésta, los cuales deben ser indemnizados, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

CUADRAGÉSIMO TERCERO. *Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de hechos ajenos y no imputables a la parte Convocante en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, la parte Convocante sufrió perjuicios derivados de la pérdida de su capacidad financiera, la disminución del K de contratación y la imposibilidad de utilizar los equipos destinados a la ejecución del Tramo en otros proyectos.*

A.12 Indemnización integral de los perjuicios causados y restablecimiento de la ecuación contractual.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. *Que se declare que TRANSCARIBE debe restablecer íntegramente el equilibrio de la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 en favor de la parte Convocante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, toda vez que dicho*

equilibrio se quebrantó por razones ajenas y no imputables a la parte Convocante.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Cuadragésimo cuarto: *Que se declare que TRANSCARIBE debe indemnizar integralmente a la parte Convocante la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, tanto por daño emergente como por lucro cesante, de conformidad con lo que se prueba en el proceso.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Cuadragésimo cuarto: *Que se declare que TRANSCARIBE debe indemnizar el daño antijurídico sufrido por la parte Convocante, por causas no imputables a ésta, de conformidad con lo que se prueba en este proceso.*

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Cuadragésimo cuarto: *Que se declare que TRANSCARIBE debe indemnizar integralmente a la parte Convocante la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, tanto por daño emergente como por lucro cesante, de conformidad con lo que se prueba en el proceso, pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de TRANSCARIBE.*

A. CONDENATORIAS.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. *Que se condene a TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante las sumas que conforme a lo que se prueba en este proceso haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 y sus contratos adicionales, incluida la utilidad a la que tiene derecho, mediante el reconocimiento y pago de la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a la parte Convocante, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos:*

- (i). El reconocimiento y pago de los perjuicios por mayor permanencia en obra, de conformidad con lo que se prueba en el proceso;*
- (ii). El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de TRANSCARIBE de sus obligaciones legales y contractuales;*
- (iii). El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la ocurrencia de hechos ajenos y no imputables a la parte Convocante que afectaron el normal desarrollo de las obras;*
- (iv) El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la ocurrencia de hechos imprevistos;*
- (v). El reconocimiento y pago del costo de las actividades de PMA y PMT ejecutadas por la parte Convocante entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008;*

(vi). El reconocimiento y pago de la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009;

(vii). El reconocimiento y pago actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas por la parte Convocante, así como el reconocimiento y pago de la obra ejecutada que no fue pagada por TRANSCARIBE;

(viii). El reconocimiento y pago de la actualización y ajuste de precios durante la ejecución del contrato;

(ix). El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que incurrió la parte Convocante, derivados de la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 sus otrosíes y adicionales;

(x). El reconocimiento y pago del costo de oportunidad y financiero;

(xi). El reconocimiento y pago de las sumas descontadas por concepto de apremios o multas;

(xii) El reconocimiento y pago de la totalidad de los perjuicios causados a la parte Convocante como consecuencia de la imposición de apremios o multas;
y

(xiii). El reconocimiento y pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho la parte Convocante, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Cuadragésimo quinto PRINCIPAL: Que se condene a TRANSCARIBE a reconocer y pagar a la parte Convocante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a la parte Convocante, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo entre otros, los siguientes conceptos:

(i). El reconocimiento y pago de los perjuicios por mayor permanencia en obra, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso;

(ii). El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de TRANSCARIBE de sus obligaciones legales y contractuales;

(iii). El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la ocurrencia de hechos ajenos y no imputables a la parte Convocante que afectaron el normal desarrollo de las obras;

(iv) El reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la ocurrencia de hechos imprevistos;

(v). El reconocimiento y pago del costo de las actividades de PMA y PMT ejecutadas por la parte Convocante entre el 22 de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008;

(vi). *El reconocimiento y pago de la totalidad del valor acordado por las partes para la ejecución de las actividades de PMA y PMT en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y abril de 2009;*

(vii). *El reconocimiento y pago actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas por la parte Convocante, así como el reconocimiento y pago de la obra ejecutada que no fue pagada por TRANSCARIBE;*

(viii). *El reconocimiento y pago de la actualización y ajuste de precios durante la ejecución del contrato;*

(ix). *El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que incurrió la parte Convocante, derivados de la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06 sus otrosíes y adicionales;*

(x). *El reconocimiento y pago del costo de oportunidad y financiero;*

(xi). *El reconocimiento y pago de las sumas descontadas por concepto de apremios o multas;*

(xii) *El reconocimiento y pago de la totalidad de los perjuicios causados a la parte Convocante como consecuencia de la imposición de apremios o multas;*
y

(xiii). *El reconocimiento y pago actualizado de la utilidad a la que tiene derecho la parte Convocante, de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Cuadragésimo quinto PRINCIPAL: *Que en todo caso se condene a TRANSCARIBE a reconocer y pagar a la parte Convocante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, el valor correspondiente a la pérdida en la que incurrió la parte Convocante en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. LPI-TC-001-06, la utilidad que no pudo percibir la parte Convocante y el costo de oportunidad y financiero.*

CUADRAGÉSIMO SEXTO. *Que se condene a TRANSCARIBE a devolverle a la parte Convocante la totalidad de los dineros retenidos en garantía, junto con sus intereses de mora y actualización financiera, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. *Que se condene al TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante los intereses moratorios y costos financieros causados como consecuencia de la mora en la devolución del 50% de los dineros retenidos en garantía.*

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. *Que se condene a TRANSCARIBE a pagar a la parte Convocante la indemnización de los perjuicios causados a ésta con ocasión de la pérdida de oportunidad de ser adjudicatarios de contratos estatales como consecuencia de los improcedentes apremios o multas impuestos unilateralmente por TRANSCARIBE.*

CUADRAGÉSIMO NOVENO. *Que se condene a TRANSCARIBE a pagar a la parte Convocante la indemnización de los perjuicios causados a ésta como consecuencia de la pérdida de su capacidad financiera, la disminución del K de contratación y la imposibilidad de utilizar los equipos destinados a la ejecución del Tramo en otros proyectos.*

B.LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

QUINCUAGÉSIMO. *Que el Tribunal proceda a liquidar el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, teniendo en cuenta las condenas, reconocimientos y reembolsos a los que haya lugar en este proceso.*

C.ACTUALIZACIÓN EN INTERESES.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. *Que se condene a TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Quincuagésimo primero: *Que se condene a TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante, intereses de mora a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Quincuagésimo primero: *Que se condene a TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante intereses moratorios o remuneratorios y/o actualización, según el caso, a la tasa que el Tribunal establezca, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.*

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL Quincuagésimo primero: *Que se condene a TRANSCARIBE a pagarle a la parte Convocante intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la notificación de la demanda, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, aplicado este último a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de presentación de la demanda.*

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. *Que en caso de mora en el pago de la suma a la cual resulte condenada TRANSCARIBE se le ordene pagar intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente, a partir de la ejecutoria del Laudo.*

D. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

QUINGUAGÉSIMO TERCERO. *Que se condene a TRANSCARIBE a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho.*"

6.2. Contestación de la Demanda Arbitral y Excepciones Perentorias

TRANSCARIBE S.A., al contestar la demanda anterior⁵⁰, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, solicitó pruebas e interpuso las excepciones perentorias denominadas:

- "1º Responsabilidad del Consorcio en el mayor plazo. (...)*
- "2º Principio de normatividad de los contratos. (...)*
- "3º Inexistencia e inaplicabilidad del principio de la ecuación contractual. (...)*
- "4º Irrelevancia de mayores costos en que incurrió el contratista. (...)*
- "5º Excepción de contrato no cumplido. (...)*
- "6º. Inimputabilidad de Transcaribe en la no devolución de la Retención en Garantía. (...)*
- "7º. Eficiencia de diseños, planos y estudios; y recibo de zonas necesarias para ejecutar el contrato. (...)*
- "8º. Legalidad de las sanciones contractuales impuestas. (...)*
- "9º. De oficio las que el Tribunal encuentre acreditadas y probadas."*

6.3. Demanda de Reconvención

Las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención reformada⁵¹, presentada por la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, son las siguientes:

"PRIMERA.- *Que se declare la existencia del contrato LPI-TC-001-06, suscrito entre el **CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2** y **Transcaribe S.A.***

"SEGUNDA.- *Que se declare que el **CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2** se retrasó por culpa suya en la ejecución del contrato.*

"TERCERA.- *Que se declare que el **CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2** dejó de realizar varias actividades y obras a que estaba obligado en virtud del contrato suscrito entre las partes.*

⁵⁰ Cuaderno Principal No. 1 – folios 000220 a 000305.

⁵¹ Cuaderno Principal No. 2 – folios 000858 a 000888.

"CUARTA.- Que se declare que con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, se han encontrado fallas y errores en la construcción de ciertas obras que al momento de recibirse estaban aparentemente bien.

"QUINTA.- Que se declare que el CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 incumplió el contrato de obra pública No. LPI-TC-001-06.

"SEXTA.- Que como consecuencia de lo anterior, se condene al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A. a pagar a Transcaribe S.A. los perjuicios de todo orden que se prueben en el proceso.

"SUBSIDIARIA DE LA SEXTA.- Que como consecuencia de lo anterior, se condene al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A. a pagar a Transcaribe S.A. la suma convencionalmente pactada a título de cláusula penal pecuniaria.

"SEPTIMA.- Que se condene a pagar al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A., la actualización de las sumas que correspondan a la aplicación de la anterior pretensión.

"OCTAVA.- Que se condene al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A., a pagar a Transcaribe S.A., los intereses moratorios a la tasa comercial vigente.

"SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA.- Que se condene al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A., a pagar a Transcaribe S.A.; los intereses moratorios a la tasa aplicable al caso.

"DECIMA.- Que se condene al CONSORCIO CCMV TRANSCARIBE 2 y/o su integrante CONCIVILES S.A., a pagar a Transcaribe S.A., las agencias en derecho".

6.4. Frente a las pretensiones contenidas en la demanda de reconvenión reformada presentada por **TRANSCARIBE S.A.**, la parte convocante y reconvenida formuló las siguientes excepciones de mérito:

"4.1. Inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil.

"4.1.1. Inexistencia de incumplimiento contractual imputable al CONSORCIO.

"4.1.2. Al CONSORCIO no le son imputables los hechos causantes de los retrasos que se presentaron en la ejecución del CONTRATO, toda vez que dichos hechos se produjeron por incumplimientos legales y contractuales de TRANSCARIBE, por hechos imprevistos o por hechos provenientes de terceros, por cuyos efectos no se puede imputar responsabilidad al CONSORCIO.

"4.1.3. Inexistencia de nexo causal entre los supuestos incumplimientos contractuales atribuidos al CONSORCIO e inexistencia del supuesto daño alegado por TRANSCARIBE.

- "4.1.4. Inexistencia de daño indemnizable.
- "4.2. Excepción de Contrato No Cumplido.
- "4.3. TRANSCARIBE incumplió el deber de colaboración durante el desarrollo del CONTRATO.
- "4.4. TRANSCARIBE incumplió el deber de realizar los mejores esfuerzos durante el desarrollo del CONTRATO.
- "4.5. TRANSCARIBE incurrió en una conducta desproporcionada, injustificada e ilegal al imponer apremios al CONSORCIO por temas menores, no obstante que se encontraba en estado de incumplimiento.
- "4.6. La INTERVENTORÍA del CONTRATO incurrió en una conducta parcializada y abusiva al haber recomendado a TRANSCARIBE la imposición de multas al CONSORCIO por temas menores y al desconocer los incumplimientos de TRANSCARIBE.
- "4.7. TRANSCARIBE Y LA INTERVENTORÍA incurrieron en una conducta abusiva de la posición dominante contractual.
- "4.8. TRANSCARIBE incumplió el deber de planeación.
- "4.9. Improcedencia del cobro de la cláusula penal por parte de TRANSCARIBE.
- "4.10. TRANSCARIBE, durante la ejecución del CONTRATO, incumplió el principio de la buena fe contractual.
- "4.11. Los diseños suministrados por TRANSCARIBE no eran idóneos ni técnicamente viables para efectos de la ejecución del CONTRATO.
- "4.12. Las condiciones de ejecución del CONTRATO variaron sustancialmente en razón a los constantes y sustanciales cambios que TRANSCARIBE efectuó en la gran mayoría de los diseños originales.
- "4.13. TRANSCARIBE incumplió las disposiciones del Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública.
- "4.14. Las pretensiones formuladas por TRANSCARIBE carecen de fundamento legal, contractual y probatorio.
- "4.15. Improcedencia de las pretensiones Octava y su respectiva subsidiaria de la Reforma a la Demanda de Reconvención de TRANSCARIBE.
- "4.16. Improcedencia de la pretensión Décima de la Reforma de la Demanda de Reconvención incoada por TRANSCARIBE.

"4.17. Las pretensiones de TRANSCARIBE formuladas en la Reforma de la Demanda de Reconvención en contra de uno sólo de los miembros del CONSORCIO, no son jurídicamente procedentes.

"4.18. Caducidad y prescripción.

"4.19. Compensación.

"4.20. Excepción genérica."

7. LA CONCILIACIÓN CELEBRADA POR LAS PARTES

En la audiencia realizada el veintidós (22) de agosto de dos mil once (2011), Acta No. 30, las partes entregaron al Tribunal el Acuerdo de Conciliación celebrado entre las sociedades **CONCIVILES S.A.**, **CICON S.A.** y **MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**, de un lado, y la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, de otro, mediante la cual dejan constancia escrita del siguiente acuerdo conciliatorio:

"CLAUSULA 1. OBJETO: Las Partes acuerdan conciliar, de manera definitiva, la TOTALIDAD de las controversias suscitadas entre ellas por causa o con ocasión de la formación, la celebración, el desarrollo, la ejecución, la interpretación, la terminación y la liquidación del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, incluyendo, de manera total y definitiva, todas aquellas controversias correspondientes a aspectos económicos, patrimoniales y técnicos descritos en las pretensiones de la demanda presentada por EL CONSORCIO y en las reformas de la demanda de reconvención presentadas por TRANSCARIBE, así como cualquier otra controversia que pudiera llegar a surgir en un futuro entre las partes con ocasión del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, sin perjuicio de las acciones que puedan adelantarse entre las Partes por el eventual incumplimiento de las condiciones previstas en el presente Acuerdo Conciliatorio en caso de ser aprobado por el Tribunal de Arbitramento.

"Las partes declaran que el presente acuerdo conciliatorio no constituye una aceptación o allanamiento a las pretensiones formuladas por éstas en el marco del Tribunal de Arbitramento. Se trata de un acuerdo por el cual las partes han encontrado una fórmula económica para resolver sus diferencias.

"CLAUSULA 2. COLECTOR. Dentro de tres (3) meses siguientes a la suscripción de este Acuerdo, el Contratista se obliga a ejecutar a su costa los trabajos necesarios y pertinentes de reparación de la tubería de Alcantarillado frente el sector Tabú, la cual presenta una perforación., según la descripción técnica que se señala en el Anexo 1 de este Acuerdo. Su ejecución cabal y a satisfacción constituye condición para la declaración de paz y salvo y condición necesaria para el pago de lo contemplado en este Acuerdo.

"CLAUSULA 3. LOSAS DE PAVIMENTOS. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la aprobación por parte de la Interventoría de los procesos constructivos, el Contratista se obliga a la reparación total, completa, integral y a plena satisfacción de las setenta y ocho losas de pavimento afectadas por el

fenómeno del pop outs indicadas en el anexo número 2. La Interventoría o TRANSCARIBE o su delegada realizará seguimiento al proceso de reparación de dichas losas y dará aprobación de las obras ejecutadas por parte del contratista. Su ejecución cabal y a satisfacción constituye condición para la declaración de paz y salvo y condición necesaria para el pago de lo contemplado en este Acuerdo. Una vez se hayan recibido a satisfacción, el contratista se obliga a extender la garantía de estabilidad del pavimento para efecto del fenómeno de pop outs, por un término de cinco años contado a partir de la aprobación por parte de la Interventoría y sin perjuicio de la reparación que le corresponda efectuar de las losas que con posterioridad a este plazo se vean afectadas por tal fenómeno. La efectividad de la garantía tendrá lugar con la expedición de acto administrativo por parte de TRANSCARIBE con la simple indicación expresa de las losas afectadas por el fenómeno de pop outs y la negativa del Contratista para hacerlo, siempre y cuando se demuestre que la causa eficiente del daño corresponda al fenómeno de pop outs. Con todo, el Contratista se obliga a realizar una gestión ante el proveedor del concreto, con el fin de ampliar el tiempo de garantía de estabilidad. En caso de lograr un tiempo de garantía mayor, lo comunicará a Transcaribe y se obliga a extender la garantía contractual por ese tiempo.

"CLAUSULA 4. PLANOS Y PAZ Y SALVOS. El contratista se obliga a presentar lo enunciado a continuación como requisito necesario para ser declarado a paz y salvo y como condición indispensable para proceder al pago establecido en la siguiente cláusula:

- *Certificados de cierre de las cuentas del anticipo 1 y 2*
- *Informe final del manejo del anticipo 1 y 2.*

VIAS

- *Planos record. (Diseño Geométrico y modulación de losas)*
- *Manual de operaciones y mantenimiento de las obras*
- *Reparación de Espacio Público, Juntas y Desportilladuras, de todo el tramo*

REDES SECAS

- *Planos record.*
 - *Red de Promitel;*
 - *Red de Telecom;*
 - *Red de Distriseguridad;*
 - *Red de Costavisión;*
 - *Red de Alumbrado público y semaforización*
 - *Red de Transcaribe Voz y Datos y demás redes construidas.*
- *Manual de operaciones y mantenimiento de las obras.*

- *Actas de recibo de las diferentes Empresas de Servicios Públicos y paz y salvo.*
 - *Promitel;*
 - *Telecom;*
 - *Electricaribe;*

- *Distriseguridad;*
- *Costavisión;*
- *Alumbrado público y semaforización*
- *Transcaribe Voz y Datos y demás ESP.*
- *OPE*

REDES HÚMEDAS

- *Planos record.*
 - *Red de Surtigas*
 - *Red de Alcantarillado*
 - *Red de Acueducto*
- *Manual de operaciones y mantenimiento de las obras.*
- *Reparación de colector de tubería de Alcantarillado frente al estadio Jaime Morón. (Oficios TE10-ACT-00875 y TE10-ACT-13504)*

- *Actas de recibo de la Empresa de Servicios Públicos.*
 - *Surtigas*
 - *EPA – Red Pluvial*
 - *OPE*
 - *Aguas de Cartagena – Red de Alcantarillado*
 - *Aguas de Cartagena – Red de Acueducto*

ESPACIO PÚBLICO

- *Planos record.*
- *Manual de operaciones y mantenimiento de las obras.*
- *Certificados de calidad de las Bancas, Bolardos, Bicicleteros, Cabinas Telefónicas, barandas, Canecas y alcorques.*

AMBIENTAL

- *Informe final Monitoreos Ambientales de calidad de Aire y Ruido.*
- *Informe Silvicultural y Paisajismo de Talas y Traslados de árboles. Programa C1 y C2. Componente C del PMA.*
- *Informe Final del Componente C.*
- *Plano de localización de los individuos de los programas C1, C2 y C3 del Componente C del PMA.*
- *Informe de paisajismo y plano Record.*

TRAFICO

- *Planos Record de señalización vertical y horizontal.*
- *Paz y Salvo de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cartagena – DATT.*

SOCIAL.

- *Informe Final Socio – Ambiental, consolidado cada uno de los Programas del Plan de Gestión Social.*
- *Actas de cierre de las atenciones abiertas.*

- *Actas de cierre de accidentes con terceros*

REASENTAMIENTO:

- *Consolidado y soportes de atenciones programa B4, constancia de actas de reunión*
- *Actas de vecindad iniciales*
- *Actas de vecindad de cierre*
- *Casos abiertos (pendientes): pasivos sociales*
- *Actas de Responsabilidad*

"CLAUSULA 5. – PAGO A FAVOR DEL CONSORCIO: *Con ocasión del presente acuerdo conciliatorio TRANSCARIBE se compromete a reconocer y pagar a EL CONSORCIO de manera incondicional, la suma de OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$8.885.283.937), por concepto de conciliación de las diferencias existentes entre TRANSCARIBE y EL CONSORCIO, en relación con el la formación, la celebración, el desarrollo, la ejecución, la interpretación, la terminación y la liquidación del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06. Este valor no será objeto de actualización durante el plazo de diez meses, según lo dispuesto en la cláusula sexta.*

"CLAUSULA 6. Plazo: *El plazo para el pago de la suma dineraria señalada en la presente cláusula será de diez (10) meses, contados a partir de la Fecha en que quede en firme el Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento apruebe este Acuerdo Conciliatorio y previo cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas 2, 3 y 4 de este Acuerdo. Durante ese lapso no habrá lugar a ningún tipo de ajuste, actualización o reconocimiento de intereses moratorios o remuneratorios. Si TRANSCARIBE no paga al CONSORCIO la suma aquí acordada dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento de los 10 meses referidos, TRANSCARIBE ajustará la cifra indicada en esta cláusula con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo como índice final el del mes 12 contado desde la aprobación de este Acuerdo por el Tribunal e índice inicial el del mes 11 contado desde la aprobación de este Acuerdo. Si pasados los 12 meses no hubiere pago, se causarán intereses moratorios a favor del CONSORCIO a una tasa equivalente a DTF más 3 puntos, sobre la cifra que resulte de aplicar la actualización con índices DANE a que se refiere esta estipulación. La actualización y los intereses estipulados aplicarán para eventos de pagos parciales.*

"CLAUSULA 7. – RECIBO A SATISFACCIÓN DE LAS OBRAS: *Sin perjuicio de lo contemplado en la cláusula segunda, tercera y cuarta de este Acuerdo, TRANSCARIBE manifiesta que ha recibido a satisfacción y sin pendiente técnico alguno las demás obras de construcción del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena del Tramo comprendido entre el sector "Bomba del Amparo" y "Cuatro Vientos", correspondientes a la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06.*

"CLAUSULA 8. DEVOLUCIÓN DE VALORES DESCONTADOS POR TRANSCARIBE POR CONCEPTO DE APREMIOS O MULTAS: Con ocasión del presente acuerdo conciliatorio y dentro del marco de dicho acuerdo, TRANSCARIBE, a partir de la fecha de aprobación de este acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal de Arbitramento, deja sin efectos los apremios o multas aplicados al CONSORCIO y en consecuencia se compromete a reembolsar a EL CONSORCIO la suma de \$1,979,573,454 , dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que quede en firme el Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento imparte aprobación de este Acuerdo, siempre y cuando se hubiere recibido a satisfacción las obras contempladas en la Cláusula 2, 3 y 4 de este Acuerdo. En caso de no pago por parte de TRANSCARIBE de la suma correspondiente a devolución de las multas, se causarán intereses moratorios a favor del CONSORCIO a la tasa contemplada en la cláusula segunda de este Acuerdo.

"CLAUSULA 9. TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS: Como consecuencia de la suscripción del presente acuerdo conciliatorio, las Partes acuerdan dar por terminado y liquidado el Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, con excepción de los aspectos pendientes contemplados en las cláusulas 2, 3 y 4 de este Acuerdo. Una vez ellos sean cumplidos por el Contratista, se declarará a paz y salvo por todo concepto.

"CLAUSULA 10. TERMINACIÓN DE LOS PROCESOS ARBITRALES: Las Partes convienen en dar por terminado el proceso arbitral, a partir de la Fecha en que quede en firme el Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento imparte aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio.

"CLAUSULA 11. RENUNCIA A LAS PRETENSIONES: A partir de la Fecha en que quede en firme el Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento imparte aprobación del presente Acuerdo Conciliatorio, las Partes renuncian de manera total, incondicional y recíproca a hacer valer entre sí la totalidad de las pretensiones y excepciones con efectos patrimoniales de carácter transigible que incluyeron en las demandas, principal y de reconvención, en sus correspondientes contestaciones y en los demás documentos que obran en el proceso arbitral, así como cualquier otra diferencia que surja con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, ampliación, terminación o liquidación del contrato. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de las Partes de proceder contra la otra en el evento de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Acuerdo Conciliatorio.

"CLAUSULA 12. SOLICITUD DE APROBACIÓN: Como consecuencia de todo lo anterior, las Partes convienen en solicitar al Honorable Tribunal aprobar el presente Acuerdo de Conciliación y, por consiguiente, solicitan al Honorable Tribunal declarar conciliadas todas las diferencias derivadas de la celebración, ejecución, interpretación y liquidación del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06, y dar por terminado el proceso arbitral.

"Igualmente solicitan que este tribunal arbitral cese en sus funciones, inmediatamente después de que el Tribunal apruebe este Acuerdo Conciliatorio.

"Finalmente, las Partes le solicitan al Tribunal que disponga en el auto de aprobación que no se condena en costas a ninguna de éstas.

"CLAUSULA 13.COSA JUZGADA: EL CONSORCIO y TRANSCARIBE acuerdan que en los anteriores términos quedan liquidadas y finiquitadas definitivamente la totalidad de las diferencias patrimoniales con ocasión de la celebración ejecución, ampliación, terminación, interpretación o liquidación de la relación surgida entre ellas por razón de la ejecución del Contrato de Obra No. LPI-TC-001-06. A partir de la Fecha de su aprobación por parte del Tribunal del (sic) Arbitramento el presente acuerdo conciliatorio hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo para el cumplimiento de las obligaciones aquí convenidas, renunciando las partes desde ya a todo requerimiento privado, judicial o extrajudicial para su constitución en mora.

"CLÁUSULA 14. – SOPORTES: El presente acuerdo de conciliación se soporta y fundamenta en todas las pruebas que reposan en el expediente del proceso arbitral objeto del presente Acuerdo."

Es importante destacar que el anterior acuerdo es el fruto de varios acercamientos efectuados entre las partes con el ánimo de solucionar de forma directa las distintas controversias que surgieron con ocasión del contrato No. LPI-TC-001-06, frente a lo cual debe resaltarse igualmente que -según las partes- *"...las condiciones del mismo son convenientes y favorecen los intereses de la entidad estatal (TRANSCARIBE) que lo suscribe, cumpliéndose por lo tanto con la obligación de que la conciliación no resulte lesiva para los intereses públicos en juego"*⁵².

En efecto, al dar una lectura integral al texto contentivo del Acuerdo de Conciliación, se advierte que una de las premisas fundamentales que llevó a su celebración, correspondió, precisamente, a que las mismas partes advertían una alta probabilidad de condena contra la convocada y por una suma superior a la que fue convenida mutuamente. De esto, se dejó constancia en el documento al señalar que con el respectivo arreglo, *"TRANSCARIBE precave el riesgo de que el laudo sea proferido en condiciones sustancialmente más gravosas para sus intereses, de acoger el Tribunal las demás pretensiones planteadas por EL CONSORCIO en la demanda arbitral, sin perder de vista -se reitera- el antecedente contenido en el laudo arbitral en virtud de demanda interpuesta por Conalvías S.A., el cual resultó contrario a los fines y fundamentos jurídicos sostenidos por Transcaribe S.A., en la ejecución del contrato suscrito con Conalvías S.A."*⁵³.

De esta forma, partiendo por recordar que el monto total de las pretensiones incoadas en la demanda arbitral ascendía a la suma de \$51.544'019.759, según la actualización que sobre las mismas realizó el Tribunal a enero de 2010, las partes acordaron finiquitar todas sus diferencias y para ello decidieron que la convocada reconocería a la convocante la suma de \$8.885'283.937, por un lado, y de \$1.979'573.454, por otro.

⁵² Página 30 – Acuerdo de Conciliación.

⁵³ Página 30 – Acuerdo de Conciliación.

Concretamente, señalaron que el primer reconocimiento económico (\$8.885'283.937) contemplaba de forma específica tres conceptos: El primero, correspondiente a las obras realizadas por el **CONSORCIO** y que no fueron pagadas por **TRANSCARIBE**, consideradas como mayores cantidades de obra que ascendían a \$1.538'941.930. El segundo, por la permanencia en obra durante un plazo mayor al convenido inicialmente: Al respecto, las partes consideraron que por razones ajenas y no imputables al consorcio contratista, debió permanecer en obra durante 177 días adicionales a los proyectados en el contrato, de manera que a título de gastos de Administración se reconoce la suma de \$3.328'999.470, y por mano de obra y maquinaria, \$3.004'544.212. El tercer concepto corresponde al pago de los costos asociados a las actividades de Planes de Manejo Ambiental, Social y de Tráfico, para lo cual se reconoce la suma de \$1.012'798.125.

Adicional a lo anterior, al considerar que el consorcio contratista corrigió todos los pendientes técnicos y que **TRANSCARIBE** recibe la obra a satisfacción, ésta se compromete a devolver las sumas retenidas por concepto de apremios, las cuales ascienden a \$1.979'573.454.

Por último, en el marco del Acuerdo de Conciliación, la parte convocante se compromete a ejecutar a costa suya las actividades necesarias para reparar (i) la tubería de alcantarillado en el sector Tabú, así como (ii) las 68 losas de pavimento que resultaron afectadas por el fenómeno del pop outs y que están identificadas en el Anexo No. 2. Igualmente, la convocante se obliga a entregar los planos y paz y salvos indicados en la cláusula 4 del Acuerdo, como requisito *sine qua non* para que **TRANSCARIBE** realice los pagos a que se compromete en el arreglo conciliatorio.

Considerando, entonces, que los anteriores términos corresponden al acuerdo logrado por las partes, es preciso destacar igualmente que en el mismo se convino de forma expresa que no se reconocería suma alguna "...por concepto de intereses ni actualización sobre las sumas reclamadas, ni se aceptan, por falta de fundamento y/o prueba, sumas dinerarias por concepto de costos de oportunidad, good will, utilidad e imprevistos del AIU por los mayores costos incurridos en la mayor permanencia, en costos financieros durante la ejecución del contrato y k de contratación para los integrantes del consorcio e imposibilidad de utilización de equipos en otros proyectos"⁵⁴.

II. CONSIDERACIONES

Previo a estudiar de fondo el Acuerdo de Conciliación logrado por las partes en el presente trámite arbitral, el Tribunal analizará el régimen normativo que rige la conciliación, sus principios, sus caracteres relevantes, para precisar en el caso concreto, su conformidad o inconformidad con la preceptiva legal aplicable.

⁵⁴ Página 32 – Acuerdo de Conciliación.

1. El marco normativo de la conciliación

Para comenzar, debe señalarse que la conciliación es el medio jurídico mediante el cual las partes en una relación controvertida, acceden a la administración de justicia solucionándolo en forma personal. Así, como nota distintiva de la conciliación, aparece que se trata de un mecanismo autocompositivo de solución de controversias, pues son las propias partes en litigio quienes directa y voluntariamente lo resuelven de manera definitiva.

En el ordenamiento jurídico, la conciliación, *prima facie*, es un mecanismo de acceso a la justicia, por cuya virtud las partes de una relación controvertida, la solucionan en forma personal, en desarrollo de sus poderes dispositivos, su autonomía, libertad y autoridad, abordando su análisis, negociación y decisión con la asistencia de un tercero que propicia la búsqueda de soluciones o sugiere alternativas de libre adopción y determinación de los sujetos, quienes así dirimen la controversia.

La conciliación tiene reconocimiento constitucional expreso en el artículo 116 de la Constitución Política, prevista como mecanismo del ejercicio de la función jurisdiccional, en los siguientes términos:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".(se subraya)

Igualmente, como desarrollo de ese precepto constitucional, la figura ha sido expresamente reconocida por la ley estatutaria de administración de justicia. En efecto, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009:

"Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

[...]

"3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

Desde esta perspectiva, la conciliación desarrolla el derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia, implica el ejercicio de la función jurisdiccional

y es mecanismo "alternativo" de solución de conflictos⁵⁵. Precisamente, al estudiar la constitucionalidad del artículo 13 original de la Ley 270 de 1996, la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, puntualizó:

"...el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (cfr. Preámbulo, arts. 1º y 2º C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas "alternativas para la resolución de los conflictos", con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico. Naturalmente, entiende la Corte que es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales —no sobra aclararlo— no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia".

"Para esta corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema este que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (num. 5º) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (num. 6º). Con todo, conviene puntualizar que el término "asociados" que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas".⁵⁶

Por su parte, el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 define la conciliación como "un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador" (compilado en el artículo 1º del Decreto 1818 de 1998), el cual es aplicable respecto de "todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley", según las voces del artículo 65 de la misma Ley 446 de 1998.

⁵⁵ Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, sesión de comisión 4 de abril.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, Ponente, Carlos Gaviria Díaz.

En el mismo sentido, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 8º de la ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 3º de la Ley 1285 de 2009), consagra la conciliación como uno de los mecanismos de solución directa de controversias contractuales, en virtud del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

De acuerdo con los lineamientos constitucionales, normativos y la jurisprudencia constitucional,⁵⁷ la conciliación además de negocio jurídico dispositivo de intereses, es un mecanismo alternativo de acceso a la administración de justicia, una forma de administrar justicia de manera transitoria y excepcional y de solucionar conflictos económicos susceptibles de disposición y transacción entre sujetos capaces, con habilidad o aptitud dispositiva, por las mismas partes y con la intervención de un tercero neutral e imparcial, que concluye con su aprobación mediante un acto jurisdiccional con fuerza de sentencia judicial y dotada de *mérito ejecutivo* (L.446/98, artículo 66).

Concretamente esas características de la conciliación, han sido precisadas por la H. Corte Constitucional, en los siguientes términos⁵⁸:

"La conciliación es una de las herramientas ofrecidas por el aparato jurisdiccional del Estado como opción alternativa para la resolución de los conflictos jurídicos. La filosofía que soporta este tipo de alternativas pretende que los particulares resuelvan las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, por fuera de los estrados judiciales, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado.

"Con ello se busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios conflictos, mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales (Cfr. Preámbulo, arts. 1º y 2º C.P.); además de que persigue la descongestión de los despachos judiciales, reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado⁵⁹.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 2326 de diciembre 12 de 1991; Corte Constitucional, Sentencia C-204 de marzo 11 de 2003, Ponente, Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-314 de abril 30 de 2002, Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-893 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-500 de mayo 15 de 2001, Ponente Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-1195 de noviembre 15 de 2001, Ponentes, Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-160 de marzo 17 de 1999, Ponente, Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-111 de febrero 24 de 1999, Ponente, Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-57 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-226 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-165 de 1993, Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2001, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁵⁹ Cfr. Sentencia C-037 de 1996

"La conciliación es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y el imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian⁶⁰.

[...]

"Las características fundamentales de la conciliación son los siguientes:

"1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

"2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

"3) Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

"4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

"Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado

⁶⁰ Cfr. Sentencia C-226 de 1993

centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

"En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

"5) Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998).

"6) La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptible de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

"A la conciliación le caben los mismos argumentos expuestos por la Corte en relación con el arbitramento, en lo que tiene que ver con las materias susceptibles de transacción. Así debe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.⁶¹ Del mismo modo, puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional⁶², o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.⁶³

"7) Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula.⁶⁴

⁶¹ Cfr. Sentencia C-294/95

⁶² Cfr. Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁶³ Sentencia C-1436 de 2000. El citado fallo señala: "Esta doctrina del Consejo de Estado aún hoy, después de la expedición de la Constitución de 1991, y la inclusión en ella, del artículo 116, está plenamente vigente, pues no existe presupuesto constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares."

⁶⁴ Autores clásicos del derecho rechazaron la intervención del Estado con el fin de hacer obligatoria la conciliación de los intereses privados, al entender que nadie debe ser más amante de la paz, del orden y de su patrimonio que su dueño mismo. Apoyado en este

En suma, la conciliación constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias que ha sido admitido constitucionalmente que permite, de una parte, la descongestión del aparato judicial y, de otra y más importante, la participación de los asociados (incluyendo al Estado) en la solución directa y definitiva de sus propias controversias con el acompañamiento de un tercero neutral.

Ahora bien, la utilización del mecanismo de la conciliación varía según se varíe la naturaleza del asunto a conciliar. Así, unos serán los requisitos cuando se trata de una conciliación laboral, otros en materia de familia, unos distintos en controversias de naturaleza civil o comercial, etc. En consecuencia, teniendo en cuenta que la controversia que ocupa la atención del Tribunal involucra la presencia de **TRANSCARIBE S.A.**, que es una entidad estatal, más concretamente una sociedad pública por acciones, es necesario analizar los requisitos especiales para la procedencia de la conciliación en asuntos de naturaleza contencioso-administrativa.

2. La conciliación contencioso administrativa

Como se señaló, desde un punto de vista jurídico, la conciliación judicial es un mecanismo de solución de conflictos, que se encuentra autorizado constitucionalmente en el artículo 116 de la Constitución Política, a través del cual las partes ponen fin, de común acuerdo y conforme con su propia voluntad, a un litigio que se tramita ante una autoridad judicial, como bien lo señala el artículo 64 de la Ley 446 de 1998.

No obstante que se trate de un mecanismo en el cual la solución proviene exclusivamente de la voluntad de las partes, cuando se trata de entidades estatales, la alternativa de la conciliación se encuentra sometida a unos límites muy estrictos fijados por el legislador, tanto desde el punto de vista del fondo como desde la perspectiva del procedimiento.

En efecto, el artículo 58 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, dispone lo siguiente:

"Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo."

concepto BENTHAM reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia entre los particulares, porque en su parecer la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho a favor de otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que esta se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohijar un acto por el cual, si resulta conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes.

De otra parte, el artículo 65A de la misma Ley 23 de 1991, adicionado a dicha ley por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, señala:

"El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

"El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelarlo, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

"La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

"Parágrafo. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y, por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable."

Finalmente, el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, que aunque se refiere a la conciliación prejudicial se ha considerado aplicable de fondo a la conciliación judicial, dispone:

"La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada.

"Si no fuere posible acuerdo alguno, el Agente del Ministerio Público firmará el acta en que se dé cuenta de tales circunstancias, declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la documentación aportada y registrará en su despacho la información sobre lo ocurrido.

"Parágrafo 1º. En caso de que las partes soliciten una nueva audiencia de conciliación, dicha solicitud deberá ser presentada de común acuerdo.

"Parágrafo 2º. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado."

Con base en las anteriores normas, el H. Consejo de Estado ha construido una especie de "test" para verificar si un acuerdo conciliatorio celebrado por una persona de derecho público puede ser aprobado o no por el juez competente. Las exigencias para la aprobación de un acuerdo conciliatorio son las siguientes:

"El juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- *La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.*
- *La debida representación de las personas que concilian.*
- *La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.*
- *Que no haya operado la caducidad de la acción.*
- *Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.*
- *Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.*⁶⁵

Con arreglo a las disposiciones normativas contenidas en los artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996 (modificados por los artículos 3º y 6º de la Ley 1285 de 2009), estatutaria de la administración de Justicia, la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001, el Decreto 1818 de 1998 y el Decreto 1716 de 2009, para la conciliación en asuntos o controversias en las cuales intervenga un ente estatal, es menester⁶⁶:

1. La vigencia de la acción contractual, en cuanto no haya operado la caducidad⁶⁷;
2. La naturaleza patrimonial susceptible de disposición de las materias comprendidas en las controversias, en tanto debe versar sobre conflictos de contenido económico ⁶⁸;

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 22 de mayo de 2008, expediente 33.797, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. En igual sentido, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, expediente 33.371, Consejero Ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, en el cual se recoge la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de requisitos para la aprobación de un acuerdo de conciliación celebrado por una entidad pública.

⁶⁶ Artículos 64 a 66, 70, 73, inciso 3º y 75 Ley 446 de 1998; 3º y ss Ley 640 de 2001.

⁶⁷ El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por la ley 446 de 1998, preceptúa: "No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado". Esta norma no obstante referir a la conciliación extrajudicial es aplicable también a la conciliación judicial, según puntualizó el Consejo de Estado en providencia del 7 de febrero de 2002. Radicado N° 18.331, anotando: "Aunque dichas normas estén contenidas en capítulo referido especialmente a la conciliación prejudicial, no obsta para hacerlo extensivo a la conciliación judicial, en aplicación a mecanismos garantistas de legalidad".

⁶⁸ El artículo 59 de la ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la ley 446 de 1998 dispone: "Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo." Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1246, Marzo 1 de 2000, Ponente, Luis Camilo Osorio, observando: "La disposición exige que se trate de un conflicto de carácter particular y de contenido económico, aún tratándose de entidades públicas".

3. La plenitud de los elementos esenciales y de los presupuestos de validez exigibles al acuerdo conciliatorio como acto dispositivo de intereses;
4. La existencia de respaldo probatorio del acuerdo conciliatorio, aunado a que no debe ser violatorio de la ley ni *"lesivo para el patrimonio público"*⁶⁹, es decir, que no constituya un acto carente de justificación patrimonial conforme al marco de circunstancias, a la controversia suscitada entre las partes y a las pruebas respectivas, sin extenderse por supuesto a la decisión de la Administración Pública respecto de su conveniencia, en cuanto su análisis se reserva a la entidad estatal⁷⁰.
5. La existencia de concepto previo favorable del Comité de Conciliación de la respectiva entidad, quien determina su procedencia con sujeción a las normas legales sustantivas y procesales, su conveniencia, oportunidad y los parámetros en los cuales actuará el representante legal de la entidad o su apoderado para evitar la lesión al patrimonio público⁷¹.

⁶⁹ El artículo 73 de la ley 446 de 1998 incorporó el artículo 65ª de la Ley 23 de 1991, estableciendo en su inciso tercero: "La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se haya presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley, o resulte lesivo para el patrimonio público". En Providencias del 7 de febrero de 2002. Radicado N° 18.331, y del 20 de noviembre de 2003, Expediente N° 21.868 Radicación N° 05001232400019971176-01, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expresó: "Según las disposiciones anteriores, para la aprobación u homologación del acuerdo es necesario 1) Que se hayan presentado las pruebas necesarias que le sirvan de fundamento; 2) Que el acuerdo no sea violatorio de la ley, y 3) Que no resulte lesivo para el patrimonio público."

⁷⁰ A propósito de la apreciación de esta exigencia, el Consejo de Estado, en Sentencia de 12 de octubre de 2000 Sección Segunda, expediente 2654-00, precisó que el juzgador debe observar si la conciliación se encuentra dentro de la legalidad y, en providencia del 7 de febrero de 2002, radicación 18.331, reiteró: "(...) lo que el juez debe observar principalmente es si lo conciliado está dentro de la legalidad o no, es decir, que no se trata de una liberalidad de la Administración". En Providencia del 20 de marzo de 2003, Expediente N° 22399, anotó: "La ley procura con estos requisitos de aprobación u homologación, contrarrestar actuaciones que reflejen simple liberalidad de los representantes legales de las entidades, o que sugieran una legalización de situaciones de hecho."

⁷¹ El artículo 75 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: "ART. 75.-Comité de conciliación. La ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así: "ART. 65B.-Las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad". Los artículos 16 y 19-5 del Decreto 1716 de 2009, establecen: "ART. 16-Comité de conciliación. El comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente, decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité. PAR.-La decisión del comité de conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto" ART. 19-Funciones. El comité de conciliación ejercerá las siguientes funciones: (...) 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista

6. La tramitación ante la autoridad competente⁷².

7. La celebración por las partes o sus apoderados facultados expresamente al efecto. La legitimación de los apoderados se consagra concretamente en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 a cuyo tenor, las personas jurídicas de derecho público podrán conciliar "**a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado**", quienes se sujetaran a la facultad expresa para conciliar y a los parámetros señalados por el Comité de Conciliación de la entidad respectiva.

3. Las facultades del juez en el análisis de la conciliación

Los requisitos precedentes determinan la actuación y facultades del conciliador, tercero neutral e imparcial habilitado por el ordenamiento jurídico y las partes para propiciar la solución directa por los titulares del interés comprendido en la relación jurídica controvertida y, por tanto, únicas legitimadas para disponer de éste, acordar con libertad o autonomía la solución y celebrar el acuerdo conciliatorio.

A propósito de las facultades del juez respecto de la conciliación, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha dicho:

"...los poderes del juez frente al acto de conciliación de las partes no pueden ser tan restringidos, de modo que su tarea se limite al examen de la naturaleza transigible o conciliable que revista la pretensión y a la capacidad de las partes y de los apoderados para adoptar esa conducta; 'la conformidad con la ley' del acto de conciliación de que trata el inciso tercero del artículo 6º. del decreto 2651 de 1991, sugiere un campo de mucha mayor amplitud que el descrito por el a-quo, máxime en tratándose de procesos contencioso administrativos en los cuales está comprometido el tesoro público y los intereses de la colectividad además del simple interés del demandante.

"Para efectos de precisar los linderos de la competencia del juez, resulta oportuno recordar los preceptos contenidos en los artículos 60 y 65 de la ley 23 de 1991, los dos atinentes a la conciliación prejudicial. "Por el primero, el consejero o magistrado debe definir si la conciliación resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta, caso en el cual, por la disposición del segundo, así lo declarará la

identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada".

⁷² El parágrafo del artículo 5º del Decreto 1214 de 2000, establece: "PAR.-Las entidades públicas sólo celebrarán conciliaciones en materia de lo contencioso administrativo ante los jueces competentes o ante los agentes del Ministerio Público correspondientes hasta tanto se expida la reglamentación correspondiente a los centros de conciliación". De conformidad con el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, instalado el Tribunal de Arbitramento, se surte el denominado trámite pre arbitral y dentro de éste la audiencia de conciliación previa y, al tenor de su artículo 104, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 640 de 2001 en el curso del proceso arbitral puede celebrarse audiencia de conciliación judicial.

*Sala en providencia motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario.*⁷³

En particular, el conciliador no puede sustituir a las partes, imponer el acuerdo conciliatorio, desconocer su legitimación o autoridad dispositiva ni los términos o condiciones convenidos por éstas, más allá de sus precisas competencias, facultades y atribuciones ni por causas diferentes a las establecidas en la ley. Tampoco, el conciliador, podrá modificar el acuerdo conciliatorio so pretexto de disparidad o defecto de sus exigencias normativas⁷⁴ ni analizar y determinar su conveniencia, reservada estrictamente a las partes. Sin embargo, el juez que tiene a cargo la aprobación de la conciliación sí puede interpretar los convenido por las partes de la controversia a fin de poder hacer el respectivo pronunciamiento.

No obstante lo anterior, el juez no estará siempre obligado a aprobar la conciliación a la que llegaron las partes. Por el contrario, dada la especial la naturaleza de las relaciones contencioso administrativas, es perfectamente posible que se produzca la improbación del acuerdo conciliatorio, la cual es pertinente por ausencia de los requisitos normativos anteriormente indicados y, específicamente, cuando:

(i) Sea violatorio de la Ley, que a juicio del Tribunal, debe tener caracteres ostensibles, manifiestos, incontestables y no puede inferirse implícitamente con lucubraciones e interpretaciones;

(ii) Sea lesivo del patrimonio público, esto es, carezca de atribución patrimonial concreta en consideración a la relación o situación jurídica controvertida, a la controversia misma, el marco de circunstancias y también cuando exceda en forma desproporcionada la justificación considerando la simetría o reciprocidad prestacional u obligacional y analizando la fuente del conflicto, la controversia misma, su solución y las concesiones recíprocas, y,

(iii) No existan las pruebas necesarias que fundamenten el acuerdo conciliatorio.

4. Análisis de la conciliación celebrada por las partes

En lo concerniente a la conciliación celebrada por las partes, el Tribunal observa la concurrencia de sus requisitos y exigencias, por las siguientes consideraciones específicas:

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 13 de octubre de 1993, expediente: 7891.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 19 de abril de 2001, Ponente, Germán Rodríguez Villamizar, Radicación 85001-23-31-000-1999-0417-01(18296)" Al respecto la Sala precisa que la ley no prevé la posibilidad de que el juez modifique la conciliación a efecto de hacerla menos lesiva para la administración; esa potestad escapa a su competencia y riñe con la esencia de la figura de la conciliación que se sustenta en un acuerdo interpartes de solución de conflictos"

4.1. La vigencia de la acción

El Tribunal encuentra que a la luz de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción incoada tanto por la parte Convocante como por la entidad **TRANSCARIBE** fue ejercida en tiempo y, precisamente por esa consideración, fueron admitidas las respectivas demandas.

En efecto, de una parte, habiendo terminado el contrato en abril de 2009 y, de otra, habiendo sido presentada la demanda principal el 29 de noviembre de 2009, en esa fecha evidentemente no habían transcurrido los dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo para liquidar unilateralmente el contrato, de tal manera que no existe caducidad de la acción. Lo propio frente a la demanda de reconvenición presentada por **TRANSCARIBE** el 13 de enero de 2010.

4.2. El carácter conciliable de las controversias

En relación con este aspecto de los requisitos para la legalidad del acuerdo conciliatorio, debe tomarse en consideración que tanto las pretensiones de las partes en el proceso arbitral como los pactos que se incluyen en el acuerdo de conciliación presentado a este Tribunal de Arbitramento se refieren a derechos económicos y, por lo mismo, son de carácter transigible. En efecto, el pago de unas sumas de dinero, la ejecución de obras y la entrega de documentos, que son el contenido último del acuerdo conciliatorio son todos asuntos de carácter económico y transigible, susceptibles de ser sometidos a una solución por vía de conciliación.

Sin embargo, en relación con el cumplimiento de este requisito, aparecen tres dudas: en primer lugar, en relación con las pretensiones de la parte Convocante respecto de la nulidad de algunas cláusulas contractuales; en segundo lugar, en relación con la posibilidad que tienen las partes de modificar el contenido del contrato mediante la inclusión de obligaciones adicionales, y, en tercer lugar, en relación con el carácter transigible de las pretensiones sobre los apremios.

4.2.1. En relación con el carácter transigible de las nulidades absolutas:

En cuanto a este primer problema, el argumento que se suele presentar para negar el carácter transigible y, por ende, la competencia de los árbitros y la posibilidad de conciliación, de las nulidades absolutas provenientes de objeto y causa ilícitos es que éstas son un asunto de orden público, lo cual significa que es indisponible para las partes y por lo tanto, intransigible, no pudiendo ser objeto de arbitraje o de conciliación en consecuencia. No obstante la aparente contundencia y claridad del argumento, el mismo no puede ser de recibo, como inmediatamente pasamos a ver.

Para negar la certeza de ese argumento, de entrada debe resaltarse que, como lo señalan GIL ECHEVERRY⁷⁵ y SUESCUN MELO⁷⁶, la discusión sobre si un Tribunal de

⁷⁵ JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 2ª ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2002, p. 528.

Arbitramento puede pronunciarse sobre la validez o invalidez del contrato materia del litigio, ya se encuentra definida por la ley en el sentido de que los Tribunales de Arbitramento son competentes para conocer de esta clase de controversias, de tal manera que la controversia es de carácter transigible y, por lo mismo, susceptible de ser conciliada. Este argumento positivo se sustenta específicamente en dos normas: los artículos 20 del Decreto 2651 de 1991 y 116 de la Ley 446 de 1998, y bajo la idea de que la Constitución Política dispuso que la competencia de los árbitros sería fijada por la propia ley.

En primer lugar, el artículo 20 del Decreto 2651 de 1991 (adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998 y declarado exequible mediante sentencia C-592 de 1992) dispone que en el laudo se dará aplicación al inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. La norma del estatuto procesal civil a la que se hace remisión dispone:

"Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción."

La aplicación de la norma trascrita a las materias arbitrales resulta otorgando a los Tribunales de Arbitramento las mismas facultades que tiene el juez ordinario en relación con las nulidades del contrato materia del litigio, permitiéndoles, en consecuencia, ser competentes para declarar nulidades absolutas y relativas, las primeras aun de oficio, a partir de lo cual se puede deducir que las nulidades mencionadas son materia transigible.

En segundo lugar, el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 que adicionó el artículo 2A al Decreto 2279 de 1989, dispone que *"...la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente"*. De la lectura de esta norma se infiere sin asomo de duda que el legislador quiso que el Tribunal de Arbitramento sea el Juez competente para conocer de toda controversia relativa a la existencia y validez del contrato que contenga cláusula compromisoria, independientemente de la validez de ésta, quedando incluidas dentro de este género de controversias, aquellas relativas a nulidad absoluta y relativa de las estipulaciones contractuales, ya que el legislador habla simplemente de invalidez sin entrar a distinguir entre nulidades absolutas o relativas, por lo cual debe entenderse que la facultad se aplica a toda clase de nulidades, incluso también a

⁷⁶ JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, pp. 170 y ss. Este autor hace una lista y comenta once laudos arbitrales en los cuales, los tribunales de arbitramento consideraron que eran competentes para declarar la nulidad absoluto por objeto o causa ilícita de estipulaciones contractuales, tanto en contratos privados como en contratos administrativos y estatales.

las ineficacias e inexistencias que también fueron solicitadas por la parte Convocante⁷⁷.

Adicionalmente, debe hacerse notar que en las dos normas comentadas el legislador no hizo distinción alguna entre contratos de derecho privado y contratos estatales, por lo cual debe entenderse que la competencia que estas normas atribuyen a los Tribunales de Arbitramento para declarar nulidades absolutas y relativas de estipulaciones contractuales son aplicables a las controversias derivadas de las dos clases de contratos que han de ser dirimidas por tribunales de arbitramento, luego tanto en contratos estatales como en contratos de derecho privado el asunto de las nulidades es un asunto transigible.

En concordancia con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha podido concluir, después de citar el artículo 116 de la Ley 446 de 1998:

"La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.

"La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que "podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato", sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

"Por otra parte, así lo sostuvo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 116, en estos términos: "el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter

⁷⁷ Sobre el contenido de esta norma, ha dicho la doctrina: "Resulta conveniente la aclaración que el artículo 116 de la ley 446 de 1998 introdujo al decreto 2279 de 1989, cuando en el párrafo del nuevo artículo 2º del último estatuto, definió que la cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del que forma parte. Fue afortunada esa nueva disposición, tanto más cuanto que agregó que podrán someterse a arbitramento los procesos en los que se controvierta "la existencia y validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente". En efecto, el nuevo artículo 2º del decreto 2279 de 1989 acabó con la discusión acerca de si un tribunal de arbitramento podía ocuparse de definir la eficacia del contrato que contenga la cláusula compromisoria. **Ahora ya no hay duda alguna de que el tribunal de arbitramento podrá pronunciarse sobre estos aspectos, declarando incluso la nulidad o la inexistencia del contrato que contenga la cláusula compromisoria"** (RAMIRO BEJARANO GUZMÁN. *Procesos declarativos*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 399 y 400).

accesorio. (...) La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos" (Corte Constitucional, Sentencia C -248 de 1999).

[...]

"Luego, si es el legislador quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en el caso de la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre su existencia y validez, no hay duda de la competencia que ostentan sobre este aspecto concreto.

"Así, nos encontramos, en este caso, frente a una norma especial que, al establecer, de manera expresa, la competencia de los tribunales de arbitramento, debe ser aplicada y respetada.

"Adicionalmente, la Sala considera pertinente señalar que la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato ha sido reconocida también en las normas internacionales."⁷⁸

Por su parte, la doctrina del derecho procesal civil ha dicho:

"La teoría sobre la autonomía de la cláusula compromisoria parte de la premisa de que la validez del negocio jurídico no puede afectar la decisión de las partes de resolver sus conflictos originados en dicha relación, mediante mecanismos alternativos, O sea, que uno es el contrato que regula la relación jurídica concausal y otro distinto el contrato para resolver las diferencias que pueden surgir en desarrollo del primero, contratos que son independientes entre sí, aunque finalmente éste (sic) esté ligado a aquél por cuanto su aplicación se reduce a las diferencias que surjan respecto al primero de dichos convenios

[...]

"Por último, la mayor muestra de autonomía de la cláusula se percibe en el principio de que el tribunal arbitral puede decretar la nulidad del contrato, sin que se afecte su competencia, pues si se considera que el pacto arbitral es independiente del contrato mismo, no se contamina con los vicios que lo afecten."⁷⁹

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁷⁹ JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 110 y 111

Una vez derivado el carácter transigible (y conciliable) de las nulidades absolutas, así como de las ineficacias e inexistencias y establecida la competencia de los tribunales de arbitramento para declarar nulidades de estipulaciones contractuales, con fundamento en el argumento de derecho positivo y puramente procedimental, resulta procedente analizar el argumento sustancial. La transacción, según el ordinal 3ª del artículo 1625 del Código Civil es un modo de extinción de las obligaciones que conforme al 2469 del mismo Código, se define como *"...un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual"*.

En relación con la naturaleza jurídica de la transacción, la doctrina ha llamado la atención en el hecho de que la transacción no es en realidad un contrato sino una mera convención, un acuerdo, concluyendo que *"...la transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales trasformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva"*⁸⁰.

En cuanto a la materia objeto de transacción, la doctrina ha sido enfática en afirmar que, por tratarse de un acto de autonomía privada y con fundamento en los artículos 2470 y 2471 del Código Civil, *"...es indispensable que cada uno de los sujetos que transijan dispongan de lo propio, sin limitaciones legales al efecto, y, si obra a nombre ajeno, que cuente con el adecuado poder"*. Así mismo, *"...desde el punto de vista de la materia sobre la cual recae la convención dirimente, esta puede abarcar toda clase de relaciones patrimoniales"*⁸¹. Adicionalmente, como negocio jurídico que es y con fundamento en el artículo 1502 del mismo Código Civil, la transacción debe estar precedida de capacidad de ejercicio de las partes del negocio y de expresión del consentimiento libre de vicios.

Resaltando la generalidad de la transacción, se afirma por la doctrina que son materia de transacción toda clase de relaciones patrimoniales. Sin embargo, la misma ley consagra algunas relaciones que no son susceptibles de ser transigidas, a saber: **a)** la acción pública o penal derivada de la comisión de un delito (art. 2472 del CC); **b)** el estado civil de las personas (art. 2473 del CC), **c)** los alimentos futuros sin debida autorización y aprobación judicial (art. 2474 del CC), excepto lo relacionado con el *quantum* de los mismos, y **d)** los derechos ajenos y los derechos que no existen (art. 2475 del CC).

Como puede apreciarse en el listado legal de prohibiciones de transacción por la materia transigida, no aparece una prohibición expresa que impida la transacción

⁸⁰ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 723 y 724.

⁸¹ FERNANDO HINESTROSA. "La transacción", en *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 377.

de controversias relativas a nulidades de estipulaciones contractuales ni tampoco la de su ineficacia o inexistencia, por lo cual no puede válidamente afirmarse que las nulidades absolutas sean intransigibles y, por tanto, escapen de la posibilidad de conciliación y del conocimiento de los tribunales de arbitramento. En otras palabras, se puede constatar que en ninguna norma la ley dispone que las disputas relativas a la nulidad de los contratos están excluidas del ámbito de la transacción, constatación que implica que se trata de una materia objeto de transacción.

Además de la ausencia de expresa prohibición legal, el artículo 2477 del Código Civil dispone que *"...es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título"*, de lo cual se evidencia que la ley, en vez de prohibirlas, autoriza las transacciones sobre litigios relacionados con la nulidad de estipulaciones contractuales, con la única condición de que en el negocio de transacción las partes expresamente se refieran al litigio suscitado sobre la presencia de una nulidad de una estipulación contractual.

En lo que tiene que ver con el artículo 2470 del Código Civil que preceptúa que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción y que ha permitido a algunos afirmar que las nulidades absolutas por tratarse de razones de orden público no son transigibles y por lo tanto escapan del conocimiento de la justicia arbitral, ha considerado con razón la doctrina que *"a diferencia de lo que suele alegarse respecto de la indisponibilidad por razones de orden público, ha de interpretarse lo dispuesto en el artículo 2470 del Código Civil... en el sentido de que lo allí exigido es que quien transige ha de ser titular de los derechos que se transfiere a la otra parte y tener capacidad para enajenarlos"*, agregando a lo anterior que *"...como se anotó, se hace hincapié en que por razones de orden público, sobre las nulidades absolutas las (sic) particulares no tienen disposición. Ya se ha visto que el alcance de la noción de disposición, dentro del marco del contrato de transacción, se refiere a que quien le otorga derechos a su contraparte o renuncia a los suyos, ha de ser titular y ha de tener capacidad para enajenarlos, para que el negocio sea válido. Por ende, esta exigencia legal no constituye tanto un límite material al negocio jurídico de transacción, sino a las partes que en él intervienen, de las cuales se requiere que sean titulares de los derechos que hayan de transferir en todo o en parte a su cocontratante"*⁸².

En conclusión, desde un punto de vista sustancial, siendo la nulidad absoluta, la ineficacia y la inexistencia materias susceptibles de transacción, las pretensiones planteadas por la parte Convocante relacionadas con la nulidad, ineficacia e inexistencia de algunas estipulaciones del contrato, no resultan inconvenientes para llegar a una conciliación.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal concluye que tanto desde el punto de vista procesal como desde la perspectiva sustancial, las nulidades absolutas y relativas, las ineficacias y las inexistencias de un contrato son materia transigible, de tal manera que podrían ser objeto de una conciliación judicial. En otras palabras, no

⁸² JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado*, cit., pp. 164 y 165.

cabe duda respecto del cumplimiento de la exigencia legal y jurisprudencial para la procedencia de la conciliación en relación con las pretensiones de la parte Convocante sobre la nulidad, ineficacia o inexistencia de ciertas cláusulas de diversas actas de acuerdo celebrado en el marco del contrato.

4.2.2. En relación con la posibilidad de modificar cláusulas contractuales:

En cuanto al carácter transigible de las controversias sometidas a conciliación, la jurisprudencia ha construido una exigencia en el sentido de que si bien es posible modificar algunos aspectos del contrato con la conciliación, también lo es que dichos cambios no pueden alterar sustancialmente el objeto del contrato ni pueden implicar una sustitución del mismo.

En particular, ha dicho el Consejo de Estado:

"Para el Ministerio Público a través del mecanismo de la conciliación no se pueden modificar sustancialmente las condiciones técnicas, financieras y legales del contrato de concesión, al extremo de transformar el proyecto vial de uno de segunda en uno de tercera generación.

"El recurrente sostuvo que las nuevas condiciones pretenden favorecer directa y abiertamente a la sociedad caducada, levantándole la sanción para poder contratar con el Estado, condonándole el cobro de la cláusula penal pecuniaria y modificando sustancialmente el contrato de manera directa.

"Análizados los documentos se observa que las partes modificaron sustancialmente el contrato original. En efecto, éste pasó de ser un contrato de segunda generación a uno de tercera generación, puesto que se le introdujeron modificaciones en el tema financiero, técnico y jurídico. Bien puede afirmarse que, en lugar de atenerse al marco preciso del proceso que pretendió dar por terminado anticipadamente y a las pretensiones que en él se plantearon, el acuerdo conciliatorio introdujo un trastorno fundamental en toda la arquitectura técnica, financiera y jurídica del contrato original puesto que varió las especificaciones de la obra adjudicada, replanteó las condiciones económicas y generó una verdadera novación de las obligaciones pactadas.

[...]

"Las nuevas condiciones muestran que el acuerdo terminó por introducir profundas y serias modificaciones al contrato original, que por esta vía quedaría transformado en otro: pasó de ser un contrato de segunda generación, donde el concesionario asumía riesgos importantes, como el riesgo comercial y el constructivo, y fijaba el plazo y condiciones esenciales del negocio, de manera que el plazo quedaba sujeto al momento en que obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación, los términos de la modificación muestran que se disminuyeron los riesgos para el concesionario, el plazo de construcción de la obra fue sometido a condiciones suspensivas, se aumentó el aporte de la Nación en la medida que se previó la constitución de otro peaje, cuyos recaudos en cada una de las fases se sumarían para la etapa del cierre financiero y los bienes revertirán a la Nación solo cuando se

superaran los ingresos calculados, de modo que el plazo sería variable, sujeto al volumen de ingresos que generara el proyecto o ingreso esperado.

[...]

"Las razones de interés público y de conveniencia argüidas por los partícipes y el Tribunal de origen, no se sostienen por sí solas, pues, el juzgador antes que observar razones de conveniencia y equidad, debe considerar razones legales y jurídicas, de tal manera que tenga la certeza suficiente de que el acuerdo no desconoce normas de orden superior, no resulta lesivo para los intereses de la entidad pública y cuenta con los medios probatorios necesarios para su aprobación.

"La entidad al declarar la caducidad del contrato se atuvo al comportamiento del concesionario en la ejecución del contrato. En principio la decisión no evidencia la manifiesta violación de las normas superiores, como para permitir su revocación y menos aún se revela que contraviene el interés público, y tampoco cabe señalar que por razones de interés general es conveniente ejecutar el contrato en condiciones diferentes con el concesionario incumplido, pues dicha afirmación lejos de estar acreditada materialmente, carece de contenido concreto, transformándose en una mera apariencia, con la cual se busca justificar un exceso a favor del particular contratista. Ahora, la simple invocación del interés público, para la ejecución del proyecto vial en nada justifica la conciliación; por el contrario la realidad procesal y probatoria permite concluir que el acuerdo de las partes no solo desconoce las normas jurídicas de orden público, concretamente el estatuto de contratación estatal, sino que resulta lesivo para la entidad estatal."⁸³

De otra parte, el mismo H. Consejo de Estado ha señalado las pautas sobre la manera en que puede ser modificado un contrato que es el producto de la celebración de un procedimiento de licitación pública, como lo es el contrato que ocupa la atención del Tribunal. Al respecto, señaló la jurisprudencia administrativa:

"En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad.

"Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 9 de diciembre de 2004, expediente 27.921, Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.”⁸⁴

De acuerdo con lo anterior, es evidente que uno de los requisitos de legalidad de la conciliación, en cuanto a la materia conciliable, se refiere a que los acuerdos a que lleguen las partes en materia contractual no pueden suponer una sustitución del contrato, y que las modificaciones al mismo deben provenir de hechos sobrevinientes y extraños a las partes.

En el caso concreto, la conciliación implicaría la ejecución de varias obligaciones que podrían llegar a ser consideradas adicionales al contrato, como lo son la reparación de un colector, la reparación de diversas losas de pavimento, la entrega de planos y paz y salvos, el pago de sumas de dinero, el recibo a satisfacción de obras y la devolución de dineros retenidos a título de apremio.

Como puede verse en ninguna de las obligaciones que podrían ser entendidas como adicionales al contrato, planteadas en el acuerdo de conciliación, se está modificando sustancialmente el objeto del contrato de concesión, sino que simplemente se está precisando la manera en que se logrará el éxito definitivo del proyecto para las dos partes, tanto desde el punto de vista técnico como desde la perspectiva económica.

Adicionalmente, también se cumple la exigencia de la jurisprudencia en el sentido de que las modificaciones al clausulado contractual son producto de hechos sobrevinientes, esto es, ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato. En efecto, se trata de dificultades y situaciones que ocurrieron en la etapa de ejecución del contrato, como se desprende con toda claridad de los hechos de la demanda principal y de la demanda de reconvencción.

4.2.3. En relación con el carácter transigible de las pretensiones sobre apremios:

Como se desprende de la redacción del artículo 116 de la Constitución Política, el arbitraje no es una modalidad aplicable a toda clase de conflictos, sino únicamente a aquellos autorizados por la ley. Es por ello que la citada norma señala que “...los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición... de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, **en los términos que determine la ley**” (negrilla fuera del texto).

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 29 de enero de 2004, expediente 10.779, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, únicamente son arbitrables las controversias de carácter transigible. A ese respecto, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado tienen por sentado que los tribunales de arbitramento carecen de competencia para conocer de conflictos relacionados con la legalidad de los actos administrativos, pues dichos conflictos no son transigibles, en tanto que las potestades administrativas no son negociables⁸⁵.

Particularmente, la H. Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 decidió lo siguiente:

"Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales"⁸⁶.

No obstante, debe destacarse que la misma H. Corte Constitucional ha considerado que los Tribunales de Arbitramento sí son competentes respecto de las controversias económicas relacionadas con los efectos de los actos administrativos:

"3.1.3.5. Ahora bien, la Corte trazó una distinción, que para el caso concreto que se revisa es pertinente, entre el control de la validez de un acto administrativo y la disputa que "se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial", así éstas "tengan como causa un acto administrativo"; y afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal"⁸⁷.

Dentro del contexto de esos pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, en reciente jurisprudencia, el H. Consejo de Estado ha considerado que los tribunales de arbitramento sí son competentes para conocer sobre los conflictos en los cuales está de por medio un acto administrativo, que no constituya el ejercicio de una potestad excepcional de aquellas a las que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁸⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C.P. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR y de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Más recientemente, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 34.302, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Al respecto, expresó el H. Consejo de Estado⁸⁸:

"En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

"Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros "para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales", estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos "poderes excepcionales" que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo.

[...]

"Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en puntualizar que los actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

"Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí "concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros".

"Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 36.252, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

"Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales "actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales".

"Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

"Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de "poderes excepcionales"–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– si pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto." (negrillas y subrayas del Tribunal)

De acuerdo con lo anterior y con un correcto entendimiento de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, los árbitros serían competentes para conocer de los actos administrativos distintos a aquellos mencionados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para los cuales hubieran sido claramente habilitados, y para conocer de las controversias donde se discutan los efectos económicos de los actos administrativos.

Así las cosas, si bien es cierto que, en principio, los tribunales de arbitramento carecen de competencia para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual en ejercicio de las potestades excepcionales, también lo es que si se analizan con cuidado las pretensiones de la demanda incoadas por la parte Convocante, ninguna de ellas pretende la anulación de un acto administrativo.

Sobre este punto, aparece la inquietud de si las pretensiones vigésimo novena a trigésimo quinta, contenidas en el subtítulo "A.8 Descuentos improcedentes por parte de TRANSCARIBE de sumas de dinero a las que tiene derecho el consorcio", son de naturaleza transigible o, por el contrario, constituyen el ejercicio de poderes excepcionales por parte de **TRANSCARIBE** y, por lo mismo, escapan a la competencia de este Tribunal.

Al respecto, en primer lugar, debe hacerse notar que tanto las partes como el señor agente del Ministerio Público están de acuerdo en que las cláusulas sobre los apremios que podía imponer **TRANSCARIBE** a **EL CONSORCIO** no corresponden a la idea de multas a la que se refiere la Ley 1150 de 2007 y más bien comprenden que se trata de una controversia de naturaleza patrimonial. Es más, los sujetos procesales de esta controversia están de acuerdo en que se trata de una cláusula pactada en virtud de la autonomía de la voluntad y, por lo mismo, que el ejercicio de los poderes derivados de la misma implica un simple acto contractual y no es un acto administrativo propiamente dicho.

Particularmente expresó el señor agente del Ministerio Público sobre este tema:

*"De esta manera para las partes la aquí denominada cláusula de multas no se corresponde con la cláusula que regula el artículo 17 de la ley 1150 del 2007, dicho de otra manera, que esta cláusula **no se hizo efectiva en ejercicio de un poder exorbitante conferido por la ley a las entidades estatales; en consecuencia no existe un acto administrativo como tal de contenido particular para los efectos que aquí se analizan.**"*

De esta manera, tratándose del ejercicio de un simple poder contractual y no de un acto administrativo, no cabe duda que dicho aspecto no entraría dentro de la conocida prohibición de que los Tribunales de Arbitramento conocieran sobre controversias relacionadas con la legalidad de los mismos.

De otra parte, para el Tribunal es evidente que los apremios a los que se refieren las pretensiones de la parte Convocante no constituyen el ejercicio de ninguna de las potestades excepcionales a las que se refiere el artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues no implican ni la interpretación unilateral, ni la modificación unilateral, ni la terminación unilateral del contrato, y mucho menos se traducen en la imposición de la caducidad administrativa. Por esta razón, las pretensiones conciliadas por las partes y el acuerdo al que llegaron las mismas debe entenderse arbitrable por ser de naturaleza transigible.

En conclusión, con fundamento en lo expuesto, para el Tribunal es claro que no existe el menor inconveniente desde el punto de vista jurídico en la admisión de la conciliación de las pretensiones sobre los apremios impuestos por **TRANSCARIBE** y sobre la devolución de los dineros retenidos por este concepto.

4.3. Los elementos esenciales y de validez de la conciliación

La conciliación, como acto jurídico que es, para su validez debe cumplir con los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, esto es, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita. Al respecto, el Tribunal encuentra que todos esos elementos se encuentran cumplidos en la conciliación sometida a la aprobación de este Tribunal, como se pasa a explicar.

En efecto, de acuerdo con lo que se expresará en el numeral 4.7 más adelante, existe capacidad de las partes y de sus representantes para llegar al acuerdo. Además, el Tribunal no evidencia prueba alguna sobre la existencia de vicios en el consentimiento de las partes en la celebración del acuerdo. Finalmente, tampoco encuentra el Tribunal que existe objeto o causa ilícita; por el contrario, se observa que el acuerdo efectivamente se encuentra soportado probatoriamente, no es lesivo para el patrimonio público y versa sobre asuntos susceptibles de ser conciliados.

4.4. El Acuerdo de Conciliación NO es lesivo para el patrimonio de la Administración

Sin desconocer la importancia de las distintas exigencias dispuestas normativa y jurisprudencialmente para la procedencia de la conciliación en materia Administrativa, es imprescindible enfatizar en aquélla según la cual, el arreglo directo logrado entre las partes deberá encontrarse probatoriamente soportado y no podrá ser lesivo para los intereses económicos del Estado.

En efecto, cualquier reconocimiento económico efectuado por la Administración en el marco de una conciliación, sea prejudicial o judicial, deberá estar fundamentado en las pruebas que hubieren sido aportadas por las partes o en aquéllas practicadas durante las distintas oportunidades procesales. Con base en ello, habrá que examinarse si el acuerdo económico logrado por las partes resulta benéfico y no lesivo para los intereses del patrimonio público.

Sea lo primero entonces destacar que según la actualización de las sumas deprecadas en la demanda arbitral por la parte Convocante, éstas ascendían a \$51.544'019.759 para enero de 2010, según lo determinó el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 7 de nueve (9) de febrero de 2010.

De acuerdo con el libelo de la demanda, dicha suma incluía todos y cada uno de los reconocimientos económicos solicitados por la Convocante al Tribunal, entre los cuales se encontraban: (i) el pago de las actividades de Plan de Manejo Ambiental y Plan de Manejo de Tráfico ejecutadas a partir del 22 de marzo de 2008; (ii) los sobrecostos y/o perjuicios ocasionados a raíz de la mayor permanencia en obra; (iii) los sobrecostos y/o perjuicios causados por la ejecución de mayores cantidades de obra; (iv) el ajuste de precios; (v) el reembolso de las sumas descontadas al consorcio contratista a título de apremios; (vi) la indemnización por pérdida de oportunidad; (vii) los perjuicios ocasionados por la

no devolución oportuna de los dineros retenidos a título de garantía; (viii) los costos financieros sufragados durante la ejecución del contrato; (ix) las sumas correspondientes a la actualización y al pago de intereses; entre otros.

No obstante lo anterior, las partes libremente han acordado que en el marco del Acuerdo de Conciliación, **TRANSCARIBE** reconocerá y pagará a las sociedades Convocantes una suma sustancialmente inferior a la que fue pedida en la demanda, finiquitando de esta forma las distintas controversias que han sido formuladas en la demanda arbitral, en la demanda de reconvencción reformada, en la contestación a las mismas y en las respectivas excepciones de mérito planteadas por cada una de las partes.

En efecto, con el ánimo de solucionar directamente las diferencias planteadas por las partes ante el Tribunal, **TRANSCARIBE** se ha comprometido a pagar a favor de las sociedades **CONCIVILES S.A.**, **CICON S.A.** y **MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A.**, integrantes del consorcio **CCMV - TRANSCARIBE 2**, las siguientes sumas:

CONCEPTO		VALOR
Mayores Cantidades de Obra		1,538,941,930
Mayor Permanencia en Obra	Administración	3,328,999,470
	Mano de Obra y Maquinaria	3,004,544,212
Actividades de PMA y PMT		1,012,798,125
TOTAL		8,885,283,737
Reembolso de sumas descontadas a título de apremios		1,979,573,454
GRAN TOTAL		10,864,857,191

Previo a continuar con el análisis propuesto en el presente acápite, el Tribunal considera necesario clarificar un aspecto imprescindible respecto al Acuerdo de Conciliación, en el sentido de corregir la suma señalada en la **cláusula 5** del documento, en la cual se estipula que **TRANSCARIBE** se compromete a pagar a favor de las convocantes la suma de \$8.885'283.937. En efecto, al realizar la sumatoria de cada uno de los conceptos que totalizados llevan a este monto, se advierte que existe una pequeña inconsistencia, pues el valor que **TRANSCARIBE** deberá pagar será de **OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$8.885'283.737)**, según lo refleja el cuadro anteriormente relacionado.

Sobre esta pequeña aclaración se hará referencia en la parte resolutive de la presente providencia, sin que por ello pueda entenderse que se está modificando el arreglo al que mutuamente llegaron las partes, pues simplemente se trata de un error aritmético no sustancial que puede ser corregido por el Tribunal en la presente actuación.

Clarificado este aspecto, es de resaltar que el valor total convenido por las partes en el Acuerdo de Conciliación (\$10.864'857.191) resulta ostensiblemente inferior al deprecado en la demanda arbitral (\$51.544'019.759), al punto en que se observa que la relación entre el total de las reclamaciones económicas incoadas en la demanda y lo efectivamente reconocido en el Acuerdo de Conciliación, es tan solo del 21.07%. En otras palabras, las sumas que se pagarán con ocasión de la conciliación corresponden al **21.07%** del monto total actualizado que se reclama en la demanda arbitral.

Este resultado evidencia claramente que la conciliación realizada por las partes es beneficiosa para cada una de ellas y sobre todo para los intereses de **TRANSCARIBE**, quien luego de advertir en el caso concreto una alta probabilidad de condena en su contra, se ha comprometido a pagar solamente un poco más de la quinta parte de lo reclamado en la demanda arbitral, algo que sin duda le reporta grandes beneficios a sus finanzas y que en sentir del Señor Procurador constituye un aspecto "*...digno de destacar*", toda vez que "*...se logró una rebaja significativa de las pretensiones en más de un 75%, hecho éste que marca un precedente generoso en el uso de este tipo de mecanismos*"⁸⁹.

Adicionalmente, es de resaltar que las sumas que son objeto de reconocimiento en el Acuerdo de Conciliación corresponden a valores netos e históricos, pues sobre los mismos -según lo convenido en el Acuerdo- no se reconoce suma adicional alguna por concepto de actualización o intereses. Como se ve, el hecho de reconocer el pago de sumas en su valor histórico -no obstante a que las mismas se adeudan de tiempo atrás- significa una rebaja importante que sin duda también beneficia los intereses económicos de la entidad estatal convocada.

Ahora, tratándose del plazo convenido para efectuar el pago de las sumas reconocidas en el Acuerdo de Conciliación, no puede dejarse de lado el importante término que se concedió a **TRANSCARIBE** para la cancelación de las mismas y, además, el hecho de estipularse que durante este plazo no se causarán intereses ni remuneratorios ni moratorios, así como ningún tipo de ajuste o actualización.

Al respecto, las partes acordaron en la **cláusula 6** del Acuerdo que **TRANSCARIBE** tendría diez (10) meses de plazo para efectuar el pago de los \$8.885'283.737 estipulados en la **cláusula 5**, contados a partir de la ejecutoria del presente Auto y previo en todo caso a la constatación del cumplimiento de los compromisos asumidos en las cláusulas 2, 3 y 4 del Acuerdo Conciliatorio. Así mismo, se estipuló en la **cláusula 8** que el reembolso de los \$1.979'572.454, correspondientes a las sumas retenidas por concepto de apremios, se efectuaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del presente Auto de Aprobación.

Durante el tiempo transcurrido en los plazos anteriormente indicados no se reconocerá entonces ninguna suma adicional por concepto de intereses, actualización o ajuste, pacto que -sobra decirlo- es del todo benéfico para

⁸⁹ Página 102 – Concepto Favorable rendido por el Señor Agente del Ministerio Público.

TRANSCARIBE, pues además de permitirle la gestión de los recursos necesarios para el pago, le garantiza que mientras no venza el plazo convenido, los valores a cuyo pago se comprometió no variarán en detrimento suyo. Sin duda, este específico punto es destacable, pues de lo contrario las sumas acordadas deberían pagarse conforme lo indica el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo⁹⁰, en concordancia con la interpretación que sobre el mismo efectuó la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia C-189 de 1999.

Así las cosas, está evidenciado que contrario a considerar como lesivo el Acuerdo de Conciliación logrado entre las partes, hay que destacar que los términos en que fue celebrado el mismo benefician en gran medida y de forma considerable los intereses económicos de **TRANSCARIBE**, aspecto que incluso fue advertido en el juicioso concepto rendido por el Señor Agente del Ministerio Público, quien de manera concreta señaló que, “[p]ara esta Procuraduría es digno de destacar el esfuerzo hecho por las partes en defensa del patrimonio Público, puesto que no obstante la probabilidad de ser condenada la empresa demandada en una suma que superaría los \$30.000.000.000,00 (Treinta mil millones de pesos), se logró una rebaja significativa de las pretensiones en más de un 75%, (...) y por lo que al Ministerio Público concierne, lo menos que podemos recomendar es la aprobación del presente acuerdo conciliatorio”⁹¹.

De otro lado, al examinar los conceptos por los cuales se efectúan los reconocimientos económicos en el Acuerdo de Conciliación, observa el Tribunal que los mismos son consecuentes con lo pedido en el libelo de la demanda arbitral, de manera que se cumple de esta forma con el principio procesal de

⁹⁰ Art. 177, C.C.A.: **“EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PUBLICAS.** Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

“El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

“El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Municipales y Distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público.

“Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorias.

“Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

“En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.” -Se subraya-

⁹¹ Página 102 – Concepto Favorable rendido por el Señor Agente del Ministerio Público.

congruencia -art. 305, C. de P.C.-, pues solamente fueron objeto de discusión y de reconocimiento económico algunas de las reclamaciones deprecadas expresamente en las pretensiones.

En este sentido, debe recordarse que a pesar de las varias circunstancias argüidas como fundamento de las reclamaciones en la demanda arbitral, el Acuerdo de Conciliación se restringió a examinar y reconocer sumas dinerarias solamente por los siguientes cuatro aspectos:

- i. Mayores cantidades de obra.
- ii. Mayor permanencia en obra.
 - i'. Administración.
 - ii'. Mano de obra y maquinaria.
- iii. Pago de actividades de PMA y PMT.
- iv. Devolución de sumas retenidas por concepto de apremios.

En cuanto a las demás reclamaciones que fueron impetradas en la demanda arbitral, fue claro el Acuerdo de Conciliación en concluir que no se efectuaría reconocimiento alguno a favor de las convocantes por concepto de *"...costos de oportunidad, good will, utilidad e imprevistos del AIU por los mayores costos incurridos en la mayor permanencia, en costos financieros durante la ejecución del contrato y k de contratación para los integrantes del consorcio e imposibilidad de utilización de equipos en otros proyectos"*⁹².

Ahora, teniendo claridad en cuanto a los conceptos que fueron objeto de reconocimiento económico en el Acuerdo de Conciliación, es preciso indicar que cada uno de ellos se encuentra debidamente soportado en las pruebas que legalmente fueron arrimadas al proceso y/o practicadas durante el mismo.

Concretamente, reposa en el expediente copia de los distintos documentos contractuales, entre ellos los otrosies mediante los cuales se decidió prorrogar el plazo en las distintas oportunidades convenidas por los contratantes y cuyas causas fueron identificadas con precisión por el profesional **ALFREDO MALAGÓN BOLAÑOS** en su experticia técnico-financiera⁹³. Además, fue objeto de análisis en el mismo estudio especializado lo concerniente al cálculo de los perjuicios irrogados por concepto de la mayor permanencia en obra⁹⁴, fórmulas que fueron

⁹² Página 32 – Acuerdo de Conciliación.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folios 22 y 59.

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folio 186 y ss.

aplicadas por las partes a efectos de cuantificar los reconocimientos estipulados por esta específica reclamación.

Pero adicionalmente, hay que destacar que fue abundante la prueba documental que se aportó al proceso y/o que se recolectó durante el mismo como fruto de los oficios ordenados por el Tribunal, de las inspecciones judiciales practicadas y de los soportes allegados como anexos a los dictámenes rendidos por los peritos.

Entre esta documentación se encuentran las distintas actas de ejecución de obra y de realización de cada una de las actividades atinentes a la misma, las varias comunicaciones de la Interventoría y la correspondencia cruzada entre los contratantes, así como las distintas determinaciones adoptadas por la entidad pública contratante durante la ejecución del contrato No. LPI-TC-001-06.

i. En cuanto a las mayores cantidades de obra

Como se expuso anteriormente, las partes acordaron que por concepto de mayores cantidades de obra se efectuaría un reconocimiento de \$1.538'941.930 a favor de las sociedades que integran la parte convocante. De manera específica, con apoyo en la experticia presentada por el Ing. Alfredo Malagón Bolaños, las partes identificaron una serie de actividades que a pesar de haberse constatado su ejecución no habían sido pagadas por la entidad pública contratante⁹⁵.

- Al respecto, concluyeron las partes que durante la ejecución del contrato se efectuaron demoliciones de losas de concreto que superaban el espesor inicialmente proyectado, pues en los documentos contractuales se establecía que las mismas tenían un espesor de 20 cm; sin embargo, estando en marcha el contrato se encontró que los espesores del pavimento rígido ubicado en la calzada izquierda de la vía alcanzaban los 25 y 30 cm.

Sobre este particular, el Tribunal encuentra demostrado que efectivamente en el Anexo A denominado "*Especificaciones para Estudios, Pavimentos, Geotécnicos y Estructurales*", se estableció que el espesor previsto para las losas de pavimento existente era de 0.20 m, esto es, de 20 cm. No obstante lo anterior, como lo concluyó el perito Malagón, fueron varios los tramos en los que el espesor del pavimento rígido ascendía a los 25 y 30 cm.

De manera concreta señaló el experto⁹⁶ que de los 55.086 m² demolidos por CCMV, 45.354,84 m² tenían un espesor de 25 cm y el espesor de los restantes 8.020,14 m² era de 30 cm.

Así las cosas, constatadas las diferencias encontradas en el espesor de las losas de pavimento que fue demolido durante la ejecución del contrato, es importante destacar que los costos para efectuar la demolición de losas de pavimento rígido

⁹⁵ Página 32 – Acuerdo de Conciliación.

⁹⁶ Página 224 – Dictamen presentado el 10 de marzo de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

aumenta de manera proporcional al espesor de las mismas, generándose de esta forma un sobrecosto. Así lo concluyó el perito Malagón cuando señaló que *"[e]l costo de demolición por metro cuadrado de losa de pavimento rígido aumenta con el espesor por dos motivos. En primer lugar porque el volumen a demoler por cada metro cuadrado crece de manera directamente proporcional con el espesor de la losa; en segundo lugar, porque de acuerdo con mi experiencia el rendimiento de la demolición decrece con el cuadrado del aumento del espesor de la losa, debido a que la energía requerida para romper el concreto aumenta con el cuadrado del crecimiento del espesor a demoler"*⁹⁷.

Con claridad de lo anterior, es preciso tener en cuenta que según los resultados arrojados por la experticia bajo examen, los costos para la demolición de las losas de 25 y 30 cm, son considerablemente superiores a los fijados para la demolición de losas de 20 cm, en las siguientes proporciones:

Espesor	Precio
20 cm	\$ 5.250
25 cm	\$10.254
30 cm	\$17.719

Bajo este entendimiento, para el Tribunal existe el fundamento debido que permite concluir que (i) el consorcio contratista ejecutó actividades de demolición en mayores cantidades a las inicialmente pactadas y (ii) que como consecuencia de ello, se incurrió en sobrecostos que no le habían sido reconocidos ni pagados.

- De otro lado, en cuanto a la mayor ejecución contractual en que se incurrió por concepto de *"Transporte de la Base Estabilizada con Cemento desde la zona de acopio hasta la zona de la obra"*, se concluye en el Acuerdo de Conciliación que debido a la variación del procedimiento para mezclar la subrasante que se aplicaría en la vía, se incurrió en sobrecostos que no fueron reconocidos ni pagados a CCMV.

El perito Malagón señaló en su experticia que efectivamente el procedimiento para efectuar la estabilización de la base resultó modificado durante la ejecución del contrato, *"...debido a la necesidad de incluir en la estructura del pavimento, debajo de la base estabilizada, una capa de triturado para el mejoramiento de la subrasante, lo que hizo necesario retirar y cargar el material de la base existente a estabilizar, transportarlo hasta un lugar de acopio (donde fue mezclado), volverlo a cargar y transportarlo de regreso a su sitio de origen"*⁹⁸.

Por su parte, en cuanto a los sobrecostos generados con ocasión de la variación del procedimiento para mezclar la subrasante que sería aplicada en la vía, determinó el Experto que este nuevo proceso implicaba sufragar un valor unitario de \$20.361 por la cantidad efectivamente ejecutada (16.264), suma que no estaba

⁹⁷ Página 223 – Dictamen presentado el 10 de marzo de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

⁹⁸ Página 225 – Dictamen presentado el 10 de marzo de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

incluida en los valores pactados en el contrato y que tampoco fue reconocida durante su ejecución. De esta manera, es claro para el Tribunal la procedencia de su pago, conforme a lo acordado en la conciliación.

- Otro de los reconocimientos pactados en el Acuerdo de Conciliación a título de mayor cantidad de obra ejecutada por CCMV, está referido al "Acartelamiento de Concreto", entendido éste como el "...*aumento paulatino del espesor de la losa*". Sobre este aspecto encuentra el Tribunal en el expediente que durante la ejecución de la obra se hizo necesaria la aplicación de una mayor cantidad de concreto sobre la calzada de la vía, circunstancia que llevó a la generación de costos que no estaban incluidos en el valor del contrato, pero que no obstante ello debieron ejecutarse por expresa decisión de la Interventoría.

Sobre esta circunstancia, obra en el expediente la comunicación ING-2-02-041-08 de 11 de enero de 2008⁹⁹, dirigida al Gerente de Transcaribe, mediante la cual el Director de Interventoría dejó expresa constancia en cuanto a que: "...*una vez iniciadas las obras, ha sido necesario ejecutar actividades no previstas en el anexo 6 de la propuesta (...) Por lo anterior, la Interventoría calculó y revisó las cantidades de obra de cada uno de los ítems no previstos (mejoramiento de la subrasante y acartelamiento de las losas de concreto), encontrando que se incrementó el valor del contrato en aproximadamente \$ 1.660.000.000, sin tener en cuenta la calzada izquierda (...) La Interventoría informa a la Entidad, que con el valor contractual no se alcanzarán las metas físicas programadas para este contrato*".

Sin embargo, a pesar de la clara manifestación expresada por la Interventoría referida a la necesidad de aplicar mayores cantidades de concreto en la calzada de la vía, advierte el Tribunal que "[d]e acuerdo con las Actas de Ejecución Mensual de Obra, Transcaribe no canceló al Consorcio el volumen del concreto correspondiente al acartelamiento de las losas"¹⁰⁰.

Así, luego de calcular las cantidades de concreto que se aplicaron por parte de CCMV para ejecutar las actividades de acartelamiento, el perito Malagón concluye que los mayores costos sufragados por el contratista para adelantar estas obras ascienden a la suma de \$230'104.105. Por su parte, es de resaltar que el reconocimiento de estas actividades ejecutadas por el consorcio contratista también fue aceptado por el perito Víctor Manuel Osorio Manrique en la experticia que fue aportada al proceso por Transcaribe¹⁰¹, quien a pesar de concluir que el pago que debería efectuarse por este concepto sería solamente parcial frente a lo señalado por el Experto Malagón (tal como se hizo en el Acuerdo de Conciliación), determinó que el mismo sí era procedente.

⁹⁹ Anexo 68 al Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 14.

¹⁰⁰ Página 228 – Dictamen presentado el 10 de marzo de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹⁰¹ Página 48 – Dictamen presentado el 31 de agosto de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

De esta forma, para el Tribunal es claro que el reconocimiento efectuado por este concepto en el Acuerdo de Conciliación está debidamente soportado.

- Por último, en cuanto a la mayor ejecución contractual relacionada con las actividades de excavación, retiro de material sobrante y rellenos en las obras de redes secas que no fueron reconocidas ni pagadas por la convocada, es preciso hacer una remisión en este sentido a la conclusión expresada por el perito Alfredo Malagón¹⁰², quien determinó con precisión que la mayor ejecución contractual en que se incurrió por estas específicas actividades generó sobrecostos por la suma de \$402'172.804, tal como se acordó en la Conciliación.

Según lo expuesto, tratándose de los reconocimientos efectuados en el Acuerdo de Conciliación por concepto de mayores cantidades de obra, el Tribunal concluye que estos se encuentran debidamente soportados en las pruebas que legalmente fueron arimadas al proceso o practicadas durante el mismo.

ii) En cuanto a la mayor permanencia en obra

Considerando que la institución contractual denominada mayor permanencia en obra está directamente relacionada con el plazo o duración del contrato, es preciso tener en cuenta que para el caso concreto se estipuló en el numeral 1.2 de la Sección III "Datos del Contrato", que el término inicialmente convenido para ejecutar la obra sería de ocho (8) meses, los cuales se dividían a su vez en un (1) mes para la etapa de preconstrucción y siete (7) meses para la etapa de construcción de las obras. De manera expresa la cláusula en comento señaló:

"1.2. El plazo del contrato será de ocho meses discriminados así: un (1) mes para la etapa preliminar y siete (7) meses para la etapa de construcción de obra."¹⁰³

Ahora, teniendo en cuenta que el Acta de Inicio de las obras se suscribió el 15 de marzo de 2007¹⁰⁴, se observa que en principio, la etapa de preconstrucción fenecería el 15 de abril de 2007 y el contrato en su conjunto el 15 de noviembre del mismo año. No obstante lo anterior, está demostrado en el plenario que el plazo del contrato No. LPI-TC-001-2006 fue prorrogado en distintas oportunidades y en razón al acaecimiento de varias circunstancias.

Efectivamente, mediante Acta de Acuerdo No. 1 de 22 de mayo de 2007, se decidió ampliar la etapa de preconstrucción hasta el 15 de junio de 2007, en consideración al aumento en las cantidades de obra correspondientes a la adecuación de desvíos¹⁰⁵. Sobre este particular es importante destacar que dicha

¹⁰² Página 230 – Dictamen presentado el 10 de marzo de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folio 000142.

¹⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folio 000004.

¹⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folio 000005.

etapa constructiva resultó extendiéndose hasta el ocho (8) de agosto de 2007, fecha en la cual se suscribió el Acta No. 2 de Inicio de la Etapa Constructiva¹⁰⁶, lo que significó una ampliación considerable de etapa preconstructiva, pues si bien se había previsto su terminación para el 15 de abril de 2007, resultó extendiéndose hasta el ocho (8) de agosto del mismo año.

Posteriormente, mediante Otrosí No. 2 de siete (7) de marzo de 2008¹⁰⁷, las partes decidieron prorrogar el plazo en seis (6) meses más, de manera que el contrato nuevamente se ampliaba hasta el ocho (8) de septiembre de 2008. Al respecto, se identificaron varias causas que llevaron a la suscripción de este modificatorio, entre las cuales se encuentra: *i)* la necesidad de efectuar ajustes a los diseños del pavimento; *ii)* la no entrega oportuna de las áreas de trabajo; *iii)* la no entrega oportuna de diseños de estructuras (box culverts, puentes y muros de contención) y de espacio público; *iv)* las lluvias excesivas y *v)* los desórdenes públicos con vandalismo contra las obras y el cerramiento de las mismas¹⁰⁸.

El cinco (5) de septiembre de 2008 (previo al vencimiento del plazo extendido), las partes prorrogaron otra vez la duración del contrato a través del otrosí No. 3¹⁰⁹, por un término de 30 días calendario, durante el cual la Interventoría y Transcaribe resolverían sobre procedencia de la solicitud presentada por CCMV de ampliar el contrato hasta marzo de 2009 y de adicionar recursos al mismo por una suma de \$11.442'152.340, correspondiente a las mayores cantidades de obra y a las obras adicionales ejecutadas hasta ese momento.

Fue así como, mediante otrosí No. 4 de siete (7) de octubre de 2008¹¹⁰, el plazo del contrato fue prorrogado en cinco (5) meses más, en consideración a que aún subsistían los problemas referidos a *i)* la no entrega oportuna de las áreas de trabajo; *ii)* la no entrega oportuna de diseños de estructuras (box culverts, puentes y muros de contención) y de espacio público; *iii)* las lluvias excesivas y *iv)* los desórdenes públicos con vandalismo contra las obras y el cerramiento de las mismas¹¹¹.

Por último, recordando que para ese momento el contrato ya había sido prorrogado hasta el ocho (8) de marzo de 2009, esto es, casi un año y seis meses más frente a lo proyectado inicialmente, las partes decidieron suscribir una última prórroga de 45 días hábiles -otrosí No. 7 de 6 de marzo de 2009¹¹²-, al encontrar

¹⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folio 000007.

¹⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000153 a 000155.

¹⁰⁸ Página No. 22, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000156 y 000157.

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000158 a 000160.

¹¹¹ Página No. 23, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹¹² Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000169 a 000172.

retrasos generados por concepto de i) la construcción del Sifón Ricaurte, obra que no estaba contemplada desde un principio; ii) la finalización de las obras relacionadas con el Muro y la Plazoleta Chiquinquirá, debido a la modificación de los diseños y los problemas de orden público verificados en la zona; iii) la terminación de las obras atinentes al Puente Ejecutivos por cambios en los diseños y problemas con la comunidad; iv) la realización de obras en el sector Gaviotas por demoras en la aprobación del PMT; v) la ejecución de actividades en el sector 5 de Noviembre, en el cual se constataron retrasos ocasionados por la no entrega oportuna de las áreas a intervenir, los cambios en los diseños de espacio público y oposición de la comunidad frente a las obras; vi) alteraciones en la construcción del box culvert Gaviotas por afectaciones en la estructura del pavimento entre el PR0+780 y el PR1+250; vii) construcción interrumpida del Muro de Contención ubicado en el sector 5 de Noviembre por problemas de orden público; viii) la realización de obras en la Intersección Gaviotas; ix) la ejecución parcial de obras en el espacio público de la calzada izquierda por cambios en los diseños de espacio público y de las redes de servicios públicos¹¹³.

Según lo expuesto hasta aquí, no hay duda para el Tribunal que el plazo del contrato LPI-TC-001-06 resultó prorrogado de manera considerable, ampliación que a su vez llevó a que el consorcio contratista permaneciera en obra por un tiempo superior al proyectado en principio. Adicionalmente, se advierte que las causas que generaron la extensión del término de duración resultan ajenas a la parte convocante, de ahí que sea importante hacer referencia a los efectos económicos generados por la mayor permanencia en obra y que fueron objeto de acuerdo en la Conciliación celebrada por las partes.

No obstante lo anterior, precisa el Tribunal que las partes en el mencionado Acuerdo de Conciliación, fueron claras en establecer que los reconocimientos fijados por concepto de mayor permanencia no se efectuarían por la totalidad del tiempo en que resultó prorrogado el contrato, sino que se reduciría a la mayor duración generada por "*hechos no imputables a las mismas*", como era el caso de los problemas de orden público y las interferencias de la comunidad que dificultaron el normal desarrollo de las obras y demoraron la entrega de los predios necesarios para la ejecución de la obra. Como se puede advertir, el acuerdo en este punto resulta favorable a los intereses de la entidad pública.

i) En cuanto a los reconocimientos por Administración

Teniendo en cuenta el alcance del acuerdo logrado por las partes en cuanto a los reconocimientos establecidos por concepto de mayor permanencia en obra, recuerda el Tribunal que tratándose del valor acordado en la Conciliación por gastos de Administración (\$3.328'999.470), éste corresponde solamente a los gastos sufragados por dicho concepto durante 177 días del tiempo prorrogado, de manera que no se tuvo en cuenta para ello la totalidad del plazo extendido, el cual superó el año y seis meses.

¹¹³ Página No. 23, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

Cabe destacar en este punto que según lo han expresado por la jurisprudencia y la doctrina, los costos de Administración se causan de forma independiente y no necesariamente proporcional respecto al nivel de ejecución de las obras, de manera que luego de constatarse la prórroga del plazo y de verificarse que las causas de dicha ampliación no son imputables al contratista, es menester reconocer a su favor los gastos en que incurrió durante el plazo extendido con el objeto de ejecutar las actividades y adquirir los bienes necesarios para mantener su andamiaje administrativo.

En este sentido, se tiene entonces que los gastos correspondientes al arriendo de oficina, a la construcción de campamentos, al pago de servicios públicos, a la celaduría, secretaría, papelería y mensajería, entre otros, se causan y deben ser cubiertos por el contratista independientemente al nivel de ejecución de la obra, de ahí que la mera ampliación del plazo inicialmente convenido significará inescindiblemente la erogación de sumas de dinero para garantizar el funcionamiento administrativo del contratista. Así las cosas, es claro que cuando las causas de dichas prórrogas no son imputables al contratista, la entidad contratante deberá indemnizar los perjuicios causados con ocasión del pago de los costos indirectos de Administración.

Con claridad de lo anterior, encuentra el Tribunal que el reconocimiento pactado en el Acuerdo de Conciliación por concepto de gastos de Administración con ocasión de la mayor permanencia en obra está debidamente soportado, pues sumado a que corresponde al pago de costos indirectos que debieron cubrirse durante el plazo extendido, no hay duda que la ampliación del término de duración del contrato se debió a circunstancias ajenas al contratista. Valga reiterar en este punto que el reconocimiento de los gastos de Administración se circunscribe solamente a los días en que debió ampliarse el plazo contractual por hechos ajenos a ambas partes, esto es, por alteraciones de orden público, vandalismo y las distintas interferencias de la comunidad que dificultaron y demoraron la entrega de los predios necesarios para la ejecución de la obra.

Por último, advierte el Tribunal que el procedimiento aplicado por las partes para determinar el valor diario de la Administración (\$18'807.907) es válido y está documentalmente fundamentado, pues como se dijo *supra*, la proyección de los sobrecostos por Administración generados por la mayor permanencia en obra puede efectuarse con base en el valor establecido en la propuesta económica de contrato (tal como lo hicieron las partes en la Conciliación), de manera que bastará simplemente con multiplicar el valor diario asignado en la oferta al componente A por los días prorrogados.

ii' En cuanto a los reconocimientos por maquinaria y mano de obra

Al igual que lo aplicado para los gastos de Administración generados por la mayor permanencia en obra, las partes decidieron que por concepto de lo sufragado en maquinaria y mano de obra durante el plazo extendido, solamente se reconocerían

los días prorrogados que tuvieron por causa hechos ajenos a las mismas, con la particularidad que para hacer más benéfico el Acuerdo para la entidad pública convocada estipularon que únicamente serían objeto de reconocimiento 150 días del término efectivamente ampliado.

Ahora, respecto al *quantum* reconocido por estos conceptos en la Conciliación, es preciso acudir (tal como lo hicieron las partes al celebrar su acuerdo) a las conclusiones expuestas por el perito Alfredo Malagón en su experticia técnico-financiera, en la cual se realizó un amplio examen de las condiciones reales en las que se ejecutó la obra, tanto en el plazo original como en sus prórrogas, partiendo en todo caso de lo concerniente a los Análisis de Precios Unitarios (APUs). En este sentido señaló el dictamen¹¹⁴ que:

"Con base en los Análisis de Precios Unitarios (APU) entregados por el Consorcio al Interventor, así como los APUs no previstos aprobados en desarrollo del contrato; y teniendo en cuenta las cantidades de obra consignadas en las actas de obra ejecutada -presentadas por el Consorcio y aprobadas por el Interventor-, se elaboraron las matrices de datos contenidas en los archivos magnéticos (anexos en Cds), denominados "Equipo Plazo Original.xls", "Equipo Otrosí No. 2.xls", "Equipo Otrosí No. 3.xls", "Equipo Otrosí No. 4.xls" y "Equipo Otrosí No. 7.xls" que permiten establecer -a partir de los APUs y las Actas de Obra Ejecutada- el valor de los equipos presupuestado por el Consorcio para las cantidades de obra ejecutadas durante el plazo original y durante las ampliaciones de plazo establecidas en cada Otrosí, mediante el procedimiento que se describe enseguida."

Seguidamente, en cuanto al procedimiento aplicado para encontrar los costos y los sobrecostos en que incurrió el Consorcio Contratista para ejecutar el contrato No. LPI-TC-001-06, se advierte que éste se fundamentó en los datos concernientes a la ejecución real de las obras así¹¹⁵:

"Para determinar el costo de equipos [y mano de obra] durante la mayor permanencia en obra, procedí de la siguiente manera:

"a. Tomé el valor de los equipos [y de la mano de obra] discriminados en cada APU (contractual) para cada unidad de los diversos ítems de obra.

"b. Multipliqué ese valor por las cantidades realmente ejecutadas hasta el acta de obra No. 21.

"c. Totalicé los anteriores valores y así establecí el valor que, de acuerdo con los APUs y con las cantidades ejecutadas hasta el Acta de Obra No. 21, ha debido invertir el contratista.

¹¹⁴ Página No. 186, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹¹⁵ Página No. 69, Respuesta a las aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 21.

"d. Ese valor lo comparé con lo que -de acuerdo con los datos contables suministrados por el Consorcio- Gastó el contratista en maquinaria.

"e. Establecí el costo de equipos [y mano de obra] durante la mayor permanencia en obra, como la diferencia, entre los valores (calculados como se indica en los literales c. y d. de esta aclaración y complementación."

Aplicando el procedimiento anterior, el perito concluyó que los sobrecostos sufragados por concepto de **maquinaria y equipos** debido a la mayor permanencia en obra, ascendieron a la suma de \$2.711'947.610 -sin contemplar el AIU-. A su vez, en cuanto a los sobrecostos causados a título de **mano de obra** con ocasión de la mayor permanencia, determinó la experticia que estos correspondieron a la suma de \$3.064'964.880 -sin incluir el AIU-¹¹⁶.

Así las cosas, se observa que el análisis técnico efectuado por el perito Malagón está fundamentado en las condiciones reales en que se dio la ejecución contractual, de manera que no podrá considerarse como una simple proyección o hipótesis. En efecto, claramente se advierte que su estudio partió por examinar cuál fue la utilización efectiva o real de la maquinaria y de la mano de obra durante todo el tiempo de ejecución contractual (con base en las Actas de Obra), para después compararla con lo inicialmente ofrecido en la propuesta, procedimiento que arrojó una diferencia negativa que precisamente corresponde a los sobrecostos en que se incurrió con ocasión de la mayor permanencia en obra.

Cabe recordar en este punto que el mero hecho de utilizar maquinaria y mano de obra durante el tiempo prorrogado no implica la generación de un sobrecosto, pues éste solamente se causa cuando los gastos sufragados por dichos conceptos desbordan lo inicialmente proyectado para ejecutar la obra, de ahí la importancia de tener total certeza en cuanto a que la utilización real de la maquinaria y la mano de obra durante un proyecto haya resultado superior a la programada en la oferta, *"...pues bien puede suceder que algunos de ellos [maquinaria o equipo] no se necesiten en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las suspensiones, como es normal en la construcción y, siendo así, también cabe la posibilidad de que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueren utilizados sino hasta el momento en el cual realmente se necesiten"*¹¹⁷.

Precisado lo anterior, encuentra el Tribunal que el reconocimiento convenido en el Acuerdo de Conciliación por concepto de maquinaria y mano de obra está soportado probatoriamente, toda vez que se fundamenta en una experticia técnica que legalmente fue aportada al proceso y que cumple con los requerimientos que jurisprudencialmente se han establecido para tener por demostrados los perjuicios

¹¹⁶ Páginas No. 191 y 192, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de febrero de 2009, Exp. 16.103, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

causados a raíz de la utilización de maquinaria y mano de obra en el marco de una mayor permanencia. Por último, valé destacar que en todo caso, el valor acordado por las partes en la Conciliación respecto a estos precisos conceptos (maquinaria y mano de obra) es inferior a lo arrojado en el dictamen, pues en este sentido se convino que solamente se reconocería lo correspondiente a 150 días de la prórroga, lo cual evidentemente genera una disminución considerable.

iii) En cuanto al pago de actividades de PMA y PMT

Otro de los aspectos que fue objeto de reconocimiento en el Acuerdo de Conciliación correspondió a las actividades relacionadas con la ejecución del Plan de Manejo Ambiental y del Plan de Manejo de Tráfico que fueron ejecutadas por el consorcio contratista, pero que no habían sido pagadas por la entidad pública.

En este sentido, es importante recordar que el consorcio contratista reclamaba en la demanda arbitral el pago de las actividades de PMA y PMT que se ejecutaron entre marzo de 2008 y diciembre de 2008. Por este concepto, las partes resolvieron que sería objeto de reconocimiento únicamente lo correspondiente a cinco (5) de los meses por los cuales se reclamaba, pagándose por cada uno de ellos la suma de \$202'559.625.

Sobre el particular, el perito Alfredo Malagón hace un exhaustivo examen en su experticia¹¹⁸, concluyendo que efectivamente durante los meses de marzo de 2008 y diciembre de 2008 se ejecutaron actividades concernientes al PMA y PMT; sin embargo, expuso que los pagos efectuados por Transcaribe durante este lapso fueron muy inferiores a lo que debió pagarse, al punto en que la sumatoria total de los mismos ascendió solamente a \$215'655.459, mientras que el valor global que debía reconocerse por cada mes era de \$395'410.143.

Cabe destacar en este punto que en el otrosí No. 5 de cinco (5) de enero de 2009 y en el documento aclaratorio al mismo suscrito en igual fecha¹¹⁹, la Interventoría y Transcaribe establecieron que el valor mensual global para las actividades de PMA y PMT ascendía a \$395'410.143, de manera que la conclusión expuesta en este sentido por el perito Malagón está acorde con dicha determinación administrativa. Valga aclarar en todo caso que el reconocimiento efectuado en el otrosí No: 5 lo fue solamente para pagar las actividades de PMA y de PMT ejecutadas durante el periodo comprendido entre el siete (7) de diciembre de 2008 y el ocho (8) de marzo de 2009.

Teniendo claro lo anterior, debe tenerse en cuenta que la suma acordada por las partes en la Conciliación como reconocimiento mensual de las actividades de PMA y PMT (\$202'559.625), corresponde a la que fue adoptada en el otrosí No. 5 y señalada luego por el perito, simplemente que se efectuaron al respecto los

¹¹⁸ Páginas No. 193 a 203, Dictamen Pericial del doctor Alfredo Malagón Bolaños – Cuaderno de Pruebas No. 22.

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – folios 000161 a 000166.

descuentos concernientes a los costos indirectos, razón por la cual es inferior a \$395'410.143.

En conclusión, no hay duda que el acuerdo así celebrado está probado en el plenario y resulta favorable a los intereses públicos.

Es claro, entonces, que, el arreglo efectuado entre las partes del presente proceso se encuentra debidamente soportado en pruebas que legalmente reposan en el expediente, las cuales dan cuenta de la existencia de mayores cantidades de obra que deben ser pagadas, de la existencia de perjuicios por concepto de mayor permanencia en obra y de la ejecución de actividades concernientes al PMA y PMT que no habían sido pagadas al consorcio contratista.

Por su parte, en cuanto a la devolución de las sumas retenidas por **TRANSCARIBE** a título de apremios, es importante destacar que con base en las pruebas del proceso y teniendo en cuenta igualmente las verificaciones técnicas y administrativas adelantadas por las partes, a la fecha "*...se encuentran corregidos todos los pendientes técnicos y TRANSCARIBE recibe a satisfacción las obras*"¹²⁰; sin perjuicio del cumplimiento de los pendientes acordados en las cláusulas 2, 3 y 4 del Acuerdo Conciliatorio. De manera que existe fundamento probatorio suficiente para tener por legalmente celebrado el arreglo acordado por las partes frente a este específico punto, el cual se acompasa con las sumas contenidas en los actos contractuales mediante los cuales se decretaron los respectivos apremios¹²¹.

De forma general, de conformidad con lo expuesto hasta aquí, el Tribunal encuentra que el Acuerdo de Conciliación celebrado entre las partes en el marco del trámite arbitral se halla debidamente soportado y es altamente beneficioso para los intereses económicos de la entidad pública convocada, lo cual lleva a concluir que además de estar ajustado a derecho, no es lesivo del patrimonio público.

4.5. El concepto previo del Comité de Conciliación

A través de Acta No. 014 de 17 de junio de 2011, el Comité de Conciliación de **TRANSCARIBE** dio su aprobación al Acuerdo de Conciliación en los siguientes términos:

"Votación: Los miembros del Comité aprueban que se acoja la recomendación del Dr. Luis Guillermo Dávila Vinuesa para que se lleve a cabo la conciliación.

"Igualmente, el Comité indica que, dado que el Distrito de Cartagena debe desembolsar las sumas conciliadas, es esta entidad la que debe aprobar el plazo para éste pago.

¹²⁰ Página 39 – Acuerdo de Conciliación.

¹²¹ Cuaderno de Pruebas No. 22 – folio 000235.

"También incluir en el acuerdo conciliatorio que el contratista entregue y la entidad reciba los trabajos del tramo a total satisfacción, para lo cual el contratista debe además anexar los paz y salvo (sic) al contratista, sometida a una condición cual es llevar a cabo todas las actividades faltantes manifestadas por el Sr. Gerente en correo electrónico de fecha de jueves 16 de junio de 2011m a las 11:22 a.m., el cual se anexa. Adicionalmente manifiesta la Jefe de la Oficina Asesora, que falta igualmente el cierre social, el cual también debe exigirse y supeditarse la declaratoria de paz y salvo, ante la cual el Comité, manifiesta su aprobación."

4.6. El trámite del acuerdo de conciliación ante autoridad competente

Es el presente Tribunal de Arbitramento la autoridad competente para la aprobación de la conciliación, toda vez que la misma se dio dentro del marco del proceso arbitral iniciado por la parte Convocante. En consecuencia, siendo el Tribunal el juez del contrato por voluntad de las partes, también lo es para la aprobación del acuerdo conciliatorio.

Por lo tanto, realizada la conciliación ante el presente Tribunal de Arbitramento y habiendo sido presentado el acuerdo alcanzado ante el mismo, es forzoso concluir que efectivamente se tramitó la conciliación ante la autoridad competente.

4.7. La debida capacidad y representación de las personas que concilian

En cuanto a la capacidad para llevar a cabo la conciliación, el Tribunal encuentra que efectivamente tanto las sociedades que conforman la parte Convocante (Conciviles S.A., Cicon S.A. y Mejía Villegas Constructores S.A.) como la entidad pública Convocada (Transcaribe S.A.) tienen la debida capacidad para celebrar el acuerdo de conciliación, no sólo porque sus objetos sociales se lo permiten, sino porque fueron las partes del contrato (la parte Convocante a través de la figura del Consorcio CCMV – Transcaribe 2) y son las partes del presente proceso.

De otro lado, en cuanto a la representación, observa el Tribunal que el acuerdo conciliatorio fue suscrito por los representantes legales de todas y cada una de las sociedades que conforman la parte Convocante y por el representante de la entidad pública Convocada, de acuerdo con las representaciones legales acreditadas dentro del expediente.

Así mismo, observa el Tribunal que, además de tener capacidad y estar debidamente representadas las partes que suscriben el acuerdo de conciliación, ellas están representadas judicialmente por abogados, de acuerdo con lo explicado en los numerales 3.1 y 3.2 del acápite de antecedentes de esta providencia.

En consecuencia, encuentra el Tribunal que existe una debida capacidad y representación de quienes suscribieron el acuerdo conciliatorio y lo presentan para su aprobación.

5. El concepto favorable del Ministerio Público

Sea la oportunidad para destacar la oportuna y eficaz colaboración del Ministerio Público a lo largo del presente trámite arbitral y, en especial, en el curso de las conversaciones y tratativas que llevaron a las partes a lograr el acuerdo que pone fin a todas las controversias sometidas a estudio y decisión de este Tribunal de Justicia.

Como se dijo anteriormente, el Representante del Ministerio Público determinó en su amplio y juicioso concepto que es totalmente procedente la conciliación celebrada por las partes, consecuencia de lo cual decidió emitir su concepto favorable al respecto y recomendar igualmente al Tribunal de Arbitramento que diera su aprobación frente al Acuerdo al que libremente llegaron las partes en el marco del presente trámite arbitral.

Específicamente, el Procurador Judicial enfatizó que *"[l]as pretensiones sobre las cuales se arribó a una cuantificación, se corresponden con lo pedido en la demanda que abrió esta convocatoria, y además están respaldadas por el material probatorio hasta el momento recaudado, y que motivó a las partes a encontrar esta salida negociada a su conflicto"*¹²².

Así mismo, se destacó en el concepto del Señor Procurador que el Acuerdo de Conciliación logrado por las partes, además de estar debidamente soportado, era sano para el patrimonio público. En este sentido, luego de advertir sobre la alta probabilidad de condena en contra de **TRANSCARIBE**, el Señor Agente del Ministerio Público resaltó que era muy significativo el monto por el cual se concilió, toda vez que con dicho arreglo se evitó la imposición de una cuantiosa condena que hubiera desestabilizado con gran impacto las finanzas de la Administración.

El Tribunal comparte en su integridad estas conclusiones y las hace suyas a efectos de aprobar el acuerdo conciliatorio sometido a su consideración.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento,

RESUELVE

PRIMERO.- Aprobar en su totalidad el Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes, con la precisión contenida en el folio 57 de esta providencia.

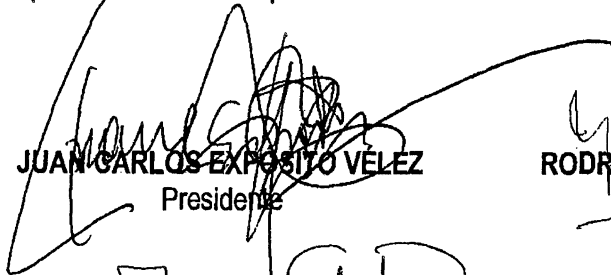
¹²² Página 101 – Concepto Favorable rendido por el Señor Agente del Ministerio Público.

SEGUNDO.- De conformidad con lo previsto en la ley, la conciliación aprobada hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

TERCERO.- Dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 145 del Decreto 1818 de 1998. El Presidente hará los respectivos pagos.

CUARTO.- Expedir con destino a cada una de las partes primera copia de la presente providencia con las constancias de ley y copia auténtica de la misma con destino del Señor Agente de Ministerio Público.

La providencia anterior queda notificada en estrados.


JUAN CARLOS EXPOSITO VELEZ
Presidente


RODRIGO NOGUERA CALDERÓN
Árbitro


GERMÁN ALONSO GÓMEZ BURGOS
Árbitro


NATALIA ELÍAS ORDOSGOITIA
Secretaria

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA REFERENCIA, CERTICA QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES LA PRIMERA COPIA DEL AUTO ORIGINAL QUE REPOSA EN EL EXPEDIENTE.


NATALIA ELÍAS ORDOSGOITIA
Secretaria

